



1991

**Canada
Federal Court
Reports**

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

Editorial Board

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

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

Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A. LL.L.
ARTHUR GRAHAM, B.A., LL.B. LL.M.

Legal Research Editor
LYNNE LEMAY

Production Staff

Supervisor, Editorial Services
LAURA VANIER

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIault
LOUISE BEAUCHAMP

Secretary
LISE LÉPAGE

Volume 1

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

Publié par
PIERRE GARCEAU, c.r.
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.
ARTHUR GRAHAM, B.A., LL.B. LL.M.

Recherche et documentation juridiques
LYNNE LEMAY

Services techniques

Superviseur, Services de l'édition
LAURA VANIER

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIault
LOUISE BEAUCHAMP

Secrétaire
LISE LÉPAGE

Volume 1

JUDGES OF THE FEDERAL COURT OF CANADA

(DURING THE PERIOD COVERED BY THIS VOLUME)

CHIEF JUSTICE

The Honourable FRANK IACOBUCCI
(Appointed September 2, 1988)
(Appointed to Supreme Court of Canada January 7, 1991)

ASSOCIATE CHIEF JUSTICE

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

COURT OF APPEAL JUDGES

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

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

The Honourable JOHN J. URIE
(Appointed April 19, 1973;
Supernumerary December 31, 1988)

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

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

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

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

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

The Honourable ALICE DESJARDINS
(Appointed June 29, 1987)

The Honourable ROBERT DÉCARY
(Appointed March 14, 1990)

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

TRIAL DIVISION JUDGES

The Honourable ALLISON ARTHUR MARIOTTI WALSH
(Appointed to the Exchequer Court July 1, 1964;
Supernumerary June 1, 1984)

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

The Honourable GEORGE A. ADDY
(Appointed September 17, 1973;
Supernumerary September 1, 1983)

The Honourable JEAN-EUDES DUBÉ, P.C.
(Appointed April 9, 1975)

The Honourable PAUL ROULEAU
(Appointed August 5, 1982)

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

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

The Honourable JOHN C. McNAIR
(Appointed July 18, 1983)

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

The Honourable PIERRE DENAULT
(Appointed June 29, 1984)

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

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

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

The Honourable LEONARD A. MARTIN
(Appointed October 29, 1985)

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

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

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

The Honourable A. KIM CAMPBELL, P.C., Q.C., M.P. February 23, 1990

JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE DU CANADA

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

LE JUGE EN CHEF

L'honorable FRANK IACOBUCCI
(nommé le 2 septembre 1988)
(nommé à la Cour suprême du Canada le 7 janvier 1991)

LE JUGE EN CHEF ADJOINT

L'honorable JAMES ALEXANDER JEROME
(nommé le 18 février 1980)

LES JUGES DE LA COUR D'APPEL

L'honorable LOUIS PRATTE
(nommé à la Division de première instance, le 10 juin 1971;
nommé le 25 janvier 1973)

L'honorable DARREL VERNER HEALD
(nommé à la Division de première instance, le 30 juin 1971;
nommé le 4 décembre 1975)

L'honorable JOHN J. URIE
(nommé le 19 avril 1973;
surnuméraire le 31 décembre 1988)

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

L'honorable LOUIS MARCEAU
(nommé à la Division de première instance, le 23 décembre 1975;
nommé le 18 juillet 1983)

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

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

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

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

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

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

LES JUGES DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

L'honorable ALLISON ARTHUR MARIOTTI WALSH
*(nommé à la Cour de l'Échiquier, le 1^{er} juillet 1964;
surnuméraire le 1^{er} juin 1984)*

L'honorable FRANK U. COLLIER
*(nommé le 16 septembre 1971;
surnuméraire le 1^{er} novembre 1987)*

L'honorable GEORGE A. ADDY
*(nommé le 17 septembre 1973;
surnuméraire le 1^{er} septembre 1983)*

L'honorable JEAN-EUDES DUBÉ, C.P.
(nommé le 9 avril 1975)

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

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

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

L'honorable JOHN C. McNAIR
(nommé le 18 juillet 1983)

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

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

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

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

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

L'honorable LEONARD A. MARTIN
(nommé le 29 octobre 1985)

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

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

PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA

L'honorable A. KIM CAMPBELL, c.p., c.r., députée, depuis le 23 février 1990

TABLE
OF THE NAMES OF THE CASES REPORTED
IN THIS VOLUME

A

Abraham v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	78
Almeida v. Canada (Treasury Board) (C.A.).....	266

B

Badger v. Canada (T.D.)	191
Baron v. Canada (C.A.)	688
Baron v. Canada (C.A.)	712
Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.)	356

C

CAL Investments Ltd. v. Canada (T.D.)	199
Canada v. McLaren (T.D.).....	468
Canada v. Merten (T.D.)	219
Canada v. Sadiq (T.D.)	757
Canada (Attorney General) v. George (C.A.)	344
Canada (Attorney General) v. Mossop (C.A.)	18
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada (C.A.)	428
Canada (Attorney General) v. Rosin (C.A.)	391
Canada (Attorney General) v. Viola (C.A.)	373
Canada (Attorney General) (C.A.), Weatherall v.	85
Canada (Aviation Safety Board) (T.D.), Sky Charter Ltd. v.	485
Canada (C.A.), Baron v.	688
Canada (C.A.), Baron v.	712
Canada (C.A.), Diotte v.	731
Canada (C.A.), Diversified Holdings Ltd. v.	595
Canada (C.A.), Optical Recording Corp. v.	309
Canada (C.A.), Winter v.	585
Canada (Canadian Security Intelligence Service) (T.D.), Lihuen v.	44
Canada (Chief of Defence Staff, Armed Forces) (T.D.), MacLeod v.	114
Canada (Correctional Service, Regional Transfer Board, Prairie Region) (T.D.), Williams v.	251
Canada (Human Rights Commission) (C.A.), Canadian Pacific Ltd. v.	571
Canada (Human Rights Commission) (T.D.), Bell Canada v.	356
Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.), Canadian Radio-television and Telecommunications Commission v.	141
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Abraham v.	78
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), D'Souza v.	505
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Hamilton v.	3
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Pinto v.	619

Canada (Minister of National Defence) (T.D.), X v.	670
Canada (Minister of State, Multiculturalism and Citizenship) v. Shahkar (T.D.)	177
Canada (Minister of the Environment) (C.A.), Canadian Wildlife Federation Inc. v.	641
Canada (Minister of Western Economic Diversification) (C.A.), Edmonton Friends of the North Environmental Society v.	416
Canada (National Parole Board) (C.A.), Gough v.	171
Canada (National Parole Board) (T.D.), Gough v.	160
Canada (Public Service Appeal Board) (C.A.), Dansereau v.	444
Canada (T.D.), Badger v.	191
Canada (T.D.), CAL Investments Ltd. v.	199
Canada (T.D.), MacMillan Bloedel Ltd. v.	331
Canada (T.D.), May Bros. Farms Ltd. v.	681
Canada (T.D.), Northeast Marine Services Ltd. v.	601
Canada (T.D.), Parkland Operations Ltd. v.	299
Canada (Treasury Board) (C.A.), Almeida v.	266
Canadian Broadcasting Corp. (T.D.), Gracey v.	739
Canadian National Railway Co. (C.A.), Prince Edward Island (Minister of Transporta- tion and Public Works) v.	129
Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission) (C.A.)	571
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission v. Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.)	141
Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment) (C.A.)	641

D

Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board) (C.A.)	444
Diotte v. Canada (C.A.)	731
Distribution Canada Inc. v. M.N.R. (T.D.)	716
Diversified Holdings Ltd. v. Canada (C.A.)	595
D'Souza v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)	505

E

Edmonton Friends of the North Environmental Society v. Canada (Minister of Western Economic Diversification) (C.A.)	416
Eleanor A. Consulting Ltd. v. Eleanor's Fashions Ltd. (T.D.)	51
Eleanor's Fashions Ltd. (T.D.), Eleanor A. Consulting Ltd. v.	51

F

Federal Pacific Lakes Lines (T.D.), Rae Import Corp. v.	351
--	-----

G

George (C.A.), Canada (Attorney General) v.	344
Gough v. Canada (National Parole Board) (C.A.)	171
Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.)	160
Gracey v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.)	739

H

Hamilton v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)	3
--	---

I	
Imperial Oil Ltd. (T.D.), Lubrizol Corp. v.	325
J	
Jelin Investments Ltd. v. Signtech Inc. (T.D.).....	365
L	
Lihuen v. Canada (Canadian Security Intelligence Service) (T.D.)	44
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd. (T.D.)	325
M	
M.N.R. (T.D.), Distribution Canada Inc. v.	716
M.N.R. (T.D.), Merko v.	239
MacLeod v. Canada (Chief of Defence Staff, Armed Forces) (T.D.)	114
MacMillan Bloedel Ltd. v. Canada (T.D.)	331
May Bros. Farms Ltd. v. Canada (T.D.).....	681
McLaren (T.D.), Canada v.	468
Merko v. M.N.R. (T.D.).....	239
Merten (T.D.), Canada v.	219
Mossop (C.A.), Canada (Attorney General) v.	18
N	
Northeast Marine Services Ltd. v. Canada (T.D.).....	601
Novopharm Ltd. (T.D.), Searle Canada Inc. v.	292
O	
Optical Recording Corp. v. Canada (C.A.)	309
P	
Parkland Operations Ltd. v. Canada (T.D.).....	299
Pinto v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	619
Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co. (C.A.)	129
Public Service Alliance of Canada (C.A.), Canada (Attorney General) v.	428
R	
Rae Import Corp. v. Federal Pacific Lakes Lines (T.D.)	351
Rankin (Re) (T.D.)	226
Rosin (C.A.), Canada (Attorney General) v.	391
Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re) (C.A.)	529
S	
Sadiq (T.D.), Canada v.	757
Searle Canada Inc. v. Novopharm Ltd. (T.D.).....	292
Shahkar (T.D.), Canada (Minister of State, Multiculturalism and Citizenship) v.	177
Signtech Inc. (T.D.), Jelin Investments Ltd. v.	365

Sky Charter Ltd. v. Canada (Aviation Safety Board) (T.D.) 485

V

Viola (C.A.), Canada (Attorney General) v. 373

W

Weatherall v. Canada (Attorney General) (C.A.) 85

Williams v. Canada (Correctional Service, Regional Transfer Board, Prairie Region)
(T.D.) 251

Winter v. Canada (C.A.) 585

X

X v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) 670

TABLE
DES DÉCISIONS PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

A

Abraham c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.).....	78
Alliance de la Fonction publique du Canada (C.A.), Canada (Procureur général) c.....	428
Almeida c. Canada (Conseil du Trésor) (C.A.).....	266

B

Badger c. Canada (1 ^{re} inst.).....	191
Baron c. Canada (C.A.).....	688
Baron c. Canada (C.A.).....	712
Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne) (1 ^{re} inst.).....	356

C

CAL Investments Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.).....	199
Canada c. McLaren (1 ^{re} inst.).....	468
Canada c. Merten (1 ^{re} inst.).....	219
Canada c. Sadiq (1 ^{re} inst.).....	757
Canada (Bureau de la sécurité aérienne) (1 ^{re} inst.), Sky Charter Ltd. c.....	485
Canada (C.A.), Baron c.....	688
Canada (C.A.), Baron c.....	712
Canada (C.A.), Diotte c.....	731
Canada (C.A.), Diversified Holdings Ltd. c.....	595
Canada (C.A.), Optical Recording Corp. c.....	309
Canada (C.A.), Winter c.....	585
Canada (Chef d'état-major de la défense, Forces armées) (1 ^{re} inst.), MacLeod c.....	114
Canada (Comité d'appel de la fonction publique) (C.A.), Dansereau c.....	444
Canada (Commission des droits de la personne) (C.A.), Canadien Pacifique Ltée c.....	571
Canada (Commission des droits de la personne) (1 ^{re} inst.), Bell Canada c.....	356
Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (C.A.), Gough c.....	171
Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.), Gough c.....	160
Canada (Conseil du Trésor) (C.A.), Almeida c.....	266
Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.), X c.....	670
Canada (Ministre de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien) (C.A.), Edmonton Friends of the North Environmental Society c.....	416
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Abraham c.....	78
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), D'Souza c.....	505
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Hamilton c.....	3
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Pinto c.....	619
Canada (Ministre de l'Environnement) (C.A.), Fédération canadienne de la faune Inc. c.....	641
Canada (Ministre d'État, Multiculturalisme et Citoyenneté) c. Shahkar (1 ^{re} inst.).....	177

Canada (1 ^{re} inst.), Badger c.	191
Canada (1 ^{re} inst.), CAL Investments Ltd. c.	199
Canada (1 ^{re} inst.), MacMillan Bloedel Ltd. c.	331
Canada (1 ^{re} inst.), May Bros. Farms Ltd. c.	681
Canada (1 ^{re} inst.), Northeast Marine Services Ltd. c.	601
Canada (1 ^{re} inst.), Parkland Operations Ltd. c.	299
Canada (Procureur général) (C.A.), Weatherall c.	85
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada (C.A.)	428
Canada (Procureur général) c. George (C.A.)	344
Canada (Procureur général) c. Mossop (C.A.)	18
Canada (Procureur général) c. Rosin (C.A.)	391
Canada (Procureur général) c. Viola (C.A.)	373
Canada (Service canadien du renseignement de sécurité) (1 ^{re} inst.), Lihuen c.	44
Canada (Service correctionnel, Comité régional des transfère- ments, Région des Prairies) (1 ^{re} inst.), Williams c.	251
Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.), Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes c.	141
Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne) (C.A.)	571
Cie des chemins de fer nationaux du Canada (C.A.), Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c.	129
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.)	141

D

Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique) (C.A.)	444
Diotte c. Canada (C.A.)	731
Distribution Canada Inc. c. M.R.N. (1 ^{re} inst.)	716
Diversified Holdings Ltd. c. Canada (C.A.)	595
D'Souza c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.)	505

E

Edmonton Friends of the North Environmental Society c. Canada (Ministre de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien) (C.A.)	416
Eleanor A. Consulting Ltd. c. Eleanor's Fashions Ltd. (1 ^{re} inst.)	51
Eleanor's Fashions Ltd. (1 ^{re} inst.), Eleanor A. Consulting Ltd. c.	51

F

Federal Pacific Lakes Lines (1 ^{re} inst.), Rae Import Corp. c.	351
Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) (C.A.)	641

G

George (C.A.), Canada (Procureur général) c.	344
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (C.A.)	171
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.)	160
Gracey c. Société Radio-Canada (1 ^{re} inst.)	739

H

Hamilton c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.)	3
--	---

I

Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada (C.A.)	129
Imperial Oil Ltd. (1 ^{re} inst.), Lubrizol Corp. c.	325

J

Jelin Investments Ltd. c. Signtech Inc. (1 ^{re} inst.)	365
---	-----

L

Lihuen c. Canada (Service canadien du renseignement de sécurité) (1 ^{re} inst.)	44
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re) (C.A.)	529
Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd. (1 ^{re} inst.)	325

M

M.R.N. (1 ^{re} inst.), Distribution Canada Inc. c.	716
M.R.N. (1 ^{re} inst.), Merko c.	239
MacLeod c. Canada (Chef d'état-major de la défense, Forces armées) (1 ^{re} inst.)	114
MacMillan Bloedel Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.)	331
May Bros. Farms Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.)	681
McLaren (1 ^{re} inst.), Canada c.	468
Merko c. M.R.N. (1 ^{re} inst.)	239
Merten (1 ^{re} inst.), Canada c.	219
Mossop (C.A.), Canada (Procureur général) c.	18

N

Northeast Marine Services Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.)	601
Novopharm Ltd. (1 ^{re} inst.), Searle Canada Inc. c.	292

O

Optical Recording Corp. c. Canada (C.A.)	309
--	-----

P

Parkland Operations Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.)	299
Pinto c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.)	619

R

Rae Import Corp. c. Federal Pacific Lakes Lines (1 ^{re} inst.)	351
Rankin (Re) (1 ^{re} inst.)	226
Rosin (C.A.), Canada (Procureur général) c.	391

S

Sadiq (1 ^{re} inst.), Canada c.	757
Searle Canada Inc. c. Novopharm Ltd. (1 ^{re} inst.)	292
Shahkar (1 ^{re} inst.), Canada (Ministre d'État, Multiculturalisme et Citoyenneté) c.	177
Signtech Inc. (1 ^{re} inst.), Jelin Investments Ltd. c.	365
Sky Charter Ltd. c. Canada (Bureau de la sécurité aérienne) (1 ^{re} inst.)	485

Société Radio-Canada (1 ^{re} inst.), Gracey c.	739
--	-----

V

Viola (C.A.), Canada (Procureur général) c.	373
--	-----

W

Weatherall c. Canada (Procureur général) (C.A.).....	85
Williams c. Canada (Service correctionnel, Comité régional des transfère- ments, Région des Prairies) (1 ^{re} inst.)	251
Winter c. Canada (C.A.)	585

X

X c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.).....	670
---	-----

CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
ACCESS TO INFORMATION	
Gold v. M.N.R. (T-836-85)	D-13
X v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-2176-89)	670
AGRICULTURE	
Turner v. Canada (T-2103-90)	D-1
AIR LAW	
Sky Charter Ltd. v. Canada (Aviation Safety Board) (T.D.) (T-18-88)	485
ANIMALS	
Restorick v. Canada (Minister of Agriculture) (P-1-89)	D-13
Such v. Canada (Minister of Agriculture) (P-1-88)	D-29
ANTI-DUMPING	
Davis Wire Industries Ltd. (Re) (T-93-90, T-163-90, T-230-90)	D-13
LNK Manufacturing Agencies Inc. v. Canada (International Trade Tribunal) (A-202-89)	D-1
ARMED FORCES	
Canada (Attorney General) v. Rosin (C.A.) (A-211-89)	391
Diotte v. Canada (C.A.) (A-631-89)	731
Gibson v. Canada (Minister of National Defence) (T-2219-90)	D-1
BILL OF RIGHTS	
<i>See also: Income Tax, p. 688</i>	
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission v. Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.) (T-2233-90)	141
BROADCASTING	
CIBM-FM Mont-Bleu Ltée v. Canada (Canadian Radio-television and Telecom- munications Commission) (A-144-89)	D-39
Gracey v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.) (T-1064-90)	739
CITIZENSHIP	
Canada v. Sadiq (T.D.) (T-1559-88, T-1360-90)	757
Knowledge Requirements	
Maalouli (Re) (T-379-90)	D-39

	PAGE
CITIZENSHIP—Continued	
Knowledge Requirements—Continued	
Robertson (Re) (T-2465-89)	D-13
Residency Requirements	
Canada (Minister of State, Multiculturalism and Citizenship) v. Shahkar (T.D.) (T-2396-88)	177
COMBINES	
<i>See also:</i> Anti-dumping, D-13	
Brantz (Re) (T-2605-90)	D-1
D.J. Leger Holdings Inc. v. Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) (A-540-90)	D-1
CONFLICT OF LAWS	
<i>See:</i> Maritime Law, D-34	
CONSTITUTIONAL LAW	
Badger v. Canada (T.D.) (T-706-88)	191
Canada (Minister of State, Multiculturalism and Citizenship) v. Shahkar (T.D.) (T-2396-88)	177
Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co. (C.A.) (A-218-90)	129
Charter of Rights	
<i>Criminal Process</i>	
Baron v. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89)	688
Canada v. Sadiq (T.D.) (T-1559-88, T-1360-90)	757
Olson v. Canada (T-2603-89)	D-29
Weatherall v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-537-87)	85
Williams v. Canada (Correctional Service, Regional Transfer Board, Prairie Region) (T.D.) (T-1505-90, T-1506-90, T-1507-90, T-1508-90, T-1509-90) ..	251
<i>Enforcement</i>	
Gough v. Canada (National Parole Board) (C.A.) (A-827-90)	171
Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-2439-90)	160
<i>Equality Rights</i>	
Canada (Attorney General) v. George (C.A.) (A-507-89)	344
Canada (Attorney General) v. Mossop (C.A.) (A-199-89)	18
Weatherall v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-537-87)	85
<i>Fundamental Freedoms</i>	
MacLeod v. Canada (Chief of Defence Staff, Armed Forces) (T.D.) (T-2541-90, T-2543-90)	114

CONSTITUTIONAL LAW—Continued**Charter of Rights—Continued***Life, Liberty and Security*

Baron v. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89)	688
Canada v. Sadiq (T.D.) (T-1559-88, T-1360-90)	757
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission v. Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.) (T-2233-90)	141
Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-2439-90)	160
Weatherall v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-537-87)	85
Williams v. Canada (Correctional Service, Regional Transfer Board, Prairie Region) (T.D.) (T-1505-90, T-1506-90, T-1507-90, T-1508-90, T-1509-90) ..	251

Limitation Clause

Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-2439-90)	160
--	-----

Distribution of Powers

Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission) (C.A.) (A-514-89)	571
--	-----

CONSTRUCTION OF STATUTES

See also: Income Tax, p. 688

Canada (Attorney General) v. Mossop (C.A.) (A-199-89)	18
Canada (Attorney General) v. Rosin (C.A.) (A-211-89)	391
Canada (Attorney General) v. Viola (C.A.) (A-312-89)	373
Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission) (C.A.) (A-514-89)	571
MacMillan Bloedel Ltd. v. Canada (T.D.) (T-1181-87)	331
Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re) (C.A.) (A-336-90)	529

COPYRIGHT

See also: Injunctions, D-19, D-33

Ferland v. Lemieux (T-1731-85)	D-39
--------------------------------------	------

Infringement

Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd. (T-142-85)	D-29
--	------

Injunctions

Overseas Enterprises Ltd. v. Feathers Publishing and Marketing Inc. (T-2684-90)	D-30
---	------

Practice

Jelin Investments Ltd. v. Signtech Inc. (T-5486-79)	D-13
682330 Ontario Inc. v. Cineplex Odeon Corp. (T-2466-89)	D-2
682330 Ontario Inc. v. Cineplex Odeon Corp. (T-2466-89)	D-14

CORPORATIONS

CAL Investments Ltd. v. Canada (T.D.) (T-493-88)	199
--	-----

	PAGE
CREDITORS AND DEBTORS	
Toronto-Dominion Bank v. Canada (T-2280-89)	D-14
CROWN	
<i>See also:</i> Federal Court Jurisdiction, D-3	
Agency	
Northeast Marine Services Ltd. v. Canada (T.D.) (T-2662-87)	601
Contracts	
Bitumar Inc. v. Canada (T-533-88)	D-39
Prairie Drapery Shoppe Ltd. v. Canada (T-146-89)	D-14
Torts	
Gracey v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.) (T-1064-90)	739
Hay v. Canada (T-3979-75)	D-14
J.P.L. Canada Imports Ltée v. Canada (T-1763-87)	D-40
Levesque v. Rockefeller (T-1616-90)	D-2
Tobler v. Canada (T-6359-81)	D-39
CUSTOMS AND EXCISE	
Customs Act	
Multimodal Inc. v. M.N.R. (T-1679-90)	D-15
Customs Tariff	
Distribution Canada Inc. v. M.N.R. (T.D.) (T-298-90)	716
Excise Tax Act	
Calgary School District No. 19 v. Canada (T-2364-87)	D-2
MacMillan Bloedel Ltd. v. Canada (T.D.) (T-1181-87)	331
Toyota 4-Runner No. KTM-061 (Re) (T-129-90)	D-40
Westar Mining Ltd. v. Canada (T-1115-89)	D-2
ENVIRONMENT	
Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment) (C.A.) (A-48-90)	641
Edmonton Friends of the North Environmental Society v. Canada (Minister of Western Economic Diversification) (C.A.) (A-224-90)	416
ESTOPPEL	
Canada v. Sadiq (T.D.) (T-1559-88, T-1360-90)	757
EXPROPRIATION	
Canada (Attorney General) v. Chéticamp Fishermen's Co-operative Society Ltd. (T-1002-90)	D-3
Canada (Attorney General) v. Newfoundland and Labrador Hydro (T-1513-89) ..	D-30

EXPROPRIATION—Continued**Practice**

Weber v. Canada (T-1529-89)	D-15
-----------------------------------	------

FEDERAL COURT JURISDICTION

See also: RCMP, D-24

Emery v. Canada (T-1640-90)	D-41
-----------------------------------	------

Trial Division

Abraham v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (90-T-612)	78
Canada (Minister of State, Multiculturalism and Citizenship) v. Shahkar (T.D.) (T-2396-88)	177
Corostel Trading Ltd. v. Secunda Marine Services Ltd. (T-2388-89)	D-3
Dableh v. Ontario Hydro (T-1422-90)	D-3
Gracey v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.) (T-1064-90)	739
Hamilton v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (90-T-726)	3
Northeast Marine Services Ltd. v. Canada (T.D.) (T-2662-87)	601
Optical Recording Corp. v. Canada (C.A.) (A-550-86)	309
X v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-2176-89)	670

FISHERIES

Western Pulp Inc. v. Roxburgh (T-2402-90)	D-15
---	------

HAZARDOUS PRODUCTS

Canada v. Bonaventura (T-2626-86)	D-41
---	------

HUMAN RIGHTS

Canada (Attorney General) v. Mossop (C.A.) (A-199-89)	18
Canada (Attorney General) v. Rosin (C.A.) (A-211-89)	391
Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission) (C.A.) (A-514-89)	571
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission v. Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.) (T-2233-90)	141

IMMIGRATION

See also: Judicial Review, D-6, D-46

Ansomah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-643)	D-31
Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-405-89)	D-4
Patel v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-850-88)	D-41
Pinto v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-1560-90)	619
Yu v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1550-90)	D-3
Zeng v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-131-89)	D-41

Deportation

Abdullah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2434-90)	D-4
Hamilton v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (90-T-726)	3

IMMIGRATION—Continued**Deportation—Continued**

Seyoum v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-412-90)	D-15
--	------

Practice

D'Souza v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-433-90)	505
Elimeleh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-810)	D-31
Patel v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-704)	D-16
Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-638)	D-31
Scott v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-698)	D-31
Thaxter v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-677)	D-16

Refugee Status

Ahmed v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-215-90)	D-16
Anand v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-302-90)	D-32
Cobbold v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-498-90)	D-41
Deol v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-130-90)	D-16
Dhillon v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-112-90)	D-32
Entezari v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-331-89)	D-32
Jezewski v. Desmarais (90-T-656)	D-4
Kuen v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-126-90)	D-4
Kumih v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-178-90)	D-4
Lall v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2415-87)	D-16
Medina v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-93-90)	D-4
Mehe v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-250-90)	D-5
Osei v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-145-90)	D-4
Smektala v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-315-90)	D-32

INCOME TAX

See also: Creditors and debtors, D-14; Practice, D-45

Canada v. Tremblay (T-370-89)	D-41
Deconinck v. Canada (A-946-88)	D-5
Merko v. M.N.R. (T.D.) (T-1430-90)	239
Optical Recording Corp. v. Canada (C.A.) (A-550-86)	309

Income Calculation

Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. v. Canada (A-306-90)	D-5
Greenwood Estate v. Canada (T-1936-88)	D-17
Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Canada (T-166-89, T-179-90)	D-17
Paquin v. M.N.R. (T-716-86)	D-16
Silden v. M.N.R. (T-696-89)	D-5
Winter v. Canada (C.A.) (A-323-89)	585

Capital Cost Allowance

Crown Cork & Seal Canada Inc. v. Canada (T-563-86, T-564-86)	D-6
May Bros. Farms Ltd. v. Canada (T.D.) (T-386-90)	681

Deductions

Bowes v. M.N.R. (T-419-89)	D-32
----------------------------------	------

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

Burgess v. M.N.R. (T-1337-87)	D-41
Canada v. Kaiser Petroleum Ltd. (A-8-90)	D-6
Canada v. McLaren (T.D.) (T-1288-88)	468
Canada v. Merten (T.D.) (T-1971-86)	219
Gulf Canada Ltd. v. Canada (T-1741-84)	D-17
Livingston International Inc. v. M.N.R. (T-1953-87, T-1954-87, T-1955-87, T-1956-87)	D-42
McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R. (T-1173-88)	D-42
Parkland Operations Ltd. v. Canada (T.D.) (T-2099-86)	299
Petrin v. Canada (T-1665-88)	D-32
Van Dongen v. Canada (T-1923-87)	D-18

Income or Capital Gain

Homes Development Ltd. v. Canada (T-113-87)	D-18
Snell Farms Ltd. v. M.N.R. (T-2376-84)	D-18
Witten v. M.N.R. (T-1584-86)	D-33

Penalties

Canada v. Union Gas Ltd. (A-585-87)	D-18
---	------

Practice

Diversified Holdings Ltd. v. Canada (C.A.) (A-1088-88)	595
Hanson v. Smith (T-2013-88)	D-19
Neeb v. Canada (T-534-88)	D-19

Reassessment

CAL Investments Ltd. v. Canada (T.D.) (T-493-88)	199
Lornport Investments Ltd. v. Canada (T-1104-88)	D-33
Optical Recording Corp. v. Canada (C.A.) (A-550-86)	309

Seizures

Baron v. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89)	688
M.N.R. v. Plomberie Chauffage Alma Inc. (ITA-580-87)	D-6

INJUNCTIONS

Eleanor A. Consulting Ltd. v. Eleanor's Fashions Ltd. (T.D.) (T-1144-89)	51
Jelin Investments Ltd. v. Signtech Inc. (T.D.) (T-5486-79)	365
Sklar-Peppler Inc. v. Decor-Rest Furniture Ltd. (T-1781-90)	D-19
Sklar-Peppler Sales Inc. v. Decor-Rest Furniture Ltd. (T-1781-90)	D-33

JUDGES AND COURTS

Canada (Minister of State, Multiculturalism and Citizenship) v. Shahkar (T.D.) (T-2396-88)	177
Lihuen v. Canada (Canadian Security Intelligence Service) (T.D.) (T-502-90)	44

	PAGE
JUDICIAL REVIEW	
<i>See also:</i> Fisheries, D-15	
Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment) (C.A.) (A-48-90)	641
Applications to Review	
Aubut v. M.N.R. (A-465-89)	D-43
Calles v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-386-89)	D-6
Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board) (C.A.) (A-144-90)	444
Hodgson v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (A-430-85)	D-43
Suwair v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-647-90).....	D-43
Equitable Remedies	
<i>Injunctions</i>	
MacLeod v. Canada (Chief of Defence Staff, Armed Forces) (T.D.) (T-2541-90, T-2543-90).....	114
Prerogative Writs	
Pinto v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-1560-90) .	619
<i>Certiorari</i>	
Central Kootenay (Regional District) v. Canada (T-2843-90)	D-20
<i>Mandamus</i>	
Distribution Canada Inc. v. M.N.R. (T.D.) (T-298-90)	716
<i>Prohibition</i>	
Haines v. Kingston Prison for Women (T-2853-90).....	D-20
LABOUR RELATIONS	
<i>See also:</i> Human Rights, p. 571	
Alberta Wheat Pool v. Konevsky (A-96-89)	D-6
Woodward's Ltd. v. International Assn. of Machinists and Aerospace Workers (A-138-90).....	D-6
MARITIME LAW	
Contracts	
Hydrapower Marine Ltd. v. Tara M.J. (The) (T-1118-88).....	D-20
Mark Fishing Co. v. Northern Princess Seafood Ltd. (T-2469-89)	D-20
Remorqueurs du Québec Ltée v. Keystone Navigation Inc. (T-1885-89)	D-43
Pilotage	
Northeast Marine Services Ltd. v. Canada (T.D.) (T-2262-87).....	601
Practice	
Ocean Dimensions Fisheries Inv. v. Common Brothers Ltd. (T-2738-90)	D-7

MARITIME LAW—Continued**Practice**—Continued

Saint John Shipbuilding Ltd. v. Eldir (The) (T-253-87)	D-34
--	------

NATIVE PEOPLES**Elections**

Badger v. Canada (T.D.) (T-706-88)	191
--	-----

OFFICIAL LANGUAGES

Canada (Attorney General) v. Viola (C.A.) (A-312-89)	373
--	-----

PAROLE

See also: Public service, D-46

Coutts v. Edmonton Institution (Warden) (T-948-90)	D-44
Fontaine v. Canada (Correctional Service) (T-1657-90)	D-34
Gough v. Canada (National Parole Board) (T-2439-90)	D-21
Gough v. Canada (National Parole Board) (C.A.) (A-827-90)	171
Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-2439-90)	160

PATENTS

Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc. (T-252-89)	D-7
--	-----

Infringement

Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd. (T-413-89)	D-7
Dupont v. Canper Industrial Products Ltd. (A-905-88)	D-44
Hancor, Inc. v. Systèmes de Drainage Modernes Inc. (T-2126-85)	D-21
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd. (T-577-87)	D-7
Stiga Aktiebolag v. S.L.M. Canada Inc. (T-2698-87)	D-21
UMACS of Canada Inc. v. S.G.B. 2000 Inc. (T-1364-90)	D-34

Practice

Allied Colloids Ltd. v. Alkaril Chemicals Ltd. (T-2210-90)	D-34
Baker Cummins Pharmaceuticals Inc. v. Dormer Laboratories Inc. (T-275-89)	D-44
de Korompay v. Ontario Hydro (T-377-88)	D-22
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd. (T-577-87)	D-22
Power-Up Canada Ltd. v. Bishop (T-2729-90)	D-44
Tye-Sil Corp. v. Diversified Products Corp. (T-1565-85)	D-22

PENITENTIARIES

See also: Constitutional Law, D-29; Judicial Review, D-20

Goessel v. Canada (Correctional Service) (T-2987-90)	D-44
Latham v. Canada (T-261-90)	D-35
Weatherall v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-537-87)	85
Williams v. Canada (Correctional Service, Regional Transfer Board, Prairie Region) (T.D.) (T-1505-90, T-1506-90, T-1507-90, T-1508-90, T-1509-90) ..	251

PRACTICE

See also: Anti-dumping, D-13; Copyright, D-13; Fisheries, D-15; Penitentiaries, D-35

Baker Cummins Pharmaceuticals Inc. v. Dormer Laboratories Inc. (T-275-89)	D-44
de Korompay v. Ontario Hydro (T-377-88)	D-35
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd. (T.D.) (T-577-87)	325

Affidavits

Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.) (T-522-90)	356
Cantwell v. Canada (Minister of the Environment) (T-2975-90)	D-35

Appearance

Olson v. Canada (T-2603-89)	D-8
-----------------------------------	-----

Conditional Appearance

Mountainbell Co. v. Jacky Maeder (H.K.) Ltd. (A-560-88)	D-44
---	------

Contempt of Court

Gassmann v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1559-90)	D-8
Louis Vuitton S.A. v. Tokyodo Enterprises Inc. (T-1306-88)	D-45

Costs

Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp. (T-1565-85)	D-22
Grant v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (T-138-88)	D-45
J. M. Voith GmbH v. Beloit Corp. (T-1350-86)	D-35
Jelin Investments Ltd. v. Signtech Inc. (T.D.) (T-5486-79)	365
M.N.R. v. Sajim (A-246-89)	D-8
Mondel Transport Inc. v. Afram Lines Ltd. (T-2182-86)	D-45
Portelance v. Canada (Employment and Immigration Commission) (T-1765-89) ..	D-8
Saint-Jacques v. Canada (T-1182-89)	D-45
Valmet-Dominion Inc. v. Beloit Corp. (T-1268-86)	D-35

Discovery***Examination for Discovery***

Roseland Farms Ltd. v. Canada (T-452-86)	D-45
--	------

Production of Documents

Diversified Holdings Ltd. v. Canada (C.A.) (A-1088-88)	595
Sarcee Band of Indians v. Canada (T-1627-82)	D-8
Unilever PLC v. Procter & Gamble Inc. (T-2534-85)	D-8

Dismissal of Proceedings***Want of Prosecution***

Ferguson v. Canada (T-501-86)	D-8
-------------------------------------	-----

PRACTICE—Continued**Evidence**

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission v. Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.) (T-2233-90).....	141
Rae Import Corp. v. Federal Pacific Lakes Lines (T.D.) (T-3190-73)	351
Rankin (Re) (T.D.) (CEA-2-90).....	226

“Gap” Rule

Rae Import Corp. v. Federal Pacific Lakes Lines (T.D.) (T-3190-73)	351
--	-----

Judgments and Orders

Cullom Machine Tool & Die, Inc. v. Bruce Tile Inc. (T-2007-90).....	D-36
---	------

Default Judgment

Levi Strauss & Co. v. Patrick Assaraf Importer Ltd. (T-1794-88)	D-36
UMACS of Canada Inc. v. S.G.B. 2000 Inc. (T-1364-90).....	D-46

Enforcement

Entreprises de Radiodiffusion de la Capitale Inc. (CHRC) v. Syndicat des employés de CHRC, CHOI-FM, Local 2645 du Syndicat canadien de la Fonction publique (A-381-91).....	D-46
---	------

Reversal or Variation

Baron v. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89).....	712
de Korompay v. Ontario Hydro (T-377-88)	D-36
Sarafimoski v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-A-1392) .	D-23
Searle Canada Inc. v. Novopharm Ltd. (T.D.) (T-1841-89).....	292

Limitation of Actions

Kibale v. Canada (A-1221-88).....	D-46
-----------------------------------	------

Parties***Joinder***

Diotte v. Canada (C.A.) (A-631-89)	731
Edmonton Friends of the North Environmental Society v. Canada (Minister of Western Economic Diversification) (C.A.) (A-224-90).....	416

Standing

Alberta v. Little Red River Band of Indians (A-225-90).....	D-9
Daishowa Canada Co. v. Edmonton Friends of the North Environmental Society (A-211-90).....	D-9
Daishowa Canada Co. v. Little Red River Band of Indians (A-212-90).....	D-9
Distribution Canada Inc. v. M.N.R. (T.D.) (T-298-90).....	716

	PAGE
PRACTICE—Continued	
Pleadings	
<i>Amendments</i>	
H. Smith Packaging Corp. v. Gainvir Transport Ltd. (T-2306-87)	D-36
<i>Motion to Strike</i>	
de Korompay v. Ontario Hydro (T-377-88)	D-37
Jennings v. Canada (Human Rights Commission) (T-2544-90)	D-37
Morrow v. Canada (T-2493-90)	D-37
94272 Canada Ltd. v. Moffatt (T-520-90)	D-23
Northeast Marine Services Ltd. v. Canada (T-2662-87)	D-36
Sarcee Band of Indians v. Canada (T-1627-82)	D-9
UMACS of Canada Inc v. S.G.B. 2000 Inc. (T-1364-90)	D-23
<i>Particulars</i>	
James Bay Crees v. Canada (T-962-89)	D-23
Privilege	
Baron v. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89)	688
Representation by Attorney or Solicitor	
Cullom Machine Tool & Die, Inc. v. Bruce Tile Inc. (T-2007-90)	D-23
Service	
Iona Appliances Inc. v. Amway of Canada, Ltd. (T-1126-89)	D-9
PRIVACY	
Bombardier v. Canada (Public Service Commission) (T-2215-89)	D-9
PUBLIC SERVICE	
<i>See also: Privacy, D-9</i>	
Appeals	
Bova v. Canada (Public Service Commission Appeal Board) (A-56-89)	D-24
Jurisdiction	
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada (C.A.) (A-206-90)	428
Canada (Attorney General) v. Viola (C.A.) (A-312-89)	373
Connolly v. Conseil des Montagnais (A-69-88)	D-46
Labour Relations	
Almeida v. Canada (Treasury Board) (C.A.) (A-60-89)	266
Canada (Attorney General) v. Boyd (A-561-89)	D-10
Canada (Attorney General) v. Kuderian (A-71-90)	D-10
Canada (Attorney General) v. Mossop (C.A.) (A-199-89)	18

PUBLIC SERVICE—Continued**Labour Relations—Continued**

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada (C.A.) (A-206-90)	428
Canada (Attorney General) v. Redden (A-531-89)	D-9
Canada (Attorney General) v. Warkentin (A-606-89)	D-10
Ellis v. Canada (A-268-90)	D-24
Martin v. Canada (Treasury Board) (A-568-89)	D-10

Selection Process*Advancement Prejudicially Affected*

Kennedy v. Canada (Public Service Commission) (A-157-90)	D-24
--	------

Competitions

Canada (Attorney General) v. Jollimore (A-19-90)	D-37
--	------

Termination of Employment

Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board) (C.A.) (A-144-90)	444
---	-----

RCMP

Delisle v. Canada (RCMP Commissioner) (T-2801-90)	D-24
Nuosci v. Canada (Royal Canadian Mounted Police) (T-2454-89)	D-24
Rankin (Re) (T.D.) (CEA-2-90)	226
Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re) (C.A.) (A-336-90)	529

RAILWAYS

Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co. (C.A.) (A-218-90)	129
--	-----

REAL PROPERTY

May Bros. Farms Ltd. v. Canada (T.D.) (T-386-90)	681
--	-----

SECURITY INTELLIGENCE

See also: Access to information, D-13

Lihuen v. Canada (Canadian Security Intelligence Service) (T.D.) (T-502-90)	44
---	----

TRADE MARKS

Chem-Free Environment Inc. v. Astral Industrial Products Ltd. (T-2254-90)	D-25
Medi-Promotions Inc. v. M.D. Prescriptions Inc. (T-2568-90)	D-46
Molson Companies Ltd. v. Moosehead Breweries Ltd. (T-428-84)	D-10
Searle Canada Inc. v. Novopharm Ltd. (T.D.) (T-1841-89)	292
676268 Ontario Ltd. v. 788968 Ontario Ltd. (T-2358-90)	D-37

Expungement

All Canada Vac Ltd. v. Lindsay Manufacturing Inc. (A-185-90)	D-37
Heintzman v. 751056 Ontario Ltd. (T-1441-89)	D-25

TRADE MARKS—Continued**Expungement—Continued**

McFadden, Fincham, Marcus & Allen v. Canada (Registrar of Trade Marks) (T-2996-89)	D-25
Mihaljevic v. British Columbia (A-936-88)	D-25

Infringement

All Treat Farms Ltd. v. ASB Greenworld Ltd. (T-650-90)	D-26
Eleanor A. Consulting Ltd. v. Eleanor's Fashions Ltd. (T.D.) (T-1144-89)	51
Jercity Franchises Ltd. v. Foord (T-1875-89)	D-38
Purolator Courier Ltd. v. Mayne Nickless Transport Inc. (T-1412-90)	D-11
Style Communications Inc. v. Southam Inc. (T-2356-90)	D-26
Tonka Corp. v. Toronto Sun Publishing Corp. (T-2832-90)	D-38

Practice

Bureau Laitier du Canada v. Swift-Eckrich, Inc. (T-2438-88)	D-11
---	------

Registration

Canadian Parking Equipment Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (T-1627-85)	D-26
Garantie Universelle (Québec) Ltée v. Pronto Auto Repair Dealership Inc. (T-1111-90)	D-11
Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (T-183-85)	D-11
Nishi v. Robert Morse Appliances Ltd. (T-2738-89)	D-26

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Canada (Attorney General) v. George (C.A.) (A-507-89)	344
Canada (Attorney-General) v. Haycock (A-47-90)	D-12
Canada (Attorney-General) v. Johnson (A-45-90)	D-12
Canada (Attorney-General) v. Muir (A-30-90)	D-12
Canada (Attorney-General) v. Nield (A-46-90)	D-12
Canada (Attorney General) v. Prescod (A-258-90)	D-12
Canada (Attorney General) v. Rouselle (A-1243-88, A-1244-88, A-1246-88)	D-12
Cutts v. Canada (Attorney General) (A-239-90)	D-27
Taylor v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-84-90)	D-12

TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
ACCÈS À L'INFORMATION	
Gold c. M.R.N. (T-836-85)	F-17
X c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-2176-89)	670
AGRICULTURE	
Turner c. Canada (T-2103-90)	F-1
ANIMAUX	
Restorick c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (P-1-89)	F-17
Such c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (P-1-88)	F-35
ANTIDUMPING	
Davis Wire Industries Ltd. (Re) (T-93-90, T-163-90, T-230-90)	F-17
LNK Manufacturing Agencies Inc. c. Canada (Tribunal du commerce extérieur) (A-202-89)	F-1
ASSURANCE-CHÔMAGE	
Canada (Procureur général) c. George (C.A.) (A-507-89)	344
Canada (Procureur général) c. Haycock (A-47-90)	F-1
Canada (Procureur général) c. Johnson (A-45-90)	F-1
Canada (Procureur général) c. Muir (A-30-90)	F-1
Canada (Procureur général) c. Nield (A-46-90)	F-1
Canada (Procureur général) c. Prescod (A-258-90)	F-2
Canada (Procureur général) c. Rouselle (A-1243-88, A-1244-88, A-1246-88)	F-1
Cutts c. Canada (Procureur général) (A-239-90)	F-17
Taylor c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-84-90)	F-2
BIENS IMMEUBLES	
May Bros. Farms Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-386-90)	681
BREVETS	
Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc. (T-252-89)	F-2
Contrefaçon	
Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd. (T-413-89)	F-3
Dupont c. Canper Industrial Products Ltd. (A-905-88)	F-49
Hancor, Inc. c. Systèmes de Drainage Modernes Inc. (T-2126-85)	F-18
Lubrizon Corp. c. Imperial Oil Ltd. (T-577-87)	F-2
Stiga Aktiebolag c. S.L.M. Canada Inc. (T-2698-87, T-2109-87)	F-18
UMACS of Canada Inc. c. S.G.B. 2000 Inc. (T-1364-90)	F-35

BREVETS—Suite**Pratique**

Allied Colloids Ltd. c. Alkaril Chemicals Ltd. (T-2210-90)	F-35
de Korompay c. Ontario Hydro (T-377-88)	F-19
Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd. (T-577-87)	F-19
Power-Up Canada Ltd. c. Bishop (T-2729-90)	F-49
Tye-Sil Corp. c. Diversified Products Corp. (T-1565-85)	F-18

CHEMINS DE FER

Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada (C.A.) (A-218-90)	129
---	-----

CITOYENNETÉ

Canada c. Sadiq (1 ^{re} inst.) (T-1559-88, T-1360-90)	757
--	-----

Conditions de résidence

Canada (Ministre d'État, Multiculturalisme et Citoyenneté) c. Shahkar (1 ^{re} inst.) (T-2396-88)	177
--	-----

Connaissances requises

Maalouli (Re) (T-379-90)	F-49
Robertson (Re) (T-2465-89)	F-19

COALITIONS

Voir aussi: Antidumping, F-17

Brantz (Re) (T-2605-90)	F-3
D. J. Leger Holdings Inc. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) (A-540-90)	F-3

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Voir aussi: GRC, F-24

Emery c. Canada (T-1640-90)	F-49
-----------------------------------	------

Section de première instance

Abraham c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (90-T-612)	78
Canada (Ministre d'État, Multiculturalisme et Citoyenneté) c. Shahkar (1 ^{re} inst.) (T-2396-88)	177
Corostel Trading Ltd. c. Secunda Marine Services Ltd. (T-2388-89)	F-3
Dableh c. Ontario Hydro (T-1422-90)	F-4
Gracey c. Société Radio-Canada (1 ^{re} inst.) (T-1064-90)	739
Hamilton c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (90-T-726)	3
Northeast Marine Services Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-2662-87)	601
Optical Recording Corp. c. Canada (C.A.) (A-550-86)	309
X c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-2176-89)	670

CONFLIT DES LOIS*Voir:* Droit maritime, F-37**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Voir aussi:* Pêches, F-33

Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) (C.A.) (A-48-90)	641
--	-----

Brefs de prérogative

Pinto c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-1560-90)	619
---	-----

Certiorari

Central Kootenay (district régional) c. Canada (T-2843-90)	F-19
--	------

Mandamus

Distribution Canada Inc. c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-298-90)	716
---	-----

Prohibition

Haines c. Prison pour femmes de Kingston (T-2853-90)	F-20
--	------

Demandes de révision

Aubut c. M.R.N. (A-465-89)	F-50
Calles c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-386-89)	F-4
Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la Fonction publique) (C.A.) (A-144-90)	444
Hodgson c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (A-430-85)	F-49
Suwaïr c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-647-90)	F-50

Recours en equity***Injonctions***

MacLeod c. Canada (Chef d'état-major de la défense, Forces armées) (1 ^{re} inst.) (T-2541-90, T-2543-90)	114
--	-----

CORPORATIONS

CAL Investments Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-493-88)	199
---	-----

COURONNE*Voir aussi:* Compétence de la Cour fédérale, F-4**Contrats**

Bitumar Inc. c. Canada (T-533-88)	F-50
Prairie Drapery Shoppe Ltd. c. Canada (T-146-89)	F-20

Mandat

Northeast Marine Services Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-2662-87)	601
--	-----

COURONNE—Suite**Responsabilité délictuelle**

Gracey c. Société Radio-Canada (1 ^{re} inst.) (T-1064-90)	739
Hay c. Canada (T-3979-75).....	F-20
J.P.L. Canada Imports Ltée c. Canada (T-1763-87)	F-51
Levesque c. Rockefeller (T-1616-90).....	F-4
Tobler c. Canada (T-6359-81).....	F-50

CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Banque Toronto-Dominion c. Canada (T-2280-89)	F-21
---	------

DÉCLARATION DES DROITS

Voir aussi: Impôt sur le revenu, p. 688

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.) (T-2233-90)	141
--	-----

DOUANES ET ACCISE**Loi sur la taxe d'accise**

Calgary School District N° 19 c. Canada (T-2364-87).....	F-4
MacMillan Bloedel Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-1181-87)	331
Toyota 4-Runner, n° KTM-061 (Re) (T-129-90).....	F-51
Westar Mining Ltd. c. Canada (T-1115-89).....	F-5

Loi sur les douanes

Multimodal Inc. c. M.R.N. (T-1679-90).....	F-21
--	------

Tarif des douanes

Distribution Canada Inc. c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-298-90).....	716
--	-----

DROIT AÉRIEN

Sky Charter Ltd. c. Canada (Bureau de la sécurité aérienne) (1 ^{re} inst.) (T-18-88)	485
---	-----

DROIT CONSTITUTIONNEL

Badger c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-706-88)	191
Canada (Ministre d'État, Multiculturalisme et Citoyenneté) c. Shahkar (1 ^{re} inst.) (T-2396-88)	177
Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada (C.A.) (A-218-90).....	129

Charte des droits**Clause limitative**

Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.) (T-2439-90).....	160
--	-----

Droits à l'égalité

Canada (Procureur général) c. George (C.A.) (A-507-89)	344
--	-----

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

Canada (Procureur général) c. Mossop (C.A.) (A-199-89)	18
Weatherall c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-537-87)	85

Libertés fondamentales

MacLeod c. Canada (Chef d'état-major de la défense, Forces armées) (1 ^{re} inst.) (T-2541-90, T-2543-90)	114
--	-----

Procédures criminelles et pénales

Baron c. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89)	688
Canada c. Sadiq (1 ^{re} inst.) (T-1559-88, T-1360-90)	757
Olson c. Canada (T-2603-89)	F-36
Weatherall c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-537-87)	85
Williams c. Canada (Service correctionnel, Comité régional des transfère- ments, Région des Prairies) (1 ^{re} inst.) (T-1505-90, T-1506-90, T-1507-90, T-1508-90, T-1509-90)	251

Recours

Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (C.A.) (A-827-90)	171
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.) (T-2439-90)	160

Vie, liberté et sécurité

Baron c. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89)	688
Canada c. Sadiq (1 ^{re} inst.) (T-1559-88, T-1360-90)	757
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.) (T-2233-90)	141
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.) (T-2439-90)	160
Weatherall c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-537-87)	85
Williams c. Canada (Service correctionnel, Comité régional des transfère- ments, Région des Prairies) (1 ^{re} inst.) (T-1505-90, T-1506-90, T-1507-90, T-1508- 90, T-1509-90)	251

Partage des pouvoirs

Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne) (C.A.) (A-514-89)	571
---	-----

DROIT D'AUTEUR

Voir aussi: Injonctions, F-29, F-42

Ferland c. Lemieux (T-1731-85)	F-51
--------------------------------------	------

Contrefaçon

Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd. (T-142-85)	F-36
--	------

DROIT D'AUTEUR—Suite**Injonctions**

Overseas Enterprises Ltd. c. Feathers Publishing and Marketing Inc. (T-2684-90)	F-37
---	------

Pratique

Jelin Investments Ltd. c. Signtech Inc. (T-5486-79)	F-21
682330 Ontario Inc. c. Cineplex Odeon Corp. (T-2466-89)	F-5
682330 Ontario Inc. c. Cineplex Odeon Corp. (T-2466-89)	F-22

DROIT MARITIME**Contrats**

Hydropower Marine Ltd. c. Tara M.J. (Le) (T-1118-88)	F-22
Mark Fishing Co. c. Northern Princess Seafood Ltd. (T-2469-89)	F-22
Remorqueurs du Québec Ltée c. Keystone Navigation Inc. (T-1885-89)	F-52

Pilotage

Northeast Marine Services Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-2662-87)	601
--	-----

Pratique

Ocean Dimensions Fisheries Inc. c. Common Brothers Ltd. (T-2738-90)	F-5
Saint John Shipbuilding Ltd. c. Eldir (Le) (T-253-87)	F-37

DROITS DE LA PERSONNE

Canada (Procureur général) c. Mossop (C.A.) (A-199-89)	18
Canada (Procureur général) c. Rosin (C.A.) (A-211-89)	391
Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne) (C.A.) (A-514-89)	571
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.) (T-2233-90)	141

ENVIRONNEMENT

Edmonton Friends of the North Environmental Society c. Canada (Ministre de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien) (C.A.) (A-224-90)	416
Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) (C.A.) (A-48-90)	641

EXPROPRIATION

Canada (Procureur général) c. Chéticamp Fishermen's Co-operative Society Ltd. (T-1002-90)	F-6
Canada (Procureur général) c. Newfoundland and Labrador Hydro (T-1513-89)	F-38

Pratique

Weber c. Canada (T-1529-89)	F-23
-----------------------------	------

FIN DE NON-RECEVOIR

Canada c. Sadiq (1 ^{re} inst.) (T-1559-88, T-1360-90)	757
--	-----

FONCTION PUBLIQUE**Appels**

Bova c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la fonction publique) (A-56-89)	F-23
---	------

Compétence

Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada (C.A.) (A-206-90)	428
Canada (Procureur général) c. Viola (C.A.) (A-312-89)	373
Connolly c. Conseil des Montagnais (A-69-88)	F-52

Fin d'emploi

Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la Fonction publique) (C.A.) (A-144-90)	444
---	-----

Procédure de sélection*Chances d'avancement préjudiciées*

Kennedy c. Canada (Commission de la fonction publique) (A-157-90)	F-23
---	------

Concours

Canada (Procureur général) c. Jollimore (A-19-90)	F-38
---	------

Relations du travail

Almeida c. Canada (Conseil du Trésor) (C.A.) (A-60-89)	266
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada (C.A.) (A-206-90)	428
Canada (Procureur général) c. Boyd (A-561-89)	F-6
Canada (Procureur général) c. Mossop (C.A.) (A-199-89)	18
Canada (Procureur général) c. Kuderian (A-71-90)	F-7
Canada (Procureur général) c. Redden (A-531-89)	F-6
Canada (Procureur général) c. Warkentin (A-606-89)	F-6
Ellis c. Canada (A-268-90)	F-23
Martin c. Canada (Conseil du Trésor) (A-568-89)	F-6

FORCES ARMÉES

Canada (Procureur général) c. Rosin (C.A.) (A-211-89)	391
Diotte c. Canada (C.A.) (A-631-89)	731
Gibson c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (T-2219-90)	F-7

GRC

Delisle c. Canada (Commissaire de la GRC) (T-2801-90)	F-24
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re) (C.A.) (A-336-90)	529
Nuosci c. Canada (Gendarmerie royale du Canada) (T-2454-89)	F-24
Rankin (Re) (1 ^{re} inst.) (CEA-2-90)	226

IMMIGRATION*Voir aussi:* Contrôle judiciaire, F-4, F-50

Ansomah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-643).....	F-38
Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-405-90).....	F-8
Patel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-850-89).....	F-52
Pinto c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-1560-90)	619
Yu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1550-90)	F-7
Zeng c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-131-89).....	F-52

Expulsion

Abdullah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2434-90).....	F-8
Hamilton c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (90-T-726)	3
Seyoum c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-412-90).....	F-24

Pratique

D'Souza c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-433-90)	505
Elimeleh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-810).....	F-39
Patel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-704).....	F-25
Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-638).....	F-38
Scott c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-698).....	F-39
Thaxter c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-677).....	F-25

Statut de réfugié

Ahmed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-215-90).....	F-25
Anand c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-302-90).....	F-40
Cobbold c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-498-90).....	F-53
Deol c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-130-90).....	F-25
Dhillon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-112-90).....	F-39
Entezari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-331-89).....	F-40
Jezewski c. Desmarais (90-T-656)	F-8
Kuen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-126-90).....	F-8
Kumih c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-178-90).....	F-9
Lall c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2415-87).....	F-25
Medina c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-93-90).....	F-8
Mehe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-250-90).....	F-9
Osei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-145-90).....	F-9
Smektala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-315-90).....	F-40

IMPÔT SUR LE REVENU*Voir aussi:* Créanciers et débiteurs, F-21; Pratique, F-56

Canada c. Tremblay (T-370-89)	F-53
Deconinck c. Canada (A-946-88).....	F-9
Merko c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-1430-90).....	239
Optical Recording Corp. c. Canada (C.A.) (A-550-86)	309

Calcul du revenu

Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. c. Canada (A-306-90).....	F-10
Greenwood, succession c. Canada (T-1936-88).....	F-26

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**Calcul du revenu—Suite**

Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Canada (T-166-89, T-179-90).....	F-26
Paquin c. M.R.N. (T-716-86).....	F-26
Silden c. M.R.N. (T-696-89).....	F-9
Winter c. Canada (C.A.) (A-323-89).....	585

Allocation du coût en capital

Crown Cork & Seal Canada Inc. c. Canada (T-563-86, T-564-86).....	F-10
May Bros. Farms Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-386-90).....	681

Déductions

Bowes c. M.R.N. (T-419-89).....	F-40
Burgess c. M.R.N. (T-1337-87).....	F-53
Canada c. Kaiser Petroleum Ltd. (A-8-90).....	F-10
Canada c. McLaren (1 ^{re} inst.) (T-1288-88).....	468
Canada c. Merten (1 ^{re} inst.) (T-1971-86).....	219
Gulf Canada Ltée c. Canada (T-1741-84).....	F-26
Livingston International Inc. c. M.R.N. (T-1953-87, T-1954-87, T-1955-87, T-1956-87).....	F-53
McCutcheon Farms Ltd. c. M.R.N. (T-1173-88).....	F-54
Parkland Operations Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-2099-86).....	299
Petrin c. Canada (T-1665-88).....	F-40
Van Dongen c. Canada (T-1923-87).....	F-27

Revenu ou gain en capital

Homes Development Ltd. c. Canada (T-113-87).....	F-28
Snell Farms Ltd. c. M.R.N. (T-2376-84).....	F-27
Witten c. M.R.N. (T-1584-86).....	F-41

Nouvelle cotisation

CAL Investments Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-493-88).....	199
Lornport Investments Ltd. c. Canada (T-1104-88).....	F-41
Optical Recording Corp. c. Canada (C.A.) (A-550-86).....	309

Pénalités

Canada c. Union Gas Ltd. (A-585-87).....	F-28
--	------

Pratique

Diversified Holdings Ltd. c. Canada (C.A.) (A-1088-88).....	595
Hanson c. Smith (T-2013-88).....	F-29
Neeb c. Canada (T-534-88).....	F-28

Saisies

Baron c. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89).....	688
M.R.N. c. Plomberie Chauffage Alma Inc. (ITA-580-87).....	F-11

INJONCTIONS

Eleanor A. Consulting Ltd. c. Eleanor's Fashions Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-1144-89)	51
Jelin Investments Ltd. c. Signtech Inc. (1 ^{re} inst.) (T-5486-79)	365
Sklar-Peppler Inc. c. Decor-Rest Furniture Ltd. (T-1781-90)	F-29
Sklar-Peppler Sales Inc. c. Decor-Rest Furniture Ltd. (T-1781-90)	F-42

INTERPRÉTATION DES LOIS

Voir aussi: Impôt sur le revenu, p. 688

Canada (Procureur général) c. Mossop (C.A.) (A-199-89)	18
Canada (Procureur général) c. Rosin (C.A.) (A-211-89)	391
Canada (Procureur général) c. Viola (C.A.) (A-312-89)	373
Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne) (C.A.) (A-514-89)	571
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re) (C.A.) (A-336-90)	529
MacMillan Bloedel Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-1181-87)	331

JUGES ET TRIBUNAUX

Canada (Ministre d'État, Multiculturalisme et Citoyenneté) c. Shahkar (1 ^{re} inst.) (T-2396-88)	177
Lihuen c. Canada (Service canadien du renseignement de sécurité) (1 ^{re} inst.) (T-502-90)	44

LANGUES OFFICIELLES

Canada (Procureur général) c. Viola (C.A.) (A-312-89)	373
---	-----

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Coutts c. Établissement d'Edmonton (Directeur) (T-948-90)	F-55
Fontaine c. Canada (Service correctionnel) (T-1657-90)	F-42
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-2439-90)	F-30
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (C.A.) (A-827-90)	171
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.) (T-2439-90)	160

MARQUES DE COMMERCE

Chem-Free Environment Inc. c. Astral Industrial Products Ltd. (T-2254-90)	F-30
Cies Molson Ltée c. Moosehead Breweries Ltd. (T-428-84)	F-11
Medi-Promotions Inc. c. M.D. Prescriptions Inc. (T-2568-90)	F-55
Searle Canada Inc. c. Novopharm Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-1841-89)	292
676258 Ontario Ltd. c. 788968 Ontario Ltd. (T-2358-90)	F-42

Contrefaçon

All Treat Farms Ltd. c. ASB Greenworld Ltd. (T-650-90)	F-30
Eleanor A. Consulting Ltd. c. Eleanor's Fashions Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-1144-89)	51
Jercity Franchises Ltd. c. Foord (T-1875-89)	F-43
Purolator Courier Ltd. c. Mayne Nickless Transport Inc. (T-1412-90)	F-11
Style Communications Inc. c. Southam Inc. (T-2356-90)	F-30
Tonka Corp. c. Toronto Sun Publishing Corp. (T-2832-90)	F-43

MARQUES DE COMMERCE—Suite**Enregistrement**

Canadian Parking Equipment Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-1627-85).....	F-31
Garantie Universelle (Québec) Ltée c. Pronto Auto Repair Dealership Inc. (T-1111-90)	F-12
Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-183-85)	F-11
Nishi c. Robert Morse Appliances Ltd. (T-2738-89).....	F-31

Pratique

Bureau Laitier du Canada c. Swift-Eckrich, Inc. (T-2438-88).....	F-12
--	------

Radiation

All Canada Vac Ltd. c. Lindsay Manufacturing Inc. (A-185-90).....	F-44
Heintzman c. 751056 Ontario Ltd. (T-1441-89)	F-31
McFadden, Fincham, Marcus & Allen c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-2996-89).....	F-32
Mihaljevic c. Colombie-Britannique (A-936-88).....	F-32

PÊCHES

Western Pulp Inc. c. Roxburgh (T-2402-90).....	F-32
--	------

PÉNITENCIERS

Voir aussi: Contrôle judiciaire, F-20; Droit constitutionnelle, F-36

Goessel c. Canada (Service correctionnel) (T-2987-90).....	F-55
Latham c. Canada (T-261-90)	F-44
Weatherall c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-537-87)	85
Williams c. Canada (Service correctionnel, Comité régional des transfèrements, Région des Prairies) (1 ^{re} inst.) (T-1505-90, T-1506-90, T-1507-90, T-1508-90, T-1509-90)	251

PEUPLES AUTOCHTONES

Voir aussi: Fonction publique, F-52

Élections

Badger c. Canada (T.D.) (T-706-88).....	191
---	-----

PRATIQUE

Voir aussi: Antidumping, F-17; Droit d'auteur, F-21; Pêches, F-32; Pénitenciers, F-44

Baker Cummins Pharmaceuticals Inc. c. Dormer Laboratories Inc. (T-275-89)	F-56
de Korompay c. Ontario Hydro (T-377-88)	F-44
Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-577-87)	325

Affidavits

Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne) (1 ^{re} inst.) (T-522-90)	356
Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2975-90).....	F-44

PRATIQUE—Suite**Communication de documents et interrogatoire préalable***Interrogatoire préalable*

Roseland Farms Ltd. c. Canada (T-452-86)	F-56
--	------

Production de documents

Bande indienne des Sarcis c. Canada (T-1627-82)	F-12
Diversified Holdings Ltd. c. Canada (C.A.) (A-1088-88)	595
Unilever PLC c. Procter & Gamble Inc. (T-2534-85)	F-13

Communications Privilégiées

Baron c. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89)	688
---	-----

Comparution

Olson c. Canada (T-2603-89)	F-13
-----------------------------------	------

Comparution conditionnelle

Mountainbell Co. c. Jacky Maeder (H.K.) Ltd. (A-560-88)	F-56
---	------

Frais et dépens

Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp. (T-1565-85)	F-33
Grant c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord) (T-138-88)	F-57
J. M. Voith GmbH c. Beloit Corp. (T-1350-86)	F-45
Jelin Investments Ltd. c. Signtech Inc. (1 ^{re} inst.) (T-5486-79)	365
M.R.N. c. Sajim (A-246-89)	F-13
Mondel Transport Inc. c. Afram Lines Ltd. (T-2182-86)	F-56
Portelance c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (T-1765-89) ..	F-13
Saint-Jacques c. Canada (T-1182-89)	F-57
Valmet-Dominion Inc. c. Beloit Corp. (T-1268-86)	F-45

Jugements et ordonnances

Cullom Machine Tool & Die, Inc. c. Bruce Tile Inc. (T-2007-90)	F-45
--	------

Annulation ou modification

Baron c. Canada (C.A.) (A-618-89, A-619-89, A-620-89, A-621-89)	712
de Korompay c. Ontario Hydro (T-377-88)	F-46
Sarafimoski c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-A-1392) ..	F-33
Searle Canada Inc. c. Novopharm Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-1841-89)	292

Exécution

Entreprises de radiodiffusion de la Capitale Inc. (CHRC) c. Syndicat des employés de CHRC, CHOI-FM, section locale 2645 du Syndicat canadien de la Fonction publique (A-381-89)	F-57
---	------

Jugement par défaut

Levi Strauss & Co. c. Patrick Assaraf Importer Ltd. (T-1794-88)	F-46
UMACS of Canada Inc. c. S.G.B. 2000 Inc. (T-1364-90)	F-57

PRATIQUE—Suite**Outrage au tribunal**

Gassmann c. Canada (Ministre de l'Emploi et l'Immigration) (T-1559-90)	F-13
Louis Vuitton S.A. c. Tokyodo Enterprises Inc. (T-1306-88)	F-58

Parties*Jonction*

Diotte c. Canada (C.A.) (A-631-89)	731
Edmonton Friends of the North Environmental Society c. Canada (Ministre de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien) (C.A.) (A-224-90)	416

Qualité pour agir

Alberta c. Bande indienne de Little Red River (A-225-90)	F-14
Daishowa Canada Co. c. Edmonton Friends of the North Environmental Society (A-211-90)	F-14
Daishowa Canada Co. c. Bande indienne de Little Red River (A-212-90)	F-14
Distribution Canada Inc. c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-298-90)	716

Plaidoiries*Détails*

Cris de la Baie James c. Canada (T-962-89)	F-33
--	------

Modifications

H. Smith Packaging Corp. c. Gainvir Transport Ltd. (T-2306-87)	F-46
--	------

Requête en radiation

Bande indienne des Sarcis c. Canada (T-1627-82)	F-14
de Korompay c. Ontario Hydro (T-377-88)	F-47
Jennings c. Canada (Commission des droits de la personne) (T-2544-90)	F-47
Morrow c. Canada (T-2493-90)	F-47
94272 Canada Ltd. c. Moffatt (T-520-90)	F-33
Northeast Marine Services Ltd. c. Canada (T-2662-87)	F-46
UMACS of Canada Inc. c. S.G.B. 2000 Inc. (T-1364-90)	F-34

Prescription

Kibale c. Canada (A-1221-88)	F-58
------------------------------------	------

Preuve

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.) (T-2233-90)	141
Rae Import Corp. c. Federal Pacific Lakes Lines (1 ^{re} inst.) (T-3190-73)	351
Rankin (Re) (1 ^{re} inst.) (CEA-2-90)	226

Règle des «lacunes»

Rae Import Corp. c. Federal Pacific Lakes Lines (1 ^{re} inst.) (T-3190-73)	351
---	-----

PRATIQUE—Suite**Rejet de la procédure***Défaut de poursuivre*

Ferguson c. Canada (T-501-86)	F-14
-------------------------------------	------

Représentation par un procureur ou solicitor

Cullom Machine Tool & Die, Inc. c. Bruce Tile Inc. (T-2007-90)	F-34
--	------

Signification

Iona Appliances Inc. c. Amway of Canada Ltd. (T-1126-89)	F-14
--	------

PRODUITS DANGEREUX

Canada c. Bonaventura (T-2626-86)	F-58
---	------

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Bombardier c. Canada (Commission de la fonction publique) (T-2215-89)	F-15
---	------

RADIODIFFUSION

CIBM-FM Mont-Bleu Ltée c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) (A-144-89)	F-58
Gracey c. Société Radio-Canada (1 ^{re} inst.) (T-1064-90)	739

RELATIONS DU TRAVAIL

Voir aussi: Droits de la personne, p. 571

Alberta Wheat Pool c. Konevsky (A-96-89)	F-15
Woodward's Ltd. c. Assoc. Internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale (A-138-90)	F-15

RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ

Voir aussi: Accès à l'information, F-17

Lihuen c. Canada (Service canadien du renseignement de sécurité) (1 ^{re} inst.) (T-502-90)	44
--	----

**TABLE
OF CASES DIGESTED
IN THIS VOLUME**

A

Abdullah v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-4
Ahmed v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-16
Alberta v. Little Red River Band of Indians.....	D-9
Alberta Wheat Pool v. Konevsky	D-6
All Canada Vac Ltd. v. Lindsay Manufacturing Inc.	D-37
All Treat Farms Ltd. v. ASB Greenworld Ltd.	D-26
Allied Colloids Ltd. v. Alkaril Chemicals Ltd.	D-34
Anand v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-32
Ansomah v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-31
Aubut v. M.N.R.	D-43

B

Baker Cummins Pharmaceuticals Inc. v. Dormer Laboratories Inc.	D-44
Bitumar Inc. v. Canada	D-39
Bombardier v. Canada (Public Service Commission)	D-9
Bova v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)	D-24
Bowes v. M.N.R.	D-32
Brantz (Re)	D-1
Bureau Laitier du Canada v. Swift-Eckrich, Inc.	D-11
Burgess v. M.N.R.	D-41

C

CIBM-FM Mont-Bleu Ltée v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommuni- cations Commission)	D-39
Calgary School District No. 19 v. Canada	D-2
Calles v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-6
Canada v. Bonaventura	D-41
Canada v. Kaiser Petroleum Ltd.	D-6
Canada v. Tremblay	D-41
Canada v. Union Gas Ltd.	D-18
Canada (Attorney General) v. Boyd	D-10
Canada (Attorney General) v. Chéticamp Fishermen's Co-operative Society Ltd.	D-3
Canada (Attorney-General) v. Haycock	D-12
Canada (Attorney-General) v. Johnson	D-12
Canada (Attorney General) v. Jollimore	D-37
Canada (Attorney General) v. Kuderian	D-10
Canada (Attorney-General) v. Muir	D-12
Canada (Attorney General) v. Newfoundland and Labrador Hydro	D-30
Canada (Attorney-General) v. Nield	D-12

Canada (Attorney General) v. Prescod	D-12
Canada (Attorney General) v. Redden	D-9
Canada (Attorney General) v. Rouselle	D-12
Canada (Attorney General) v. Warkentin	D-10
Canadian Parking Equipment Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)	D-26
Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)	D-35
Central Kootenay (Regional District) v. Canada	D-20
Chem-Free Environment Inc. v. Astral Industrial Products Ltd.	D-25
Cobbold v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-41
Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.	D-7
Connolly v. Conseil des Montagnais	D-46
Corostel Trading Ltd. v. Secunda Marine Services Ltd.	D-3
Coutts v. Edmonton Institution (Warden)	D-44
Crown Cork & Seal Canada Inc. v. Canada	D-6
Cullom Machine Tool & Die, Inc. v. Bruce Tile Inc.	D-23
Cullom Machine Tool & Die, Inc. v. Bruce Tile Inc.	D-36
Cutts v. Canada (Attorney General)	D-27

D

D.J. Leger Holdings Inc. v. Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act)	D-1
Dableh v. Ontario Hydro	D-3
Daishowa Canada Co. v. Edmonton Friends of The North Environmental Society	D-9
Daishowa Canada Co. v. Little Red River Band of Indians	D-9
Davis Wire Industries Ltd. (Re)	D-13
de Korompay v. Ontario Hydro	D-22
de Korompay v. Ontario Hydro	D-35
de Korompay v. Ontario Hydro	D-36
de Korompay v. Ontario Hydro	D-37
Deconinck v. Canada	D-5
Delisle v. Canada (RCMP Commissioner)	D-24
Deol v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-16
Dhillon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-32
Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.	D-22
Dupont v. Canper Industrial Products Ltd.	D-44

E

Elimeleh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-31
Ellis v. Canada	D-24
Emery v. Canada	D-41
Entezari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-32
Entreprises de Radiodiffusion de la Capitale Inc. (CHRC) v. Syndicat des employés de CHRC, CHOI-FM, Local 2645 du Syndicat canadien de la Fonction publique	D-46

F

Ferguson v. Canada	D-8
Ferland v. Lemieux	D-39
Fontaine v. Canada (Correctional Services)	D-34
Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. v. Canada	D-5

G

Garantie Universelle (Québec) Ltée v. Pronto Auto Repair Dealership Inc.	D-11
Gassmann v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-8
Gibson v. Canada (Minister of National Defence)	D-1
Goessel v. Canada (Correctional Service)	D-44
Gold v. M.N.R.	D-13
Gough v. Canada (National Parole Board)	D-21
Grant v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	D-45
Greenwood Estate v. Canada	D-17
Gulf Canada Ltd. v. Canada	D-17

H

H. Smith Packaging Corp. v. Gainvir Transport Ltd.	D-36
Haines v. Kingston Prison for Women	D-20
Hancor, Inc. v. Systèmes de Drainage Modernes Inc.	D-21
Hanson v. Smith	D-19
Hay v. Canada	D-14
Heintzman v. 751056 Ontario Ltd.	D-25
Hodgson v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	D-43
Homes Development Ltd. v. Canada	D-18
Hydrapower Marine Ltd. v. Tara M.J. (The)	D-20

I

Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc.	D-7
Iona Appliances Inc. v. Amway of Canada, Ltd.	D-9

J

J. M. Voith GmbH v. Beloit Corp.	D-35
J.P.L. Canada Imports Ltée v. Canada	D-40
James Bay Crees v. Canada	D-23
Jelin Investments Ltd. v. Signtech Inc.	D-13
Jennings v. Canada (Human Rights Commission)	D-37
Jercity Franchises Ltd. v. Foord	D-38
Jezewski v. Desmarais	D-4
Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)	D-11

K

Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-4
Kennedy v. Canada (Public Service Commission)	D-24
Kibale v. Canada	D-46
Kuen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-4
Kumih v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-4

L

LNK Manufacturing Agencies Inc. v. Canada (International Trade Tribunal)	D-1
Lall v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-16
Latham v. Canada	D-35
Levesque v. Rockefeller (T-1616-90)	D-2
Levi Strauss & Co. v. Patrick Assaraf Importer Ltd.	D-36
Livingston International Inc. v. M.N.R.	D-42

Lornport Investments Ltd. v. Canada	D-33
Louis Vuitton S.A. v. Tokyodo Enterprises Inc.	D-45
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.	D-7
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.	D-22

M

M.N.R. v. Plomberie Chauffage Alma Inc.	D-6
M.N.R. v. Sajim	D-8
Maalouli (Re)	D-39
Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Canada	D-17
Mark Fishing Co. v. Northern Princess Seafood Ltd.	D-20
Martin v. Canada (Treasury Board)	D-10
McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R.	D-42
McFadden, Fincham, Marcus & Allen v. Canada (Registrar of Trade Marks)	D-25
Medi-Promotions Inc. v. M.D. Prescriptions Inc.	D-46
Medina v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-4
Mehe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-5
Mihaljevic v. British Columbia	D-25
Molson Companies Ltd. v. Moosehead Breweries Ltd.	D-10
Mondel Transport Inc. v. Afram Lines Ltd.	D-45
Morrow v. Canada	D-37
Mountainbell Co. v. Jacky Maeder (H.K.) Ltd.	D-44
Multimodal Inc. v. M.N.R.	D-15

N

Neeb v. Canada	D-19
94272 Canada Ltd. v. Moffatt	D-23
Nishi v. Robert Morse Appliances Ltd.	D-26
Northeast Marine Services Ltd. v. Canada	D-36
Nuosci v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)	D-24

O

Ocean Dimensions Fisheries Inc. v. Common Brothers Ltd.	D-7
Olson v. Canada	D-8
Olson v. Canada	D-29
Osei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-4
Overseas Enterprises Ltd. v. Feathers Publishing and Marketing Inc.	D-30

P

Paquin v. M.N.R.	D-16
Patel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-16
Patel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-41
Petrin v. Canada	D-32
Portelance v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-8
Power-Up Canada Ltd. v. Bishop	D-44
Prairie Drapery Shoppe Ltd. v. Canada	D-14
Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd.	D-29
Purolator Courier Ltd. v. Mayne Nickless Transport Inc.	D-11

R

Remorqueurs du Québec Ltée v. Keystone Navigation Inc.....	D-43
Restorick v. Canada (Minister of Agriculture).....	D-13
Robertson (Re).....	D-13
Roseland Farms Ltd. v. Canada.....	D-45

S

Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-31
Saint-Jacques v. Canada.....	D-45
Saint John Shipbuilding Ltd. v. Eldir (The).....	D-34
Sarafimoski v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-23
Sarcee Band of Indians v. Canada.....	D-8
Sarcee Band of Indians v. Canada.....	D-9
Scott v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-31
Seyoum v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-15
Silden v. M.N.R.....	D-5
682330 Ontario Inc. v. Cineplex Odeon Corp.....	D-2
682330 Ontario Inc. v. Cineplex Odeon Corp.....	D-14
676268 Ontario Ltd. v. 788968 Ontario Ltd.....	D-37
Sklar-Peppler Inc. v. Decor-Rest Furniture Ltd.....	D-19
Sklar Peppler Sales Inc. v. Decor-Rest Furniture Ltd.....	D-33
Smektala v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-32
Snell Farms Ltd. v. M.N.R.....	D-18
Stiga Aktiebolag v. S.L.M. Canada Inc.....	D-21
Style Communications Inc. v. Southam Inc.....	D-26
Such v. Canada (Minister of Agriculture).....	D-29
Suwait v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-43

T

Taylor v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	D-12
Thaxter v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-16
Tobler v. Canada.....	D-39
Tonka Corp. v. Toronto Sun Publishing Corp.....	D-38
Toronto-Dominion Bank v. Canada.....	D-14
Toyota 4-Runner No. KTM-061 (Re).....	D-40
Turner v. Canada.....	D-1
Tye-Sil Corp. v. Diversified Products Corp.....	D-22

U

UMACS of Canada Inc. v. S.G.B. 2000 Inc.....	D-23
UMACS of Canada Inv. v. S.G.B. 2000 Inc.....	D-34
UMACS of Canada Inc. v. S.G.B. 2000 Inc.....	D-46
Unilever PLC v. Procter & Gamble Inc.....	D-8

V

Valmet-Dominion Inc. v. Beloit Corp.....	D-35
Van Dongen v. Canada.....	D-18

W

Weber v. Canada.....	D-15
----------------------	------

Westar Mining Ltd. v. Canada	D-2
Western Pulp Inc. v. Roxburgh	D-15
Witten v. M.N.R.	D-33
Woodward's Ltd. v. International Assn. of Machinists and Aerospace Workers	D-6

Y

Yu v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-3
--	-----

Z

Zeng v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-41
---	------

TABLE
DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

A

Abdullah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-8
Ahmed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-25
Alberta c. Bande indienne de Little Red River.....	F-14
Alberta Wheat Pool c. Konevsky.....	F-15
All Canada Vac Ltd. c. Lindsay Manufacturing Inc.....	F-44
All Treat Farms Ltd. c. ASB Greenworld Ltd.....	F-30
Allied Colloids Ltd. c. Alkaril Chemicals Ltd.....	F-35
Anand c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-40
Ansomah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-38
Aubut c. M.R.N.....	F-50

B

Baker Cummins Pharmaceuticals Inc. c. Dormer Laboratories Inc.....	F-56
Bande indienne des Sarcis c. Canada.....	F-12
Bande indienne des Sarcis c. Canada.....	F-14
Banque Toronto-Dominion c. Canada.....	F-21
Bitumar Inc. c. Canada.....	F-50
Bombardier c. Canada (Commission de la fonction publique).....	F-15
Bova c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la fonction publique).....	F-23
Bowes c. M.R.N.....	F-40
Brantz (Re).....	F-3
Bureau laitier du Canada c. Swift-Eckrich, Inc.....	F-12
Burgess c. M.R.N.....	F-53

C

CIBM-FM Mont-Bleu Ltée c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes).....	F-58
Calgary School District N° 19 c. Canada.....	F-4
Calles c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-4
Canada c. Bonaventura.....	F-58
Canada c. Kaiser Petroleum Ltd.....	F-10
Canada c. Tremblay.....	F-53
Canada c. Union Gas Ltd.....	F-28
Canada (Procureur général) c. Boyd.....	F-6
Canada (Procureur général) c. Chéticamp Fishermen's Co-operative Society Ltd.....	F-6
Canada (Procureur général) c. Haycock.....	F-1
Canada (Procureur général) c. Johnson.....	F-1
Canada (Procureur général) c. Jollimore.....	F-38
Canada (Procureur général) c. Kuderian.....	F-7

Canada (Procureur général) c. Muir	F-1
Canada (Procureur général) c. Newfoundland	F-38
Canada (Procureur général) c. Nield	F-1
Canada (Procureur général) c. Prescod	F-2
Canada (Procureur général) c. Redden	F-6
Canada (Procureur général) c. Rouselle	F-1
Canada (Procureur général) c. Warkentin	F-6
Canadian Parking Equipment Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce) ...	F-31
Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)	F-44
Central Kootenay (District régional) c. Canada	F-19
Chem-Free Environment Inc. c. Astral Industrial Products Ltd.	F-30
Cies Molson Ltée c. Moosehead Breweries Ltd.	F-11
Cobbold c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-53
Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.	F-3
Connolly c. Conseil des Montagnais	F-52
Corostel Trading Ltd. c. Secunda Marine Services Ltd.	F-3
Coutts c. Établissement d'Edmonton (Directeur)	F-55
Cris de la Baie James c. Canada	F-33
Crown Cork & Seal Canada Inc. c. Canada	F-10
Cullom Machine Tool & Die, Inc. c. Bruce Tile Inc.	F-34
Cullom Machine Tool & Die, Inc. c. Bruce Tile Inc.	F-45
Cutts c. Canada (Procureur général)	F-17

D

D. J. Leger Holdings Inc. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence)	F-3
Dableh c. Ontario Hydro	F-4
Daishowa Canada Co. c. Bande indienne de Little Red River	F-14
Daishowa Canada Co. c. Edmonton Friends of the North Environmental Society	F-14
Davis Wire Industries Ltd. (Re)	F-17
de Korompay c. Ontario Hydro	F-19
de Korompay c. Ontario Hydro	F-44
de Korompay c. Ontario Hydro	F-46
de Korompay c. Ontario Hydro	F-47
Deol c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-25
Deconinck c. Canada	F-9
Delisle c. Canada (Commissaire de la GRC)	F-24
Dhillon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-39
Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.	F-33
Dupont c. Canper Industrial Products Ltd.	F-49

E

Elimeleh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-39
Ellis c. Canada	F-23
Emery c. Canada	F-49
Entezari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-40
Entreprises de radiodiffusion de la Capitale Inc. (CHRC) c. Syndicat des employés de CHRC, CHOI-FM, section locale 2645 du Syndicat canadien de la Fonction publique	F-57

F

Ferguson c. Canada	F-14
--------------------------	------

Ferland c. Lemieux	F-51
Fontaine c. Canada (Service correctionnel)	F-42
Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. c. Canada	F-10

G

Garantie Universelle (Québec) Ltée c. Pronto Auto Repair Dealership Inc.	F-12
Gassmann c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-13
Gibson c. Canada (Ministre de la Défense nationale)	F-7
Goessel C. Canada (Service correctionnel)	F-55
Gold c. M.R.N.	F-17
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	F-30
Grant c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)	F-57
Greenwood, succession c. Canada	F-26
Gulf Canada Ltée c. Canada	F-26

H

H. Smith Packaging Corp. c. Gainvir Transport Ltd.	F-46
Haines c. Prison pour femmes de Kingston	F-20
Hancor, Inc. c. Systèmes de Drainage Modernes Inc.	F-18
Hanson c. Smith	F-29
Hay c. Canada	F-20
Heintzman c. 751056 Ontario Ltd.	F-31
Hodgson c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)	F-49
Homes Development Ltd. c. Canada	F-28
Hydropower Marine Ltd. c. Tara M.J. (Le)	F-22

I

Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc.	F-2
Iona Appliances Inc. c. Amway of Canada Ltd.	F-14

J

J. M. Voith GmbH c. Beloit Corp.	F-45
J.P.L. Canada Imports Ltée c. Canada	F-51
Jelin Investments Ltd. c. Signtech Inc.	F-21
Jennings c. Canada (Commission des droits de la personne)	F-47
Jercity Franchises Ltd. c. Foord	F-43
Jezewski c. Desmarais	F-8
Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)	F-11

K

Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-8
Kennedy c. Canada (Commission de la fonction publique)	F-23
Kibale c. Canada	F-58
Kuen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-8
Kumih c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-9

L

LNK Manufacturing Agencies Inc. c. Canada (Tribunal du commerce extérieur)	F-1
Lall c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-25

Latham c. Canada	F-44
Levesque c. Rockefeller	F-4
Levi Strauss & Co. c. Patrick Assaraf Importer Ltd.	F-46
Livingston International Inc. c. M.R.N.	F-53
Lornport Investments Ltd. c. Canada	F-41
Louis Vuitton S.A. c. Tokyodo Enterprises Inc.	F-58
Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.	F-2
Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.	F-19

M

M.R.N. c. Plomberie Chauffage Alma Inc.	F-11
M.R.N. c. Sajim	F-13
Maalouli	F-49
Mark Fishing Co. c. Northern Princess Seafood Ltd.	F-22
Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Canada	F-26
Martin c. Canada (Conseil du Trésor)	F-6
McCutcheon Farms Ltd. c. M.R.N.	F-54
McFadden, Fincham, Marcus & Allen c. Canada (Registraire des marques de commerce)	F-32
Medi-Promotions Inc. c. M.D. Prescriptions Inc.	F-55
Medina c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-8
Mehe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-9
Mihaljevic c. Colombie-Britannique	F-32
Mondel Transport Inc. c. Afram Lines Ltd.	F-56
Morrow c. Canada	F-47
Mountainbell Co. c. Jacky Maeder (H.K.) Ltd.	F-56
Multimodal Inc. c. M.R.N.	F-21

N

Neeb c. Canada	F-28
94272 Canada Ltd. c. Moffatt	F-33
Nishi c. Robert Morse Appliances Ltd.	F-31
Northeast Marine Services Ltd. c. Canada	F-46
Nuosci c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)	F-24

O

Ocean Dimensions Fisheries Inc. c. Common Brothers Ltd.	F-5
Olson c. Canada	F-13
Olson c. Canada	F-36
Osei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-9
Overseas Enterprises Ltd. c. Feathers Publishing and Marketing Inc.	F-37

P

Paquin c. M.R.N.	F-26
Patel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-25
Patel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-52
Petrin c. Canada	F-40
Portelance c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-13
Power-Up Canada Ltd. c. Bishop	F-49
Prairie Drapery Shoppe Ltd. c. Canada	F-20
Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd.	F-36

Purolator Courier Ltd. c. Mayne Nickless Transport Inc.	F-11
--	------

R

Remorqueurs du Québec Ltée c. Keystone Navigation Inc.	F-52
Restorick c. Canada (Ministre de l'Agriculture).....	F-17
Robertson (Re)	F-19
Roseland Farms Ltd. c. Canada.....	F-56

S

Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-38
Saint-Jacques c. Canada	F-57
Saint John Shipbuilding Ltd. c. Eldir (Le)	F-37
Sarafimoski c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-33
Scott c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-39
Seyoum c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-24
Silden c. M.R.N.....	F-9
682330 Ontario Inc. c. Cineplex Odeon Corp.....	F-5
682330 Ontario Inc. c. Cineplex Odeon Corp.....	F-22
676258 Ontario Ltd. c. 788968 Ontario Ltd.....	F-42
Sklar-Peppler Inc. c. Decor-Rest Furniture Ltd.....	F-29
Sklar-Peppler Inc. c. Decor-rest Furniture Ltd.	F-42
Smektala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-40
Snell Farms Ltd. c. M.R.N.....	F-27
Stiga Aktiebolag c. S.L.M. Canada Inc.	F-18
Style Communications Inc. c. Southam Inc.....	F-30
Such c. Canada (Ministre de l'Agriculture)	F-35
Suwair c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-50

T

Taylor c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-2
Thaxter c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-25
Tobler c. Canada	F-50
Tonka Corp. c. Toronto Sun Publishing Corp.	F-43
Toyota 4-Runner, n° KTM-061 (Re).....	F-51
Turner c. Canada.....	F-1
Tye-Sil Corp. c. Diversified Products Corp.....	F-18

U

UMACS of Canada Inc. c. S.G.B. 2000 Inc.....	F-34
UMACS of Canada Inc. c. S.G.B. 2000 Inc.....	F-35
UMACS of Canada Inc. c. S.G.B. 2000 Inc.....	F-57
Unilever PLC c. Procter & Gamble Inc.....	F-13

V

Valmet-Dominion Inc. c. Beloit Corp.....	F-45
Van Dongen c. Canada	F-27

W

Weber c. Canada	F-23
-----------------------	------

Westar Mining Ltd. c. Canada.....	F-5
Western Pulp Inc. c. Roxburgh.....	F-32
Witten c. M.R.N.	F-41
Woodward's Ltd. c. Assoc. internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale.....	F-15

Y

Yu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-7
--	-----

Z

Zeng c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)....	F-52
---	------

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>Abrahams, Coleman C. v. Minister of National Revenue (No. 2)</i> , [1967] 1 Ex.C.R. 333; [1966] C.T.C. 690; (1966), 66 DTC 5451	309
<i>Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith</i> , [1933] S.C.R. 47	529
<i>Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.</i> , [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 C.L.L.C. 17,022; 76 N.R. 161.....	18
<i>Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.</i> , [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 C.L.L.C. 17,022; 76 N.R. 161.....	356
<i>Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.</i> , [1971] F.C. 382; (1971), 12 C.P.R. (2d) 67 (C.A.)	416
<i>Ahmad v. Public Service Commission</i> , [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.).....	444
<i>Air Canada v. Wardair Canada (1975) Ltd.</i> , [1980] 1 F.C. 120; (1979), 106 D.L.R. (3d) 412; 36 N.R. 296 (C.A.).....	177
<i>Airport Taxicab (Malton) Association v. Canada (Minister of Transport) et al.</i> (1986), 7 F.T.R. 105 (F.C.T.D.)	739
<i>Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Indust. Can. Ltd.</i> (1984), 5 C.I.P.R. 40; 3 C.P.R. (3d) 143 (F.C.A.)	416
<i>American Airlines Inc. v. Canada (Competition Tribunal)</i> , [1989] 2 F.C. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.)	141
<i>American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.</i> , [1975] A.C. 396 (H.L.).....	114
<i>American Farm Bureau Federation v. Canadian Import Tribunal</i> , File # 21366, Gonthier and Wilson J.J., judgment dated 8/11/90, S.C.C., not yet reported.....	428
<i>Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.</i> , [1956] 1 Q.B. 357 (Q.B.D.).....	416
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.	18
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.	344
<i>Angus v. Sun Alliance Insurance Co.</i> , [1988] 2 S.C.R. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210.....	529
<i>Anvari v. Canada (Employment and Immigration Commission)</i> (1988), 10 C.H.R.R. D/5816	391
<i>Armson v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (F.C.A.)	3
<i>Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.</i> , [1987] 3 F.C. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.).....	51

	PAGE
<i>Astudillo v. Minister of Employment and Immigration</i> (1979), 31 N.R. 121 (F.C.A.)....	3
<i>Attakora v. Minister of Employment and Immigration</i> (1987), 99 N.R. 168 (F.C.A.)....	3
<i>Attorney-General v. Pontypridd Waterworks Company</i> , [1908] 1 Ch. 388 (Ch.D.).....	416
<i>Attorney General of Canada v. Jolly</i> , [1975] F.C. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.).....	3
<i>Attorney General of Canada v. Loiselle</i> , [1981] 2 F.C. 203 (C.A.).....	444
<i>Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 732; (1986), 66 N.R. 380.....	529
<i>Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc.</i> (1983), 41 O.R. (2d) 366; 146 D.L.R. (3d) 93; 72 C.P.R. (2d) 57 (C.A.).....	292
<i>Ayscough v. Bullar</i> (1889), 41 Ch.D. 341 (C.A.).....	416
<i>B.C. (A.G.) v. Can. (A.G.)</i> (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339 (S.C.).....	129
<i>Babineau et al. v. Babineau et al.</i> (1981), 32 O.R. (2d) 545; 122 D.L.R. (3d) 508 (H.C.); affd (1982), 37 O.R. (2d) 527; 133 D.L.R. (3d) 767 (C.A.).....	18
<i>Bailey et al. v. M.N.R.</i> (1980), 1 C.H.R.R. 193 (H.R.T.).....	468
<i>Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , 90-A-1030, Pratte J.A., order dated 7/3/90, (F.C.A.) not yet reported.....	3
<i>Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.</i> , [1966] S.C.R. 282; (1966), 56 D.L.R. (2d) 193; 55 W.W.R. 129.....	641
<i>Baril v. Attorney General of Canada</i> , [1980] 1 F.C. 55; (1979), 106 D.L.R. (3d) 79; 36 N.R. 587 (C.A.).....	266
<i>Barry and Brosseau v. Alberta Securities Commission</i> (1986), 67 A.R. 222; 25 D.L.R. (4th) 730; 24 C.R.R. 9 (C.A.).....	529
<i>Bassett v. Canadian Broadcasting Corp.</i> (1980), 30 O.R. (2d) 140; 116 D.L.R. (3d) 332; 17 C.P.C. 254 (H.C.).....	739
<i>Bauer v. Public Service Appeal Board</i> , [1973] F.C. 626; (1973), 40 D.L.R. (3d) 126; 6 N.R. 183 (C.A.).....	373
<i>Beam of Canada Inc. v. Arnold Holdings Ltd.</i> (1988), 19 C.P.R. (3d) 475; 18 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).....	51
<i>Bernshine Mobile Maintenance Ltd. v. Canada Labour Relations Board</i> , [1986] 1 F.C. 422; (1985), 22 D.L.R. (4th) 748; 85 CLLC 14,060; 62 N.R. 209 (C.A.).....	571
<i>Bhattia v. Canada (Minister of Employment & Immigration)</i> (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 63 (F.C.A.).....	3
<i>Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 C.L.L.C. 17,003; 63 N.R. 185.....	18
<i>Borowski v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.....	309
<i>Boucher v. Canada (Correctional Service)</i> (1988), 9 C.H.R.R. D/4910.....	391
<i>Boulis v. Minister of Manpower and Immigration</i> , [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216.....	266
<i>Branzburg v Hayes</i> , 408 US 665; 92 S Ct 2646; 33 L Ed 2d 626 (1972).....	114
<i>Brière v. Canada Mortgage and Housing Corporation</i> , [1986] 2 F.C. 484; (1986), 30 D.L.R. (4th) 375; 68 N.R. 385; 42 R.P.R. 66 (C.A.).....	739

<i>British Columbia Power Corp. Ltd. v. Attorney-General of British Columbia & British Columbia Electric Co. Ltd.</i> (1962), 34 D.L.R. (2d) 25; 38 W.W.R. 657 (B.C.C.A.)	601
<i>Brousseau v. Alberta Securities Commission</i> , [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1	529
<i>Brown v. B.C. (Min. of Health)</i> (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.)	18
<i>Brown v. Public Service Commission</i> , [1975] F.C. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.)	373
<i>Burton v. Barclay and Another</i> (1831), [1824-34] All E.R. Rep. 437 (C.P.)	681
<i>Cadieux v. Director of Mountain Institution</i> , [1985] 1 F.C. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50; 13 C.C.C. (3d) 330; 41 C.R. (3d) 30; 10 C.R.R. 248 (T.D.)	160
<i>Caimaw v. Paccar Canada Ltd.</i> , [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 102 N.R. 1	226
<i>Campbell et al. v. Moxness; Co-operative Fire and Casualty Co., Third Party and 3 other actions</i> (1974), 56 D.L.R. (3d) 137; [1975] 2 W.W.R. 64 (Alta. C.A.) affirmed by [1976] 1 S.C.R. v; (1976), 4 A.R. 123; 64 D.L.R. (3d) 766; [1976] 2 W.W.R. 384; 15 N.R. 423	731
<i>Camphaug v. Canada</i> (1990), 34 F.T.R. 165 (F.C.T.D.)	251
<i>Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of Environment)</i> , [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.)	641
<i>Canada v. Aquarius Computer</i> (1989), 2 T.C.T. 4531 (Ont. H.C.)	688
<i>Canada v. McClurg</i> , [1988] 2 F.C. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1987), 18 F.T.R. 80; 84 N.R. 214 (C.A.) affg <i>McClurg (J.A.) v. The Queen</i> , [1986] 1 C.T.C. 355; (1986), 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)	585
<i>Canada (Attorney General) v. Druken</i> , [1989] 2 F.C. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15; 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.)	391
<i>Canada (Attorney General) v. Vincer</i> , [1988] 1 F.C. 714 (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.)	373
<i>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)</i> , [1990] 3 F.C. 514 (T.D.)	670
<i>Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Ho</i> , A-187-89, Mahoney J.A., judgment dated 22/5/90, F.C.A., not yet reported.	505
<i>Canada (Secretary of State) v. Charran</i> (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 138; 21 F.T.R. 117 (F.C.T.D.)	757
<i>Canada (Secretary of State) v. Delezos</i> , [1989] 1 F.C. 297; (1988), 22 F.T.R. 135; 6 Imm. L.R. (2d) 12 (T.D.)	757
<i>Canada (Secretary of State) v. Luitjens</i> , [1989] 2 F.C. 125; (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 231 (T.D.)	757
<i>Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen</i> , [1985] 2 F.C. 84; (1985), 85 CLLC 14,106; 57 N.R. 351 (C.A.)	428
<i>Canadian Armed Forces v. Morgan</i> , Sept. 14, 1990, not yet reported (C.H.R.T.)	391
<i>Canadian Broadcasting Corp. v. C.U.P.E.</i> , [1987] 3 F.C. 515; (1987), 38 D.L.R. (4th) 617; 76 N.R. 155 (C.A.)	391
<i>Canadian Imperial Bank of Commerce v. Rifou</i> , [1986] 3 F.C. 486; (1986), 13 C.C.E.L. 293; 86 CLLC 14,046; 25 C.R.R. 164; 72 N.R. 12 (C.A.)	444
<i>Canadian National Ry. Co. v. Lewis et al.</i> , [1930] Ex.C.R. 145; (1930), 4 D.L.R. 537	177
<i>Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)</i> , [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161	373

	PAGE
<i>Canadian Newspaper Co. Ltd. v. Isaac</i> (1988), 63 O.R. (2d) 698; 48 D.L.R. (4th) 751; 27 O.A.C. 229 (Div. Ct.)	114
<i>Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)</i> , [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.)	391
<i>Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)</i> , [1991] 1 F.C. 571 (C.A.)	391
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> , [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.)	641
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> , [1990] 1 F.C. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (T.D.)	641
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.</i> (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)	641
<i>Canterra Energy Ltd v The Queen</i> , [1985] 1 CTC 329; (1985), 85 DTC 5245 (F.C.T.D.)	239
<i>Canterra Energy Ltd. v. The Queen</i> , [1987] 1 C.T.C. 89; (1986), 87 DTC 5019; 71 N.R. 394 (F.C.A.)	468
<i>Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration</i> (1967), 65 D.L.R. (2d) 663; 62 W.W.R. 229 (Man. C.A.)	731
<i>Cartwright v. City of Toronto</i> (1914), 50 S.C.R. 215; 20 D.L.R. 189	351
<i>Cassidy's Ltd. (formerly Packer Floor Coverings Ltd.) v. M.N.R.</i> (1989), 89 DTC 686 (T.C.C.)	299
<i>Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)</i> , [1990] 2 S.C.R. 489	391
<i>Chamberlain v. Aetna Life & Cas. Ins. Co., Tenn.</i> , 593 S.W. 2d 661 (S.C., 1980)	141
<i>Chapdelaine v. Air Canada</i> (1987), 9 C.H.R.R. D/4449	391
<i>Chitel et al. v. Rothbart et al.</i> (1982), 39 O.R. (2d) 513; 141 D.L.R. (3d) 269; 30 C.P.C. 205; 69 C.P.R. (2d) 62 (C.A.)	365
<i>Chrapko (G.R.) v. The Queen</i> , [1988] 2 C.T.C. 342; (1988), 88 DTC 6487 (F.C.A.); <i>varg The Queen v. Chrapko (G.R.)</i> , [1984] CTC 594; 84 DTC 6544 (F.C.T.D.)	219
<i>Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.</i> (1986), 12 C.P.R. (3d) 76 (Ont. H.C.)	292
<i>City of Ottawa v. Hunter</i> (1900), 31 S.C.R. 7	331
<i>Cochrane-Dunlop Hardware Ltd. v. Capital Diversified Industries Ltd.</i> (1976), 30 C.P.R. (2d) 176 (Ont. C.A.)	51
<i>Consumers' Association of Canada v. Attorney General of Canada</i> , [1979] 1 F.C. 433; (1978), 87 D.L.R. (3d) 33 (T.D.)	641
<i>Cormier v. Human Rights Commission (Alta.) and Ed Block Trenching Ltd.</i> (1984), 56 A.R. 351; 14 D.L.R. (4th) 55; 33 Alta L.R. (2d) 359; 6 C.C.E.L. 60; 5 C.H.R.R. D/2441 (Q.B.)	571
<i>Corporation of the City of Toronto v. Morencie</i> , [1989] 1 S.C.R. vii	416
<i>Courtois v. Canada (Dept. of Indian Affairs and Northern Development)</i> (1990), 11 C.H.R.R. D/363	391
<i>Dale (J B) v. MNR</i> , [1977] CTC 2208 (T.R.B.)	219
<i>Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board</i> , [1977] 1 F.C. 562; (1976), 13 N.R. 341 (C.A.)	373
<i>Demaria v. Regional Classification Board</i> , [1987] 1 F.C. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.)	160

	PAGE
<i>Demaria v. Regional Classification Board</i> , [1987] 1 F.C. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.)	251
<i>Demers v. Attorney General of Canada</i> , [1974] 1 F.C. 270; (1974), 2 N.R. 89 (C.A.)	373
<i>Dene Nation v. The Queen</i> , [1983] 1 F.C. 146 (T.D.)	416
<i>Dene Nation v. The Queen</i> , [1983] 1 F.C. 146 (T.D.)	739
<i>Descôteaux et al. v. Mierzwinski</i> , [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462	688
<i>Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation)</i> , [1987] ABD [8-1] 162 (P.S.C.A.B.)	444
<i>Diotte v. Canada</i> (1989), 31 F.T.R. 185 (F.C.T.D.)	731
<i>Edmonton Liquid Gas Ltd v The Queen</i> , [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (F.C.A.)	239
<i>Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada</i> , [1930] A.C. 124 (P.C.)	129
<i>Federal Steam Navigation Co Ltd v Department of Trade and Industry</i> , [1974] 2 All ER 97 (H.L.)	331
<i>Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374</i> , [1990] 2 F.C. 586 (C.A.)	226
<i>Finlay v. Canada (Minister of Finance)</i> , [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	716
<i>Fiset (N.) v. M.N.R.</i> , [1988] 1 C.T.C. 2335; (1988), 88 DTC 1223 (T.C.C.)	468
<i>Fisher v. The Queen</i> , [1978] 1 F.C. 300 (T.D.)	78
<i>Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. v. A.G. Can.</i> (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (F.C.A.)	141
<i>Fontaine v. Canadian Pacific Ltd.</i> (1989), 11 C.H.R.R. D/288	391
<i>Food-corp Ltd. v. Hardee's Food Systems, Inc.</i> , [1982] 1 F.C. 821; (1982), 40 N.R. 349 (C.A.)	356
<i>Forde et al. v. Waste Not Wanted Inc. et al.</i> (1984), D.R.S. 55-027 (F.C.T.D.)	739
<i>Frank Cormier v. Alberta Human Rights Commission</i> (1984), 5 C.H.R.R. D/2441	391
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1990] 2 F.C. 18 (C.A.)	416
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.)	641
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.)	716
<i>Fung v. Minister of Employment and Immigration</i> (1989), 27 F.T.R. 182 (F.C.T.D.)	619
<i>Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)</i> , [1989] 3 F.C. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 25 F.T.R. 79; 92 N.R. 292 (C.A.)	251
<i>Gariépy v. Federal Court of Canada (Administrator)</i> (1987), 14 F.T.R. 58 (F.C.T.D.)	373
<i>Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun</i> , [1979] 2 S.C.R. 435; (1979), 97 D.L.R. (2d) 577; [1979] 4 W.W.R. 118; 10 B.C.L.R. 257	391
<i>Gingras v. Cdn. Security & Intelligence Service</i> (1987), 11 C.I.P.R. 327; 19 C.P.R. (3d) 283 (F.C.T.D.)	356
<i>Gittens (In re)</i> , [1983] 1 F.C. 152; (1982), 137 D.L.R. (3d) 687; 68 C.C.C. (2d) 438; 1 C.R.R. 346 (T.D.)	757
<i>Gloin v. Attorney General of Canada</i> , [1978] 2 F.C. 307; (1977), 20 N.R. 475 (C.A.)	428

	PAGE
<i>Glover v. Glover et al.</i> (No. 1) (1980), 29 O.R. (2d) 392; 113 D.L.R. (3d) 161; 16 C.P.C. 77; [1980] CTC 531; 80 DTC 6262; 43 N.R. 273; 18 R.F.L. (2d) 116 (C.A.); <i>confd sub nom. Glover v. Minister of National Revenue</i> , [1981] 2 S.C.R. 561; (1981), 130 D.L.R. (3d) 383; [1982] CTC 29; 82 DTC 6035; 43 N.R. 271; 25 R.F.L. (2d) 335.....	595
<i>Goguen v. Gibson</i> , [1983] 1 F.C. 872 (C.A.).....	226
<i>Goguen v. Shannon</i> (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (N.B.C.A.).....	688
<i>Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The T. Eaton Company Limited and Others</i> , [1956] S.C.R. 610; (1956), 4 D.L.R. (2d) 1; 56 DTC 1060.....	373
<i>Gough v. Canada (National Parole Board)</i> , [1991] 1 F.C. 160 (T.D.).....	171
<i>Guaranty Properties Ltd. v. Canada</i> , [1987] 2 F.C. 292; [1987] 1 C.T.C. 242; (1987), 87 DTC 5124; 9 F.T.R. 17 (T.D.).....	199
<i>Gurtner v. Circuit</i> , [1968] 2 Q.B. 587 (C.A.).....	416
<i>Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 75 N.R. 401.....	529
<i>Guy v. Public Service Commission Appeal Board</i> , [1984] 2 F.C. 369; (1984), 8 D.L.R. (4th) 628; 55 N.R. 105 (C.A.).....	373
<i>H. v. R.</i> , [1986] 2 F.C. 71; (1985), 17 Admin. L.R. 39 (T.D.).....	160
<i>Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 2 F.C. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm. L.R. (2d) 222 (T.D.).....	619
<i>Halifax, City of, v. Halifax Harbour Commissioners</i> , [1935] S.C.R. 215; [1935] 1 D.L.R. 657.....	601
<i>Hallé v. Bell Canada</i> (1989), 99 N.R. 149 (F.C.A.).....	444
<i>Halton Community Credit Union Ltd. v. ICL Computers Can. Ltd.</i> (1985), 3 C.P.C. (2d) 252 (Ont. C.A.).....	416
<i>Healy v. R.</i> , [1979] 2 F.C. 49; [1979] CTC 44; (1979), 79 DTC 5060; 25 N.R. 429 (C.A.).....	219
<i>Herbert v. Inland Revenue Comrs.</i> , [1943] 1 All E.R. 336 (K.B.D.).....	585
<i>Herman et al. v. Deputy Attorney General (Can.)</i> , [1979] 1 S.C.R. 729; (1978), 91 D.L.R. (3d) 3; 5 C.R. (3d) 242; [1978] CTC 744; 78 DTC 6456; 23 N.R. 235.....	177
<i>Hinds v. Canada (Employment and Immigration Commission)</i> (1988), 10 C.H.R.R. D/5683.....	391
<i>Hnatiuk v. Canada</i> (1987), 12 F.T.R. 44 (F.C.T.D.).....	251
<i>Hobson v. British Columbia Institute of Technology</i> (1988), 9 C.H.R.R. D/4666.....	391
<i>Home Office v. Harman</i> , [1983] 1 A.C. 280 (H.L.).....	325
<i>Homelite, a division of Textron Can. Ltd. v. Cdn. Import Tribunal</i> (1987), 26 Admin. L.R. 126; 15 F.T.R. 10 (F.C.T.D.).....	141
<i>Howard v. Bodington</i> (1877), 2 P.D. 203 (Ct. of Arches).....	199
<i>Howard v. Stony Mountain Institution</i> , [1984] 2 F.C. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.).....	251
<i>Hui v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1986] 2 F.C. 96; (1986), 18 Admin. L.R. 264; 65 N.R. 69 (C.A.).....	505
<i>Hunt v. Carey Canada Inc.</i> , [1990] 2 S.C.R. 959.....	601

<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241	18
<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241	85
<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241	373
<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297, 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241	688
<i>Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 608; (1989), 22 C.I.P.R. 201; 23 C.P.R. (3d) 1; 26 F.T.R. 31 (T.D.)	51
<i>In re Aaron and in re Citizenship Act</i> , [1982] 2 F.C. 348 (T.D.)	177
<i>In re Akins and in re the Citizenship Act</i> , [1978] 1 F.C. 757; (1978), 87 D.L.R. (3d) 93 (T.D.)	177
<i>In re Albers</i> , T-75-78, Addy J., judgment dated 11/5/78, F.C.T.D., not reported	177
<i>In re Athlumney, Ex parte Wilson</i> , [1898] 2 Q.B. 547	529
<i>In re Boutros and in re Citizenship Act</i> , [1980] 1 F.C. 624; (1980), 109 D.L.R. (3d) 680 (T.D.)	177
<i>In re Chute and in re Citizenship Act</i> , [1982] 1 F.C. 98 (T.D.)	177
<i>In re Kleifges and in re Citizenship Act</i> , [1978] 1 F.C. 734; (1978), 84 D.L.R. (3d) 183 (T.D.)	177
<i>Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd</i> , [1981] 2 All E.R. 93 (H.L.)	309
<i>Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.</i> , [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168	373
<i>Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.</i> , [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168	391
<i>International Business Machines Corporation v. Xerox of Canada Limited and Xerox Corporation</i> (1977), 16 N.R. 355 (F.C.A.)	416
<i>Irwin v. Appeal Board of the Public Service Commission</i> , [1979] 1 F.C. 356; (1978), 22 N.R. 475 (C.A.)	373
<i>ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241	739
<i>Jamieson v. Commr. of Corrections</i> (1986), 51 C.R. (3d) 155; 2 F.T.R. 146 (F.C.T.D.)	251
<i>Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen</i> , [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244	331
<i>Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen</i> , [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244	468
<i>Johnston v. Orr Ewing</i> (1882), 7 App. Cas. 219 (H.L.)	292

	PAGE
<i>Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.</i> (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.)	51
<i>Julius v. Bishop of Oxford</i> (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.)	688
<i>Kearns v. P. Dickson Trucking Ltd.</i> (1988), 10 C.H.R.R. D/5700	391
<i>Kelso v. The Queen</i> , [1981] 1 S.C.R. 199; (1981), 120 D.L.R. (3d) 1; 35 N.R. 19	373
<i>Klue, J T v. MNR</i> , [1976] CTC 2401; (1976), 76 DTC 1303 (T.R.B.)	219
<i>Knox Contracting Ltd. v. Canada</i> , [1990] 1 S.C.R. 338; (1990), 110 N.R. 171	688
<i>Kodellas v. Sask. Human Rights Comm.</i> , [1989] 5 W.W.R. 1; (1989), 77 Sask. R. 94 (C.A.)	141
<i>Kourtessis v. M.N.R.</i> , [1990] 1 W.W.R. 97; (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1; 50 C.C.C. (3d) 201; 72 C.R. (3d) 196; 89 DTC 5464 (B.C.C.A.)	688
<i>Lagiorgia v. Canada</i> , [1987] 3 F.C. 28; (1987), 35 C.C.C. (3d) 445; 16 C.P.R. (3d) 74; 57 C.R. (3d) 284; [1987] 1 C.T.C. 424; 87 DTC 5245; 77 N.R. 78 (C.A.)	712
<i>Lakha (In re) and in re Citizenship Act</i> , [1981] F.C. 746 (T.D.) (Cattanach J.)	177
<i>Lambert v. The Queen</i> , [1977] 1 F.C. 199; [1976] CTC 611; (1976), 76 DTC 6373; 14 N.R. 146 (C.A.)	309
<i>Latham v. Solicitor General of Canada</i> , [1984] 2 F.C. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (T.D.)	251
<i>Latif v. Canadian Human Rights Commission</i> , [1980] 1 F.C. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.)	429
<i>Lenoir Car Co. v. Smith</i> , 100 Tenn. 127; 42 S.W. 879 (Tenn. S.C., 1897)	141
<i>Lever v. Goodwin</i> (1887), 4 R.P.C. 492 (C.A.)	292
<i>Liverpool Borough Bank v. Turner</i> (1860), 2 De G.F. & J. 502	199
<i>Lodge v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1979] 1 F.C. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.)	3
<i>Lortie-Tremblay v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont</i> , [1988] R.J.Q. 1016 (S.C.)	351
<i>Luks, Herman v. Minister of National Revenue</i> , [1959] Ex.C.R. 45; (1958), 58 DTC 1194	219
<i>Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 13,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341	114
<i>Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oats Co. of Can.</i> (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (F.C.T.D.)	51
<i>Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board</i> , [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) 314; 30 N.R. 119	251
<i>Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board</i> , [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285	529
<i>Massey-Harris Co. Ltd. v. Strasbourg</i> , [1941] 4 D.L.R. 620 (Sask. C.A.)	331
<i>Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)</i> , [1988] 2 S.C.R. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268	299
<i>McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen</i> , [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181	739
<i>Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy</i> , [1927] A.C. 899 (P.C.)	601
<i>Midway Mfg. Co. v. Bernstein et al.</i> (1988), 23 C.P.R. (3d) 272; 23 F.T.R. 295 (F.C.T.D.)	365

	PAGE
<i>Miller, Alex v. Minister of National Revenue</i> , [1962] Ex.C.R. 400; [1962] C.T.C. 378; (1962), 62 DTC 1139	585
<i>Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.</i> (1973), 4 L.C.R. 85 (B.C.C.A.).....	391
<i>Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville et al.</i> , [1982] 2 S.C.R. 518; (1982), 139 D.L.R. (3d) 1; [1983] 1 C.N.L.R. 12; 44 N.R. 616; [1983] R.D.J. 16	177
<i>Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski</i> , [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331	716
<i>Minister of National Revenue v. Bronfman, Allan</i> , [1966] Ex.C.R. 172; [1965] C.T.C. 378; (1965), 65 DTC 5235.....	585
<i>Minister of National Revenue v. Kruger Inc.</i> , [1984] 2 F.C. 535; (1984), 13 D.L.R. (4th) 706; 12 C.R.R. 45; [1984] CTC 506; 84 DTC 6478; 55 N.R. 255 (C.A.).....	688
<i>Minister of National Revenue v. Parsons</i> , [1984] 2 F.C. 331; [1984] CTC 352; (1984), 84 DTC 6345 (C.A.)	309
<i>Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.</i> , [1965] 1 Ex.C.R. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184	585
<i>Minister of Transport for Ontario v. Phoenix Assurance Co. Ltd.</i> (1973), 1 O.R. (2d) 113; 39 D.L.R. (3d) 481; [1973] L.L.R. 1-560 (C.A.)	331
<i>Mitchell v. Crozier</i> , [1986] 1 F.C. 255; (1986), 1 F.T.R. 138 (T.D.)	251
<i>Mojica v. Minister of Manpower and Immigration</i> , [1977] 1 F.C. 458; (1976), 14 N.R. 162 (C.A.)	444
<i>Monsanto Canada Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)</i> (1988), 20 C.P.R. (3d) 193; 83 N.R. 279 (F.C.A.).....	641
<i>Monsoorali Rawala and Victor Souza v. DeVry Institute of Technology</i> (1982), 3 C.H.R.R. D/1057.....	391
<i>Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).....	505
<i>Munsingwear, Inc. v. Juvena Produits de Beauté SA</i> (1985), 5 C.P.R. (3d) 244 (Opp. Bd.)	51
<i>Murphy (G A) v. The Queen</i> , [1980] CTC 386; (1980), 80 DTC 6314 (F.C.T.D.).....	585
<i>Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. and Myer Shopping Centres Pty. Ltd. v. Corporation of the City of Port Adelaide and the Attorney-General</i> (1975), 11 S.A.S.R. 504 (S.C.).....	44
<i>NWL Ltd v Woods</i> , [1979] 3 All ER 614 (H.L.).....	51
<i>N.W.L. Ltd. v. Woods</i> , [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.)	114
<i>Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)</i> , [1990] 3 F.C. 381 (T.D.).....	641
<i>National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.</i> , [1984] 1 S.C.R. 269; (1984), 9 D.L.R. (4th) 10; 84 C.L.L.C. 14,037; 53 N.R. 203	18
<i>Nima v. McInnes</i> , [1989] 2 W.W.R. 634; (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 197; 45 C.C.C. (3d) 419 (B.C.S.C.)	688
<i>Northern Pipeline Agency v. Perehinec</i> , [1983] 2 S.C.R. 513; (1983), 51 A.R. 10; 4 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 385; 5 Admin. L.R. 199; 50 N.R. 248; [1983] R.D.J. 637	601
<i>Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada</i> , [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107	571

	PAGE
<i>Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada et al.</i> , [1983] 1 S.C.R. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d); 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161	571
<i>Northwest Airporter Bus Service Ltd. v. The Queen and Minister of Transport</i> (1978), 23 N.R. 49 (F.C.A.)	731
<i>Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton</i> , [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565	226
<i>Nova, An Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et al.</i> , [1981] 2 S.C.R. 437; (1981), 32 A.R. 613; 128 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 391; 38 N.R. 381	529
<i>Oag v. Canada</i> , [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.)	739
<i>Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 C.L.L.C. 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241	18
<i>Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241	373
<i>Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241	391
<i>Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke</i> , [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 C.L.L.C. 17,005; 40 N.R. 159	391
<i>Optical Recording Corp. v. Canada</i> , [1987] 1 F.C. 339; [1986] 2 C.T.C. 325; (1986), 86 DTC 6465; 6 F.T.R. 294 (T.D.)	199
<i>Optical Recording Corp. v. Canada</i> , [1987] 1 F.C. 339; [1986] 2 C.T.C. 325; (1986), 86 DTC 6465; 6 F.T.R. 294 (T.D.)	309
<i>Pacific Western Airlines Ltd. v. R.</i> , [1980] 1 F.C. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.)	739
<i>Pan American World Airways Inc. v. R.</i> , [1979] 2 F.C. 34; (1979), 96 D.L.R. (3d) 267 (T.D.)	199
<i>Panagiotis Th. Coumantaros (Steamship), The Owners of v. National Harbours Board</i> , [1942] S.C.R. 450	129
<i>Pannu v. Prestige Cab Ltd.</i> (1987), 8 C.H.R.R. D/3909; affd (1987), 8 C.H.R.R. D/3911 (Alta. C.A.)	391
<i>Pannu, Kang and Gill v. Prestige Cab Ltd.</i> (1986), 73 A.R. 166; 31 D.L.R. (4th) 338; [1986] 6 W.W.R. 617; 47 Alta. L.R. (2d) 56; 87 CLLC 17,003 (C.A.)	571
<i>Parke, Davis & Co. Ltd. v. Empire Laboratories Ltd.</i> , [1964] Ex.C.R. 399; (1963), 38 D.L.R. (2d) 694; 41 C.P.R. 121; 24 Fox Pat.C. 88	292
<i>Pell v. Proconier</i> , 417 US 817; 94 S Ct 2800; 41 L Ed 2d 495 (1974)	114
<i>Penner v. Electoral Boundaries Commission (Ont.)</i> , [1976] 2 F.C. 614 (T.D.)	757
<i>Penner v. Representation Commissioner for Canada</i> , [1977] 1 F.C. 147 (T.D.)	78
<i>People v. Thurman</i> , 787 P.2d 646 (Colo., 1990)	160
<i>Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation</i> (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (F.C.A.)	416
<i>Popsicle Industries Ltd. v. Ault Foods Ltd.</i> (1987), 17 C.I.P.R. 86; 17 C.P.R. (3d) 1; 16 F.T.R. 186 (F.C.T.D.)	51
<i>Produits Petro-Canada Inc. v. Moalli</i> , [1987] R.J.Q. 261; (1986), 6 Q.A.C. 114; 26 Admin. L.R. 64; 16 C.C.E.L. 18 (C.A.)	444

	PAGE
<i>Professional Institute of the Public Service v. Canada</i> , A-64-90, Hugessen J.A., judgment dated 27/9/90, F.C.A., not yet reported.....	428
<i>Puerto Rico (Commonwealth) v. Hernandez</i> , [1973] F.C. 1206; (1973), 42 D.L.R. (3d) 541; 15 C.C.C. (2d) 56 (C.A.); revd [1975] 1 S.C.R. 228; (1973), 41 D.L.R. (3d) 549; 14 C.C.C. (2d) 209.....	444
<i>Pulice v. National Parole Board</i> (1990), 34 F.T.R. 318 (F.C.T.D.).....	160
<i>Quan v. Canada (Treasury Board); Canada (Attorney General) v. Bodkin</i> , [1990] 2 F.C. 191; (1990), 107 N.R. 147 (C.A.).....	266
<i>Quebec (Attorney General) v. Healey</i> , [1987] 1 S.C.R. 158; (1987), 6 O.A.C. 56; 73 N.R. 288.....	529
<i>Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.</i> , [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471.....	739
<i>Queen (The) v. Lavoie</i> , [1978] 1 F.C. 778; (1977), 18 N.R. 521 (C.A.).....	428
<i>R. v. Anderson</i> (1984), 45 O.R. (2d) 225; 7 D.L.R. (4th) 306; 10 C.C.C. (3d) 417; 39 C.R. (3d) 193; 2 O.A.C. 258 (C.A.).....	85
<i>R. v. Askov</i> , [1990] 2 S.C.R. 1199.....	757
<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.....	373
<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.....	757
<i>R. v. Collins</i> , [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 27.....	85
<i>R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée</i> , [1979] 1 S.C.R. 865; (1979), 97 D.L.R. (3d) 238; [1979] CTC 71; 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.....	681
<i>R. v. Hart Electronics Ltd.</i> (1959), 29 W.W.R. 28 (Man. C.A.).....	199
<i>R. v. Hebb</i> (1985), 66 N.S.R. (2d) 91; 152 A.P.R. 91; 17 C.C.C. (3d) 545; 33 M.V.R. 174 (C.A.).....	85
<i>R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp. Ex p. MacCaud</i> , [1969] 1 O.R. 373; (1969), 2 D.L.R. (3d) 545; [1969] 1 C.C.C. 371; 5 C.R.N.S. 317 (C.A.).....	85
<i>R. v. John</i> (1986), 28 C.C.C. (3d) 200; 24 C.R.R. 105; 40 M.V.R. 191 (B.C.C.A.).....	85
<i>R. v. Kidd</i> (1974), 6 O.R. (2d) 769; 74 DTC 6574 (H.C.).....	199
<i>R. v. Larsen</i> , [1981] 2 F.C. 199; (1980), 117 D.L.R. (3d) 377 (C.A.).....	444
<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 106 N.R. 385.....	239
<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283.....	688
<i>R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn</i> , [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.).....	716
<i>R. v. Morgentaler</i> , [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1.....	85
<i>R. v. Morgentaler</i> , [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1.....	141
<i>R. v. Mullin</i> , [1947] 2 D.L.R. 682; 87 C.C.C. 394; 3 C.R. 70; 19 M.P.R. 298 (N.B.C.A.).....	331
<i>R. v. Ont. Labour Relations Bd., Ex p. Ont. Food Terminal Bd.</i> , [1963] 2 O.R. 91; (1963), 38 D.L.R. (2d) 530; 63 CLLC 15,464 (C.A.).....	601

	PAGE
<i>R. v. Rahey</i> , [1987] 1 S.C.R. 588; (1987), 78 N.S.R. (2d) 183; 39 D.L.R. (4th) 481; 193 A.P.R. 183; 33 C.C.C. (3d) 289; 57 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 81	141
<i>R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p R</i> , [1989] 1 All ER 647 (Q.B.D.) ...	529
<i>R. v. Simard-Beaudry Inc.</i> , [1971] F.C. 396 (T.D.)	199
<i>R. v. Smith</i> , [1989] 2 S.C.R. 1120; (1989), 61 D.L.R. (4th) 462; [1989] 6 W.W.R. 289; 39 B.C.L.R. (2d) 145; 50 C.C.C. (3d) 308; 71 C.R. (3d) 129; 99 N.R. 372	373
<i>R. v. Therens et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122	373
<i>R. v. Turpin</i> , [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115	344
<i>R. in right of the Province of British Columbia v. Tener et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 533; (1985), 17 D.L.R. (4th) 1; [1985] 3 W.W.R. 673; 32 L.C.R. 340; 59 N.R. 82; 36 R.P.R. 291	681
<i>R. (Prince Edward Island) v. R. (Canada)</i> , [1976] 2 F.C. 712 (C.A.)	129
<i>RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.</i> , [1986] 2 S.C.R. 573; (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; [1987] 1 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.L.T. 184; 87 C.L.L.C. 14,002; 25 C.R.R. 321; [1987] D.L.Q. 69	18
<i>Rasmussen v. Breau</i> , [1986] 2 F.C. 500; (1986), 30 D.L.R. (4th) 399; 68 N.R. 379 (C.A.)	739
<i>Re A Solicitor's Clerk</i> , [1957] 3 All E.R. 617 (Q.B.D.)	529
<i>Re Aboumalhab</i> (1987), 17 F.T.R. 180 (F.C.T.D.)	177
<i>Re Air Canada and Canadian Air Line Employees' Assoc.</i> (1985), 19 L.A.C. (3d) 23	266
<i>Re Alberta Liquor Control Board and A.U.P.E.</i> , Loc. 50 (1989), 6 L.A.C. (4th) 252 (Alta.)	141
<i>Re Amendola</i> , T-177-82, Cattnach J., judgment dated 7/4/82, F.C.T.D., not reported ...	177
<i>Re Anderson</i> , T-1066-78, Décary J., judgment dated 11/7/78, F.C.T.D., not reported	177
<i>Re Anquist</i> , [1985] 1 W.W.R. 562; (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 241 (F.C.T.D.)	177
<i>Re Associated Investors of Can. Ltd.</i> (1988), 57 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.)	601
<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. 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	373
<i>Re Ballhorn</i> (1981), 131 D.L.R. (3d) 505 (F.C.T.D.)	177
<i>Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.</i> (1986), 54 O.R. (2d) 513; 26 D.L.R. (4th) 728; 14 O.A.C. 194 (C.A.)	18
<i>Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.</i> (1978), 20 O.R. (2d) 541; 88 D.L.R. (3d) 267; 5 M.P.L.R. 181; 4 R.P.R. 165 (Div. Ct.)	641
<i>Re Brown</i> , T-2724-80, Dubé J., judgment dated 3/11/80, F.C.T.D., not reported	177
<i>Re Canada Post Corp. and Canadian Union of Postal Workers</i> (1986), 26 L.A.C. (3d) 58	266
<i>Re Conroy</i> (1979), 99 D.L.R. (3d) 642 (F.C.T.D.)	177
<i>Re Hoang</i> , T-727-89, Denault J., judgment dated 4/7/89, F.C.T.D., not yet reported	177
<i>Re Hung-Cho</i> , T-2676-85, Joyal J., judgment dated 28/8/86, F.C.T.D., not reported	177
<i>Re Inland Natural Gas Co. Ltd. and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Local 213</i> (1985), 22 L.A.C. (3d) 104 (B.C.)	141
<i>Re Johnston</i> , T-4908-77, Walsh J., judgment dated 8/5/78, F.C.T.D., not reported	177

	PAGE
<i>Re Karroum</i> , T-1622-89, Pinard J., judgment dated 2/3/90, F.C.T.D., not yet reported...	177
<i>Re Kerho</i> (1988), 21 F.T.R. 180 (F.C.T.D.)	177
<i>Re Lynn Terminals Ltd. Assesment</i> (1963), 40 D.L.R. (2d) 925; 44 W.W.R. 604 (B.C.S.C.).....	331
<i>Re Maefs</i> (1980), 110 D.L.R. (3d) 697 (F.C.T.D.).....	177
<i>Re Mitha</i> , T-4832-78, Cattanach J., judgment dated 1/6/79, F.C.T.D., not reported.....	177
<i>Re Naber-Sykes</i> , [1986] 3 F.C. 434; (1986), 4 F.T.R. 204 (T.D.).....	177
<i>Re Ngo</i> (1986), 6 F.T.R. 81 (F.C.T.D.)	177
<i>Re North Vancouver (District of) et al. and National Harbours Board et al.</i> (1978), 89 D.L.R. (3d) 704; 10 C.E.L.R. 31; 7 M.P.L.R. 151 (F.C.T.D.).....	716
<i>Re Prue</i> (1984), 57 A.R. 140; 15 D.L.R. (4th) 700; 35 Alta. L.R. (2d) 169; 6 C.H.R.R. D/2544 (Q.B.)	391
<i>Re Royal Insurance Co. of Canada and Ontario Human Rights Commission et al.</i> (1985), 51 O.R. (2d) 797; 21 D.L.R. (4th) 764; 12 C.C.L.I. 297; [1985] I.L.R. 1-1944; 12 O.A.C. 206 (Div. Ct.).....	529
<i>Re Rush and Township of Scugog et al.</i> (1978), 21 O.R. (2d) 592; 92 D.L.R. (3d) 143; 7 M.P.L.R. 196; 9 O.M.B.R. 21 (H. Ct.).....	641
<i>Re Salon</i> (1978), 88 D.L.R. (3d) 238 (F.C.T.D.).....	177
<i>Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications</i> (1983), 44 O.R. (2d) 392; 4 D.L.R. (4th) 231; 10 C.R.R. 37 (Div. Ct.).....	444
<i>Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications</i> (1984), 48 O.R. (2d) 225; 13 D.L.R. (4th) 220; 12 C.R.R. 86; 5 O.A.C. 371 (C.A.).....	444
<i>Re Steiner</i> , T-503-78, Dubé J., judgment dated 2/6/78, F.C.T.D., not reported.....	177
<i>Re The Crown in right of Ontario (Ministry of Solicitor-General) and Ontario Public Service Employees Union (Polfer)</i> (1986), 23 L.A.C. (3d) 289.....	266
<i>Re The Queen in right of Manitoba and Senick</i> (1982), 134 D.L.R. (3d) 586; [1982] 3 W.W.R. 589; 17 Man. R. (2d) 257 (Man. C.A.)	681
<i>Re Turcan</i> , T-3202-78, Walsh J., judgment dated 6/10/78, F.C.T.D., not reported.....	177
<i>Re Westcoast Transmission Co. Ltd. and Majestic Wiley Contractors Ltd.</i> (1982), 139 D.L.R. (3d) 97; [1982] 6 W.W.R. 149; 38 B.C.L.R. 310 (C.A.)	391
<i>Re Ying</i> , T-2677-85, Joyal J., judgment dated 28/8/86, F.C.T.D., not reported.....	177
<i>Re Zakowski</i> , T-2054-85, Addy J., order dated 28/2/86, F.C.T.D., not reported.....	177
<i>Re Zakrzewski</i> , T-599-78, Dubé J., judgment dated 2/6/78, F.C.T.D., not reported.....	177
<i>Reading & Bates Horizontal Drilling Co. et al. v. Spie, Horizontal Drilling Co. Inc. et al.</i> (1986), 13 C.P.R. (3d) 37; 9 F.T.R. 261 (F.C.T.D.).....	365
<i>Reddaway v. Banham</i> (1896), 13 R.P.C. 218 (H.L.)	292
<i>Reference Re Manitoba Language Rights</i> , [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321.....	688
<i>Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)</i> , [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227.....	344
<i>Reg. v. Vine</i> (1875), 10 L.R.Q.B. 195	529
<i>Regina v. Comr. of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 3)</i> , [1973] Q.B. 241 (C.A.)	716
<i>Rex v. Christ's Hospital Governors. Ex parte Dunn</i> , [1917] 1 K.B. 19 (H.C.).....	44

	PAGE
<i>Reyes v. Attorney General of Canada</i> , [1983] 2 F.C. 125; (1983), 149 D.L.R. (3d) 748; 3 Admin. L.R. 141; 13 C.R.R. 235 (T.D.).....	757
<i>Ricketts v. Department of Transport</i> (1983), 52 N.R. 381 (F.C.A.).....	373
<i>Robichaud v. Canada (Treasury Board)</i> , [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 C.L.L.C. 17,024; 74 N.R. 303.....	18
<i>Robichaud v. Canada (Treasury Board)</i> , [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 C.L.L.C. 17,025; 75 N.R. 303.....	141
<i>Robichaud v. Canada (Treasury Board)</i> , [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303.....	373
<i>Robichaud v. Canada (Treasury Board)</i> , [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303.....	391
<i>Robichaud v. Canada (Treasury Board)</i> , [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303.....	571
<i>Ross v. Kent Inst.</i> (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 145; 34 C.C.C. (3d) 452; 29 C.R.R. 125 (C.A.).....	160
<i>Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue (No. 1)</i> , [1976] 2 F.C. 500; (1976), 67 D.L.R. (3d) 505; [1976] CTC 339; 10 N.R. 153 (C.A.).....	716
<i>Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board</i> , [1943] 1 W.W.R. 470 (Alta. S.C.).....	641
<i>Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)</i> , [1990] 2 F.C. 750 (T.D.).....	226
<i>Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)</i> , [1990] 2 F.C. 750 (T.D.).....	529
<i>Sarah Coventry, Inc. v. Abrahamian et al.</i> (1984), 1 C.P.R. (3d) 238 (F.C.T.D.).....	51
<i>Sask. Govt. Insur. Office v. Anderson</i> (1966), 57 W.W.R. 633 (Man. Cty. Ct.).....	331
<i>Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services)</i> (1988), 52 D.L.R. (4th) 253; [1988] 5 W.W.R. 446; 9 C.H.R.R. D/5181 (Sask. C.A.).....	391
<i>Saxbe v Washington Post Co.</i> , 417 US 843; 94 S Ct 2811; 41 L Ed 2d 514 (1974).....	114
<i>Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1986] 3 F.C. 189; (1986), 27 D.L.R. (4th) 617 (C.A.).....	292
<i>Schaap v. Canadian Armed Forces</i> , [1989] 3 F.C. 172; (1988), 56 D.L.R. (4th) 105; 95 N.R. 132 (C.A.).....	18
<i>Scott v. Scott</i> , [1913] A.C. 417 (H.L.).....	325
<i>Scott Maritimes Pulp Limited v. B.F. Goodrich Canada Limited and Day & Ross Limited</i> (1977), 19 N.S.R. (2d) 181; 72 D.L.R. (3d) 680 (C.A.).....	731
<i>Scowby v. Glendinning</i> , [1986] 2 S.C.R. 226; (1986), 32 D.L.R. (4th) 161; [1986] 6 W.W.R. 481; 51 Sask. R. 208; 29 C.C.C. (3d) 1; 70 N.R. 241.....	373
<i>Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.</i> , [1975] 1 S.C.R. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653.....	18
<i>Sharma v. Minister of Employment and Immigration</i> (1984), 55 N.R. 71 (F.C.A.).....	3
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.....	373
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.....	688
<i>Singh (Re)</i> , [1989] 1 F.C. 430; (1988), 86 N.R. 69 (C.A.).....	391
<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.....	619

	PAGE
<i>Smerchanski v. Minister of National Revenue</i> , [1974] 1 F.C. 554; (1974), 45 D.L.R. (3d) 254; [1974] C.T.C. 241; 74 DTC 6197; 2 N.R. 197 (C.A.).....	199
<i>Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.</i> (1983), 72 C.P.R. (2d) 197 (Ont. H.C.).....	292
<i>Snider v. Edmonton Sun et al.</i> (1988), 93 A.R. 26; 55 D.L.R. (4th) 211; 63 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.).....	529
<i>Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and Association des Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch</i> (1987), 82 N.B.R. (2d) 360; 40 D.L.R. (4th) 704; 208 A.P.R. 360 (C.A.)	331
<i>Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173	373
<i>Solosky v. The Queen</i> , [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.....	85
<i>Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R.</i> , [1990] 1 F.C. 20; (1989), 50 C.C.C. (3d) 182; 28 F.T.R. 79; 99 N.R. 22 (C.A.)	688
<i>Sperry Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.</i> (1985), 50 O.R. (2d) 267; 17 D.L.R. (4th) 236; 55 C.B.R. (N.S.) 68; 8 O.A.C. 79; 4 P.P.S.A.C. 314 (C.A.)....	731
<i>Stephens v. R.</i> (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (F.C.A.).....	739
<i>Steward v. North Metropolitan Tramways Co.</i> (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.).....	731
<i>Stuart Investments Ltd. v. The Queen</i> , [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241	331
<i>Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.</i> (1989), 26 C.P.R. (3d) 481; 28 F.T.R. 124 (F.C.T.D.) ...	51
<i>Syntex Inc. v. Novopharm Ltd. et al.</i> (1983), 74 C.P.R. (2d) 110 (Ont. H.C.).....	292
<i>Tahsis Company Ltd. v. R.</i> , [1980] 2 F.C. 269; [1979] CTC 410; (1979), 79 DTC 5328 (T.D.).....	468
<i>Tatham v. National Parole Board et al.</i> , B.C.S.C., No. CC900534, MacDonell J., judgment dated 18/4/90, not yet reported.....	160
<i>Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)</i> , T-2230-89, Muldoon J., reasons for order dated 1/2/91 and supplementary reasons for order dated 4/2/91, F.C.T.D., not yet reported.....	641
<i>The Moorcock</i> (1889), 14 P.D. 64 (C.A.).....	129
<i>Third Chandris Shipping Corpn v Unimarine SA</i> , [1979] 2 All ER 972 (H.L.).....	365
<i>Thomson v. Canada</i> , [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.)	44
<i>Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)</i> , [1990] 2 F.C. 820 (C.A.)	44
<i>Toth v. Canada (Minister of Employment & Immigration)</i> (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (F.C.A.).....	3
<i>Trust & Loan Co. of Can. v. Lindquist and Lindquist</i> , [1933] 2 W.W.R. 410 (Sask. K.B.)	177
<i>Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 451; (1989), 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.)	51
<i>Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).....	114

	PAGE
<i>Universal City Studios, Inc. v. Zellers Inc.</i> , [1984] 1 F.C. 49; (1983), 73 C.P.R. (2d) 1 (T.D.).....	51
<i>Upper Canada College v. Smith</i> (1920), 61 S.C.R. 413; 57 D.L.R. 648; [1921] 1 W.W.R. 1154.....	529
<i>Vestey v Inland Comrs. (Nos 1 and 2)</i> , [1979] 3 All ER 976 (H.L.).....	585
<i>Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)</i> , [1990] 1 F.C. 321; (1989), 29 F.T.R. 74 (T.D.).....	18
<i>W G Evans & Co Ltd v Commissioner of Inland Revenue</i> , [1976] 1 NZLR 425 (S.C.)...	299
<i>Wang (L.) v. Minister of Employment and Immigration</i> (1988), 23 F.T.R. 257; 7 Imm. L.R. (2d) 130 (F.C.T.D.).....	619
<i>Waterous Engine Co. v. Town of Capreol</i> (1922), 52 O.L.R. 247; [1923] 3 D.L.R. 575 (C.A.).....	199
<i>Waterside Cargo Co-operative v. National Harbours Board</i> (1979), 107 D.L.R. (3d) 576 (F.C.T.D.).....	739
<i>Weatherall v. Canada (Attorney General)</i> , [1988] 1 F.C. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (T.D.).....	85
<i>Weatherall v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 F.C. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.).....	85
<i>Wentworth Securities Ltd. v. Jones</i> , [1980] A.C. 74 (H.L.).....	331
<i>Westeel-Rosco Ltd. v. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre</i> , [1977] 2 S.C.R. 238; (1976), 69 D.L.R. (3d) 334; [1976] 5 W.W.R. 688; 11 N.R. 514.....	601
<i>Wilchar Construction Ltd. v. R.</i> , [1982] 2 F.C. 489; (1981), 124 D.L.R. (3d) 415; [1981] CTC 415; 81 DTC 5318; 38 N.R. 578 (C.A.).....	199
<i>Wildman v. The Queen</i> , [1984] 2 S.C.R. 311; (1984), 12 D.L.R. (4th) 641; 14 C.C.C. (3d) 321; 55 N.R. 27; 5 O.A.C. 241.....	529
<i>Wilson v. Minister of Justice</i> , [1985] 1 F.C. 586; (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194 (C.A.)..	485
<i>Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241.....	373
<i>Worgan (T.K.) & Son Ltd. v. Gloucestershire County Council</i> , [1961] 2 Q.B. 123 (C.A.).....	331
<i>X v. Canada (Minister of National Defence)</i> , T-1112-89, F.C.T.D., Dubé J., judgment dated 15/6/90, not reported.....	670
<i>Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , 89-T-676, Muldoon J., order dated 12/10/89, F.C.T.D., not yet reported.....	3
<i>Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 1 F.C. 722 (T.D.).....	3
<i>Yu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , T-1550-90, F.C.T.D., MacKay J., judgment dated 10/8/90, not reported.....	619

**STATUTES
AND
REGULATIONS
JUDICIALLY
CONSIDERED**

**LOIS
ET
RÈGLEMENTS**

**STATUTES
CANADA**

**LOIS
CANADA**

		PAGE
Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1	Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1	
s./art. 7		670
s./art. 9(1)(b)		670
s./art. 10(3)		670
s./art. 30(1)(c)		670
s./art. 41		670
s./art. 49		670
s./art. 51		670
 An Act Respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, 47 Vict., c. 6, Schedule	 Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, 47 Vict., chap. 6, annexe	
s./art. 9		129
 British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10	 Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), appendice II, n° 10	
s./art. 4		129
 Broadcasting Act, R.S.C., 1985, c. B-9	 Loi sur la radiodiffusion, L.R.C. (1985), chap. B-9	
s. 31(4)		739
 Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5	 Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), chap. C-5	
s./art. 37		226
s./art. 38		226
 Canadian Aviation Safety Board Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 165	 Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne, S.C. 1980-81-82-83, chap. 165	
s./art. 2(1)		485
s./art. 4(1)		485
s./art. 6		485
s./art. 8		485

	PAGE
Canadian Aviation Safety Board Act—Continued	
s./art. 9	485
s./art. 12	485
s./art. 15	485
s./art. 16	485
s./art. 26	485
s./art. 27(3)	485
R.S.C., 1985, c. A-12	L.R.C. (1985), chap. A-12
s./art. 2	485
s./art. 5(1)	485
s./art. 7	485
s./art. 9	485
s./art. 10	485
s./art. 16	485
s./art. 19	485
s./art. 21	485
s./art. 32	485
s./art. 33	485
s./art. 34	485
s./art. 35	485
s./art. 36(3)	485
Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, Part I [R.S.C., 1985, Appendix III]	Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, chap. 44, Partie I [L.R.C. (1985), appendice III]
s./art. 2(e)	141
R.S.C., 1985, Appendix III	L.R.C. (1985), appendice III
-----	688
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)	Charte canadienne des droits et libertés qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)
-----	18, 712
s./art. 1	160, 171
s./art. 2(b)	114
s./art. 6	716
s./art. 7	78, 85, 114, 141, 160, 171, 251, 688, 757
s./art. 8	85, 688
s./art. 10(b)	251
s./art. 12	757
s./art. 15	85
s./art. 15(1)	344
s./art. 16	373
s./art. 24(1)	141, 160, 171, 757
s./art. 24(2)	85
s./art. 28	85
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33	Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33
s./art. 3(1)	18
s./art. 7(b)	18
s./art. 9(1)(c)(ii)	18
s./art. 10(b)	18
R.S.C., 1985, c. H-6	L.R.C. (1985), chap. H-6
-----	18
s./art. 3	571
s./art. 5	391
s./art. 7	391, 571

	PAGE
Canadian Human Rights Act—Continued	Loi canadienne sur les droits de la personne—Suite
s./art. 10	391
s./art. 15	391
s./art. 49	141
s./art. 50	141
s./art. 52	141
s./art. 53	141, 391
s./art. 54	141, 391
Canadian Security Intelligence Service Act,	Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité,
S.C. 1984, c. 21	S.C. 1984, chap. 21
.....	44
R.S.C., 1985, c. C-23	L.R.C. (1985), chap. C-23
s./art. 39(2)	226
s./art. 39(3)	226
Citizenship Act,	Loi sur la citoyenneté,
R.S.C., 1985, c. C-29	L.R.C. (1985), chap. C-29
s./art. 5(1)(c)	177
s./art. 5(3)	177
s./art. 5(4)	177
s./art. 10	757
s./art. 14(5)	177
s./art. 14(6)	177
s./art. 15	177
s./art. 18	757
s./art. 31	757
Combines Investigation Act,	Loi relative aux enquêtes sur les coalitions,
R.S.C. 1970, c. C-23	S.R.C. 1970, chap. C-23
s./art. 10(3)	688
Constitution Act, 1867,	Loi constitutionnelle de 1867,
30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]	30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]
s./art. 92(10)(a)	571
s./art. 101	739
s./art. 145	129
Constitution Act, 1982,	Loi constitutionnelle de 1982,
Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]	annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]
s./art. 52	757
s./art. 52(1)	18, 129
Criminal Code,	Code criminel,
R.S.C. 1970, c. C-34	S.R.C. 1970, chap. C-34
s./art. 487	688
s./art. 487.1	688
s./art. 488	688
R.S.C., 1985, c. C-46	L.R.C. (1985), chap. C-46
s./art. 129	251
s./art. 279(2)	251
s./art. 487(1)	688
Crown Liability Act,	Loi sur la responsabilité de l'État,
R.S.C., 1985, c. C-50	L.R.C. (1985), chap. C-50
s./art. 2	739

	PAGE
Crown Liability Act—Continued	
s./art. 3	739
s./art. 15(1)	739
s./art. 15(2)	739
s./art. 21(2)	739
s./art. 36(1)	739
Customs Act, S.C. 1986, c. 1	
s./art. 111(1)	688
Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. C-54	
s./art. 4	716
Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10	
s./art. 2	641
s./art. 4	641
s./art. 5	641
s./art. 6	641
Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13	
s./art. 26(1)	331
s./art. 27(1)	331
s./art. 27(1.1)	331
s./art. 27(1.1)(a)	331
s./art. 27(1.1)(b)	331
s./art. 27(1.1)(c)	331
s./art. 27(1.1)(d)	331
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7	
s./art. 17	529, 601, 739
s./art. 17(6)	731
s./art. 18	3, 78, 141, 309, 416, 485, 505, 619, 641, 757
s./art. 23	739
s./art. 27	177
s./art. 28	3, 18, 78, 266, 309, 344, 373, 391, 428, 571
s./art. 28(1)(c)	444
s./art. 29	309
s./art. 52(b)(iii)	171
Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11	
s./art. 25(4)	373
s./art. 25(5)	601
s./art. 83(1)	601
s./art. 83(2)	601
s./art. 87	601
s./art. 88	601
s./art. 89	601
s./art. 90	601
s./art. 91	601
s./art. 94	601
s./art. 96	601
s./art. 97	601
s./art. 98	601
s./art. 99	601
Loi sur la responsabilité de l'État—Suite	
Loi sur les douanes, S.C. 1986, chap. 1	
Tarif des douanes, L.R.C. (1985), chap. C-54	
Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), chap. E-10	
Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13	
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7	
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), chap. F-11	

	PAGE
Financial Administration Act—Continued	
s./art. 100	601
s./art. 101	601
s./art. 109	601
s./art. 110	601
s./art. 111	601
s./art. 112	601
s./art. 113	601
s./art. 114	601
s./art. 115	601
s./art. 122	601
s./art. 123	601
s./art. 124	601
s./art. 127	601
s./art. 129	601
s./art. 130	601
s./art. 132	601
s./art. 149	601
s./art. 150	601
Immigration Act,	
R.S.C., 1985, c. I-2	
s./art. 6(1)	505
s./art. 8(1)	505, 619
s./art. 9(3)	505, 619
s./art. 44	78
s./art. 46.1	78
s./art. 55	757
s./art. 82.1	78
s./art. 114(1)(a)	505, 619
s./art. 114(1)(j)	619
s./art. 114(2)	3
Income Tax Act,	
R.S.C. 1970, c. I-5	
s./art. 56(2)	585
S.C. 1970-71-72, c. 63	
s./art. 2(2)	468
s./art. 3	468
s./art. 4(1)	468
s./art. 5(1)	468
s./art. 8(1)(h)	219
s./art. 9(1)	299, 468
s./art. 15(1)	585
s./art. 18(1)(a)	299
s./art. 18(1)(b)	299
s./art. 20(1)(p)	299
s./art. 20(16)	681
s./art. 39(1)	468
s./art. 56(1)(s)	468
s./art. 56(1)(u)	468
s./art. 56(2)	585
s./art. 63	468
s./art. 69	585
s./art. 122.2	468
s./art. 152(3)	199
s./art. 152(4)(a)(ii)	199
s./art. 152(8)	199, 309
s./art. 165(1)	309
s./art. 165(2)	309
s./art. 166	199
Loi sur la gestion des finances publiques—Suite	
Loi sur l'immigration,	
L.R.C. (1985), chap. I-2	
Loi de l'impôt sur le revenu,	
S.R.C. 1970, chap. I-5	
S.C. 1970-71-72, chap. 63	

	PAGE
Income Tax Act—Continued	
s./art. 169	309
s./art. 172(2)	299, 309
s./art. 178(2)	219, 468
s./art. 194(4)	309
s./art. 195(2)	309
s./art. 220(1)	199, 309
s./art. 220(4)	309
s./art. 223	309
s./art. 223(2)	595
s./art. 224	309
s./art. 231.3	688, 712
s./art. 231.6	239
s./art. 241	595
s./art. 244(16)	199
s./art. 248	199
s./art. 251	239
Income Tax Act (The), S.C. 1948, c. 52	Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1948, chap. 52
s./art. 16(1)	585
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5	Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), chap. I-5
s./art. 3	191
s./art. 4(2)	191
s./art. 74(1)	191
Indian Act (The), S.C. 1951, c. 29	Loi sur les Indiens, S.C. 1951, chap. 29
s./art. 73	191
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11	Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), chap. I-11
.....	529
International River Improvements Act, R.S.C., 1985, c. I-20	Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux, L.R.C. (1985), chap. I-20
s./art. 2	641
s./art. 4	641
s./art. 5	641
s./art. 6	641
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23	Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23
.....	391
s./art. 26(4)	191
s./art. 36(g)	191
R.S.C., 1985, c. I-21	L.R.C. (1985), chap. I-21
s./art. 2	191, 199
s./art. 11	688
s./art. 21(1)	601
s./art. 31(4)	191
s./art. 44(g)	191
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5	Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), chap. N-5
s./art. 46	391

		PAGE
National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28 s./art. 65	Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985) (3 ^e suppl.), chap. 28	129
Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22	Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), chap. N-22	416
Official Languages Act, S.C. 1968-69, c. 54 s./art. 40(4)	Loi sur les langues officielles, S.C. 1968-69, chap. 54	373
S.C. 1988, c. 38 s./art. 2	L.C. 1988, chap. 38	373
s./art. 21	373
s./art. 22	373
s./art. 34	373
s./art. 35	373
s./art. 39	373
s./art. 58	373
s./art. 76	373
s./art. 77	373
s./art. 78	373
s./art. 82	373
s./art. 91	373
Pilotage Act, R.S.C., 1985, c. P-14 s./art. 3(1)	Loi sur le pilotage, L.R.C. (1985), chap. P-14	601
s./art. 3(4)	601
s./art. 4	601
s./art. 9	601
s./art. 15	601
s./art. 16	601
s./art. 17	601
s./art. 19	601
s./art. 20	601
s./art. 21	601
s./art. 22	601
s./art. 23	601
s./art. 27	601
s./art. 29	601
s./art. 30(2)	601
s./art. 32	601
s./art. 33	601
s./art. 34	601
s./art. 35	601
s./art. 36(a)	601
s./art. 36(b)	601
s./art. 37	601
s./art. 38	601
s./art. 49	601
s./art. 52	601
Prince Edward Island Terms of Union, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 12	Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard, L.R.C. (1985), appendice II, n ^o 12	129
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33	Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33	529
s./art. 6	373

	PAGE
Public Service Employment Act—Continued	
s./art. 10	373
s./art. 12	373
s./art. 17	373
s./art. 20	373
s./art. 21	373
s./art. 29	428
s./art. 31	444
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35	Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35
s./art. 98	428
R.S.C., 1985, c. P-35	L.R.C. (1985), chap. P-35
s./art. 6	266
s./art. 8	266
s./art. 91	266
s./art. 91(1)	428
s./art. 92(1)(b)	266
s./art. 99	428
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2	Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2
.....	129
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10	Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), chap. R-10
s./art. 2	529
s./art. 5	529
s./art. 10	529
s./art. 24.1(3)	226
s./art. 25	529
s./art. 26	529
s./art. 45.35(1)(a)	226
s./art. 45.45	226
s./art. 45.46	226
Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 17]	Loi de 1893 sur la révision du droit statuaire, 56-57 Vict., chap. 14 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 17]
.....	129
Statutory Instruments Act, S.C. 1970-71-72, c. 38	Loi sur les textes réglementaires, S.C. 1970-71-72, chap. 38
.....	191
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13	Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13
s./art. 6	51
s./art. 7	51
s./art. 7(b)	292
s./art. 7(c)	292
s./art. 19	51
s./art. 20	51
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1	Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1
s./art. 3(1)	344
s./art. 3(2)(b)	344
s./art. 120	505

BRITISH COLUMBIA

COLOMBIE-BRITANNIQUE

Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59	Company Act, R.S.B.C. 1979, chap. 59	
s./art. 124		199
s./art. 125		199

NOVA SCOTIA

NOUVELLE-ÉCOSSE

Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42	Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42	
.....		51
Partnerships and Business Names Registration Act, R.S.N.S. 1967, c. 225	Partnerships and Business Names Registration Act, R.S.N.S. 1967, chap. 225	
.....		51

ONTARIO

ONTARIO

Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53	Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, chap. 53	
s./art. 9(g)		18
Libel and Slander Act, R.S.O., c. 237	Loi sur la diffamation, L.R.O., chap. 237	
.....		739
O. Reg. 560/84 R. 52.06	Règl. de l'Ont. 560/84	141

QUEBEC

QUÉBEC

Code of Civil Procedure of Quebec, R.S.Q., c. C-25	Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., chap. C-25	
s./art. 320		351

SASKATCHEWAN

SASKATCHEWAN

Saskatchewan Human Rights Code, (The) S.S. 1979, c. S-24.1	Saskatchewan Human Rights Code, (The) S.S. 1979, chap. S-24.1	
.....		18, 141
Sask. Reg. 216/79 s./art. 1(a)	Sask. Reg. 216/79	18

UNITED KINGDOM

ROYAUME-UNI

Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 17]	Loi de 1893 sur la révision du droit statutaire, 56-57 Vict., chap. 14 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 17]	
.....		129

ORDERS AND REGULATIONS

ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS

Cockpit Voice Recorder Order, C.R.C., c. 37	Ordonnance sur les enregistreurs de la parole dans les postes de pilotage, C.R.C., chap. 37	
.....		485

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order,

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement,
DORS/84-467

SOR/84-467

.....	416
s./art. 2.....	641
s./art. 3.....	641
s./art. 6.....	641
s./art. 10.....	641
s./art. 11.....	641
s./art. 12.....	641
s./art. 13.....	641
s./art. 14.....	641
s./art. 18.....	641
s./art. 31.....	641
s./art. 32.....	641
s./art. 33.....	641

Immigration Regulations, 1978,
SOR/78-172

Règlement sur l'immigration de 1978,
DORS/78-172

s./art. 8(1)(a).....	505
s./art. 8(2).....	505
s./art. 9(1)(a).....	505
s./art. 9(1)(b)(i).....	505
s./art. 11(2).....	505
s./art. 11(3).....	505
s./art. 18(1).....	505, 619
s./art. 20.....	505, 619

Income Tax Regulations,
C.R.C., c. 945, Schedule II, class 14

Règlement de l'impôt sur le revenu,
C.R.C., chap. 945, annexe II, catégorie 14

.....	681
-------	-----

International River Improvements Regulations,

Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux,
C.R.C., chap. 982

C.R.C., c. 982	
s./art. 10.....	641

Parole Regulations,
C.R.C., c. 1249

Règlement sur la libération conditionnelle de détenus,
C.R.C., chap. 1249

s./art. 17(5).....	160
s./art. 17(5)(a).....	171
s./art. 17(5)(e).....	171

Penitentiary Service Regulations,
C.R.C., c. 1251

Règlement sur le service des pénitenciers,
C.R.C., chap. 1251

.....	85
-------	----

RULES

RÈGLES

Federal Court Rules,
C.R.C., c. 663

Règles de la Cour fédérale,
C.R.C., chap. 663

.....	325
R. 5.....	351
R. 5(a).....	731
R. 303(1).....	731
R. 332(1).....	356
R. 337(5).....	712
R. 419.....	601
R. 419(1)(a).....	739

	PAGE
Federal Court Rules—Continued	
Règles de la Cour fédérale—Suite	
R. 446	365
R. 448	595
R. 456	595
R. 457	595
R. 478	351
R. 479	351
R. 494(9)	351
R. 900	757
R. 1102	571, 641
R. 1104(1)	731
R. 1716	739
R. 1716(2)(b)	416, 731
R. 1733	292
Rules of Civil Procedure,	
O. Reg. 560/84	
R. 31.11(c)	351
R. 52.06	141
ALBERTA	
Rules of Civil Procedure,	
O. Reg. 560/84	
R. 31.11(c)	351
R. 52.06	141
ALBERTA	
Alberta Rules of Court,	
Alta. Reg. 390/68	
R. 247	141
Alberta Rules of Court,	
Alta. Reg. 390/68	
R. 247	141

AUTHORS CITED

DOCTRINE

	PAGE
Anger and Honsberger, <i>Law of Real Property</i> (2nd Edition, 1985).....	681
Audet, George and Bonhomme, Robert, <i>Wrongful Dismissal in Quebec</i> , 2nd ed., trans. by Thomas E. F. Brady, Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.....	444
Audet, George et Bonhomme, Robert, <i>Le congédiement en droit québécois</i> , 2 ^e éd., Cowansville (Qué.): Éditions YvonBlais Inc., 1988.....	444
Aust, Edward A. <i>Le contrat d'emploi</i> , Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1988.....	444
Aust, Edward A. <i>The Employment Contract</i> , Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.....	444
Canada. <i>Canadian Classification and Dictionary of Occupations</i> , Ottawa: Department of Employment and Immigration, 1971-1977.....	505, 619
Canada. Canadian Human Rights Commission. <i>The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament</i> . Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1986.....	391
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques, <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n° 114 (20 décembre 1982).....	18
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. Sous-comité sur le Régime d'institutions pénitentiaires au Canada. <i>Rapport au Parlement</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services du Canada, 1977.....	85
Canada. Chambre des communes. <i>Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité: Égalité pour tous</i> , Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985.....	18
Canada. <i>Classification canadienne descriptive des professions</i> , Ottawa: ministère de l'Emploi et de l'Immigration, 1971-1977.....	505, 619
Canada. Commission canadienne des droits de la personne. <i>Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport spécial au Parlement</i> . Ottawa: Commission canadienne des droits de la personne, 1986.....	391
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. V, 1 ^{re} sess., 33 ^e lég., 34 Eliz. II, 1985.....	529
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs, <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue no. 114 (December 20, 1982).....	18
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Sub-Committee on the Penitentiary System in Canada. <i>Report to Parliament</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1977.....	85
Canada. House of Commons. <i>Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights: Equality for All</i> , Ottawa, Queen's Printer, 1985.....	18
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. V, 1st Sess., 33rd Parl., 34 Eliz. II, 1985.....	529

Canada. <i>Rapport de la Commission d'enquête sur la sécurité aérienne: Caractère confidentiel des éléments de preuve recueillis par les enquêteurs</i> , vol. 1, Partie X (Ottawa, Approvisionnement et Services, 1981) (Commissaire: C.L. Dubin)	485
Canada. <i>Rapport de la Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie royale du Canada</i> , Ottawa, Information Canada, 1976 (le rapport de la Commission Marin)	529
Canada. <i>Report of the Commission of Inquiry into Aviation Safety: Privilege with Respect to Evidence Obtained by Investigators</i> , Vol. 1, Part X (Ottawa: Supply and Services Canada, 1981) (Commissioner: C.L. Dubin)	485
Canada. <i>Report of the Commission of Inquiry Relating to Public Complaints, Internal Discipline and Grievance Procedure within the Royal Canadian Mounted Police</i> , Ottawa: Information Canada, 1976. (The Marin Commission Report)	529
<i>Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property</i> , 14th ed. London: Edinburgh: Butterworths Co. Ltd., 1988	681
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982, "remainder"	468
Côté, P.-A., <i>Interprétation des lois</i> , Cowansville (Qc): Éditions Yvon Blais Inc., 1982	331
Côté, P.-A., <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984... ..	331
Côté, Pierre-André, <i>Interprétation des lois</i> , Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982	529
Côté, Pierre-André, <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984	529
Driedger, E. A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	331
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983	468
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	529
Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 <i>Can. Bar Rev.</i> 264	529
Greschner, Donna "Why Chambers is Wrong: A Purposive Interpretation of 'Offered to the Public'" (1988), 52 <i>Sask. L. Rev.</i> 161	391
Harris, David <i>Wrongful Dismissal</i> , Rev. and Cons. Toronto: Richard De Boo, 1990	444
<i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. by P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969	529
Phipson, Sidney L. <i>The Law of Evidence</i> , 8th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1942	199
<i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité</i> , tome 1, Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966 (prés.: K.M. Carter)	468
Robert, Paul <i>Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> Paris: Le Robert, 1982, "probable"	688
<i>Report of the Royal Commission on Taxation</i> , Vol. 1, Ottawa: Queen's Printer, 1966 (Chair: K. M. Carter) ...	468
Schiff, Stanley <i>Evidence in the Litigation Process</i> , Vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1988	141
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , vol. I, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1986, "income"	468
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , vol. II, Oxford: Clarendon Press, 1970, "mitigable", "mitigate"	641
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1968, "probable"	688
Sopinka, John & Lederman, Sidney N. <i>The Law of Evidence in Civil Cases</i> , Toronto: Butterworths, 1974	141
Tarnopolsky, Walter Surma, <i>Discrimination and the Law: Including Equality Rights under the Charter</i> , revised by William F. Pentney, Toronto: Richard De Boo, 1985	391
<i>Webster's Third New International Dictionary of the English Language</i> , (Unabridged), Springfield, Massachusetts: Merriam — Webster Inc., 1986 "income"	468
Wegenast, F. W. <i>The Law of Canadian Companies</i> , Toronto: The Carswell Co. Ltd., 1979	199

Wigmore, John Henry <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , Vol. 6, rev. by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.....	141
--	-----

90-T-726

90-T-726

Joan Millicent Hamilton (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)

INDEXED AS: HAMILTON v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, Reed J.—Ottawa, August 16, 17 and 24, 1990.

Immigration — Deportation — Application to stay execution of order pending s. 18 challenge of denial of exemption from requirement application for landed status be made outside Canada — Allegation officials not considering psychiatrist's report — Whether Court having jurisdiction — Necessity for leave — Whether serious question to be tried — On merits, Court unprepared to grant discretionary remedy.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Whether Court having jurisdiction to stay execution of deportation order pending s. 18 challenge of denial of exemption from requirement landed immigrant status application be made outside Canada — Review and exposition of case law on subject — Court probably having jurisdiction as statutory remedy nugatory if applicant deported.

This was an application to stay execution of a deportation order pending a section 18 challenge of the denial of an exemption from the requirement that landed immigrant status applications be made outside Canada. Applicant asserts a real, subjective fear of harm if returned to Jamaica. After a deportation notice was issued, applicant filed a psychiatrist's report based on written materials furnished by her lawyer. The applicant had declined to meet with the psychiatrist because she was afraid that he would spread false stories which could impair her employment prospects. Applicant challenges the validity of the Minister's refusal on the ground that the report was not considered.

The issues were: (1) has the Court jurisdiction to stay a deportation order not itself challenged; (2) must leave be obtained; (3) can this application proceed prior to leave being granted for the section 18 application; and (4) whether, on the merits, a stay is justified.

Respondent relied on case law to the effect that the Court lacks jurisdiction to grant a stay when a deportation order is not directly in issue while applicant referred to cases holding that the Court had an implied jurisdiction to stay an order if

Joan Millicent Hamilton (requérante)

c.

a **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)**RÉPERTORIÉ: HAMILTON c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**b** Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 16, 17 et 24 août 1990.

Immigration — Expulsion — Demande en vue de surseoir à l'exécution d'une ordonnance en attendant la contestation, fondée sur l'art. 18, du refus de dispenser la requérante de l'obligation de présenter depuis l'extérieur du Canada toute demande du statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement — Allégation selon laquelle les fonctionnaires n'ont pas tenu compte du rapport d'un psychiatre — La Cour a-t-elle la compétence voulue? — Obligation d'obtenir une autorisation — Y avait-il une question sérieuse à trancher? — Quant au fond, la Cour n'était pas disposée à accorder un recours discrétionnaire.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La Cour a-t-elle la compétence voulue pour surseoir à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion en attendant la contestation, fondée sur l'art. 18, du refus de dispenser la requérante de l'obligation de présenter depuis l'extérieur du Canada toute demande du statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement? — Examen et exposé de la jurisprudence sur le sujet — La Cour a probablement la compétence voulue, car la mesure de redressement prévue par la loi serait inopérante si la requérante était expulsée.

Il s'agissait d'une demande en vue de surseoir à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion en attendant la contestation, fondée sur l'article 18, du refus de dispenser la requérante de l'obligation de présenter depuis l'extérieur du Canada toute demande du statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement. La requérante déclare craindre vraiment de subir un préjudice si on la retourne en Jamaïque. Après la signification d'un avis d'expulsion, la requérante a déposé un rapport d'un psychiatre fondé sur des documents écrits qui avaient été fournis par son avocat. La requérante avait refusé de rencontrer le psychiatre de crainte qu'il ne répande des faussetés qui pourraient nuire à ses chances d'emploi. La requérante conteste la validité du refus du ministre pour le motif qu'on n'a pas tenu compte du rapport.

Les questions à examiner étaient les suivantes: (1) la Cour a-t-elle la compétence voulue pour surseoir à une ordonnance d'expulsion qui n'est pas elle-même contestée? (2) faut-il obtenir une autorisation? (3) peut-on aller de l'avant avec la présente demande avant que l'autorisation ne soit accordée relativement à la demande fondée sur l'article 18? et (4) un sursis est-il justifié quant au fond?

L'intimé a invoqué des décisions jurisprudentielles selon lesquelles la Cour n'a pas la compétence voulue pour accorder un sursis quand une ordonnance d'expulsion n'est pas directement en cause, tandis que la requérante a cité des décisions statuant

the right of an appeal therefrom would otherwise be rendered nugatory.

Held, the application should be dismissed.

The order sought to be stayed was intimately connected to the relief asked of the Court. If applicant is deported, relief through the subsection 114(2) process would be rendered nugatory. The point at issue herein had not been resolved by the decision of the Court of Appeal in *Bhattia v. Minister of Employment and Immigration*. Counsel was probably correct in arguing that the Court has jurisdiction to entertain this application.

As to the necessity for leave, that had been added to the legislation to prevent abuse of process by applicants commencing unmeritorious proceedings merely to procure additional time in Canada. Accordingly, it would be unusual for the Court to stay a deportation order without having granted leave to commence a proceeding under section 18 or 28.

In any event, granting a stay is a discretionary remedy. It was doubtful that there is a serious question to be tried. Had the psychiatrist's report been made available at a much earlier time, it could have been considered in a timely manner by the government officials and the stay request dealt with in the context of a section 18 leave application. Accordingly, the Court was not prepared to exercise its discretion in applicant's favour.

que la Cour avait le pouvoir implicite de surseoir à une ordonnance si c'était la seule façon de faire en sorte que le droit d'en appeler ne devienne pas inopérant.

Jugement: la demande est rejetée.

a L'ordonnance dont on demande la suspension était liée étroitement à la mesure de redressement sollicitée de la Cour. Si la requérante est expulsée, la mesure sollicitée au moyen du processus prévu au paragraphe 114(2) deviendrait inopérante. Le point en litige ici n'a pas été résolu par la décision rendue par la Cour d'appel dans *Bhattia c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*. L'avocat avait probablement raison de soutenir que la Cour a la compétence voulue pour statuer sur la présente demande.

c Quant à l'obligation d'obtenir une autorisation, elle a été ajoutée dans la loi afin d'éviter que les requérants ne recourent abusivement au tribunal en intentant des procédures non fondées uniquement pour pouvoir rester plus longtemps au Canada. Par conséquent, il serait rare que la Cour surseoie à une ordonnance d'expulsion sans avoir accordé l'autorisation d'intenter une procédure fondée sur l'article 18 ou l'article 28.

d De toute façon, l'octroi d'un sursis d'exécution constitue un recours discrétionnaire. Il était douteux qu'il y ait une question sérieuse à trancher. Si le rapport du psychiatre avait été disponible beaucoup plus tôt, les fonctionnaires du gouvernement auraient eu le temps voulu pour l'examiner, et la demande de sursis aurait pu être étudiée dans le cadre de la demande d'autorisation fondée sur l'article 18. Par conséquent, la Cour n'était pas disposée à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la requérante.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 28.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Toth v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (F.C.A.); *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 90-A-1030, Pratte J.A., order dated 7/3/90, (F.C.A.), not yet reported; *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 89-T-676, Muldoon J., order dated 12/10/89, F.C.T.D., not yet reported; *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.); *Bhattia v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 63 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Lodge v. Minister of Employment and Immigration, [1979] 1 F.C. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

f *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 28.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 114(2).

g JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

h *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.F.); *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 90-A-1030, juge Pratte, J.C.A., ordonnance en date du 7-3-90, (C.A.F.), encore inédite; *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 89-T-676, juge Muldoon, ordonnance en date du 12-10-89, C.F. 1^{re} inst., encore inédite; *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1^{re} inst.); *Bhattia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 63 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1979] 1 C.F. 775; (1979), 94 D.L.R. (3d) 326; 25 N.R. 437 (C.A.).

REFERRED TO:

Attorney General of Canada v. Jolly, [1975] F.C. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.); *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (F.C.A.); *Armson v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (F.C.A.); *Attakora v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 99 N.R. 168 (F.C.A.); *Sharma v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 71 (F.C.A.).

COUNSEL:

M. Pia Zambelli for applicant.
Robert Goldstein for respondent.

SOLICITORS:

Jackman, Zambelli, Silcoff, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: The applicant seeks a stay of the execution of a deportation order which has been issued against her. The stay is sought pending resolution of proceedings which the applicant seeks to pursue under section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. She seeks to challenge the validity of the Minister's refusal to recommend that she be granted an exemption, on compassionate and humanitarian grounds, from certain requirements of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. She filed an application for leave to commence proceedings pursuant to section 18 to challenge the Minister's decision coincident with the filing of the present application.

The applicant entered Canada in 1982 on a visitor's visa. She remained in this country illegally. In 1986, she was arrested. She made a formal claim for refugee status. That claim was rejected. A departure notice was subsequently issued. She failed to comply with it. Her mother died three days before the applicant was supposed to leave the country pursuant to that departure notice. Her mother's funeral was held two days after the departure date. She made an application pursuant to subsection 114(2) for exemption, on humani-

DÉCISIONS CITÉES:

Le procureur général du Canada c. Jolly, [1975] C.F. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.); *Astudillo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.); *Armson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (C.A.F.); *Attakora c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 99 N.R. 168 (C.A.F.); *Sharma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 71 (C.A.F.).

AVOCATS:

M. Pia Zambelli pour la requérante.
Robert Goldstein pour l'intimé.

PROCUREURS:

Jackman, Zambelli, Silcoff, Toronto, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE REED: La requérante demande de surseoir à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion qui a été rendue contre elle. Le sursis est demandé en attendant qu'il soit statué sur une instance que la requérante tente de poursuivre en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7. Elle essaie de contester la validité de la décision par laquelle le ministre a refusé de recommander qu'elle soit dispensée, pour des raisons d'ordre humanitaire, de certaines obligations imposées par la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2. Elle a déposé, en même temps que la présente requête, une demande d'autorisation d'introduire une instance conformément à l'article 18 afin de contester la décision du ministre.

La requérante est entrée au Canada en 1982 sur présentation d'un visa de visiteur. Elle est restée au pays illégalement. En 1986, elle a été arrêtée. Elle a demandé officiellement le statut de réfugié. Cette demande a été rejetée. Un avis d'interdiction de séjour lui a été signifié par la suite. Elle a omis de s'y conformer. Sa mère est décédée trois jours avant la date à laquelle la requérante était censée quitter le pays conformément à cet avis d'interdiction de séjour. Les funérailles de sa mère ont eu lieu deux jours après la date de départ. Elle a

tarian and compassionate grounds, from the requirement that applications for landed immigrant status must be made from outside the country. The request for consideration on that basis appears to have commenced around April 18, 1990 (at least the letter attached to the applicant's affidavit of August 13, 1990 carries that date). The application was ultimately denied and a deportation notice, which had issued on June 6, 1990, was to be executed on August 13, 1990.

The present application for a stay of the deportation order was brought before the Court by notice of motion filed on August 13. A motion to commence proceedings under section 18 of the *Federal Court Act* challenging the Minister's refusal to recommend an exemption pursuant to subsection 114(2) was filed at the same time. The application for a stay of the deportation order was heard by teleconference hearings on August 16 and 17. The respondent consented to delay execution of the deportation order until a decision is rendered by the Court on the applicant's present application.

The grounds on which the applicant sought subsection 114(2) exemption were: that she had a very real subjective fear of harm which would befall her if she were returned to Jamaica; her sister is a Canadian citizen, resident in Canada, and willing to assist her, and is the applicant's only blood relative. The applicant is also her sister's only remaining relative not settled in Canada. It is clear from the material attached to the affidavits that the request of April 18, 1990 did not result in a favourable decision being taken. As has been noted, the deportation order was issued on June 6, 1990. On August 1, 1990 counsel for the applicant sent further information to the respondent in support of the application for subsection 114(2) relief. This was a psychiatrist's assessment of the applicant. The psychiatrist's report reads, in part, as follows:

Although I have not had the opportunity to examine her directly, it is my opinion that her letters and reports show a pattern which is consistent with a diagnosis of Delusional (Paranoid) Disorder of the persecutory type

présenté une demande conformément au paragraphe 114(2) en vue d'être dispensée, pour des raisons d'ordre humanitaire, de l'obligation de présenter depuis l'extérieur du pays toute demande de statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement. La demande d'examen sur cette base semble avoir été formée aux alentours du 18 avril 1990 (du moins, la lettre annexée à l'affidavit de la requérante en date du 13 août 1990 porte cette date). La demande a finalement été refusée et l'avis d'interdiction de séjour, qui avait été signifié le 6 juin 1990, devait être exécuté le 13 août 1990.

C'est par un avis de requête déposé le 13 août que la Cour a été saisie de la présente demande de surseoir à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion. Une motion d'introduction d'instance aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* contestant le refus du ministre de recommander une dispense conformément au paragraphe 114(2) a été déposée en même temps. La demande en vue de surseoir à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion a été instruite par conférences téléphoniques les 16 et 17 août. L'intimé a consenti à reporter l'exécution de l'ordonnance d'expulsion jusqu'à ce que la Cour ait statué sur la présente demande de la requérante.

Les motifs que la requérante a invoqués pour obtenir une dispense prévue au paragraphe 114(2) sont les suivants: elle craignait vraiment de subir un préjudice si on la retournait en Jamaïque; sa sœur est citoyenne canadienne, réside au Canada, est disposée à l'aider et est sa seule parente par le sang. La requérante est également la seule parente de sa sœur à n'être pas établie au Canada. Il ressort clairement des documents annexés aux affidavits que la demande en date du 18 avril 1990 n'a pas eu pour résultat la prise d'une décision favorable. Ainsi qu'il a été mentionné, l'ordonnance d'expulsion a été rendue le 6 juin 1990. Le 1^{er} août 1990, l'avocate de la requérante a fait parvenir des renseignements supplémentaires à l'intimé à l'appui de la requête en vue du recours prévu au paragraphe 114(2). Il s'agissait d'une évaluation de la requérante par un psychiatre. Le rapport du psychiatre est libellé en partie ainsi:

[TRADUCTION] Bien que je n'aie pas eu l'occasion de l'examiner directement, je suis d'avis que ses lettres et rapports révèlent un comportement compatible avec un diagnostic de désordre hallucinatoire (paranoïaque) de type persécutif

It is my opinion that she would show a deterioration in her functioning should she have to return to Jamaica . . . Her paranoid views would likely be intensified and as a result of this it is likely that she would isolate herself more. As well she lacks social support in Jamaica as she has no family there, apparently has no close friends there and has been out of the country for several years.

As is noted in the report, the psychiatrist had never met the applicant as of the time the report was prepared. She refused to be interviewed by him for fear that he would spread false stories about her which would hurt her employment opportunities in Canada. Thus, the psychiatrist's assessment was prepared on the basis of extensive written materials sent to him by counsel for the applicant. Subsequent information on file indicates that the applicant did meet the psychiatrist personally on August 13, 1990 and he, in a cryptic note, confirmed his earlier assessment.

The applicant challenges the validity of the Minister's refusal to recommend a subsection 114(2) exemption primarily on the ground that the relevant officials refused to consider the psychiatrist's report. The applicant's evidence to this effect is based on conversations which her counsel had with officials of the Department of Employment and Immigration. The relevant portions of the affidavit of Maureen Silcoff state:

2. I am informed by the applicant's solicitor and do verily believe it to be true that the applicant's application for humanitarian and compassionate consideration was turned down both by Case Review in Ottawa and the Regional Headquarters of the Immigration Commission. I am informed by the applicant's solicitor and do verily believe it to be true that on August 9, 1990 she spoke with Ms. Pam Cullen of the Case Review in Ottawa who told her that the [sic] Dr. Payne's psychiatric report did not convince her that humanitarian and compassionate relief was warranted.

3. I am informed by the applicant's solicitor that thereafter she asked Mr. Craig Morrison of Regional Headquarters to review the case and that on August 9, 1990 she spoke with Mr. Morrison who told her that he also had refused the application, because Dr. Payne's report did not constitute evidence that showed that favourable consideration was warranted, because it was just a prediction by a psychiatrist as to what might occur if the applicant was sent back to Jamaica.

There is no doubt that decision-making bodies are required to consider all relevant evidence placed before them: *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.); *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979),

a Je suis d'avis qu'elle ressentirait des troubles fonctionnels si elle devait retourner en Jamaïque . . . Ses idées paranoïaques s'intensifieraient et il s'ensuivrait probablement qu'elle s'isolait davantage. Et elle n'a pas de soutien social en Jamaïque car elle n'a pas de famille là-bas, n'y a apparemment aucun ami proche et a vécu à l'extérieur du pays pendant plusieurs années.

b Comme il est indiqué dans le rapport, le psychiatre n'avait jamais rencontré la requérante au moment de rédiger ledit rapport. Elle refusait d'être interrogée par lui de crainte qu'il ne répande à son sujet des faussetés qui nuiraient à ses chances d'emploi au Canada. Le psychiatre a donc rédigé son évaluation en se fondant sur de longs documents écrits que lui avait fait parvenir l'avocate de la requérante. Il ressort de renseignements versés ultérieurement au dossier que la requérante a effectivement rencontré personnellement le psychiatre le 13 août 1990 et que celui-ci a confirmé dans une note laconique l'évaluation faite antérieurement.

c La requérante conteste la validité du refus du ministre de recommander une dispense prévue au paragraphe 114(2) principalement pour le motif que les fonctionnaires concernés ont refusé de tenir compte du rapport du psychiatre. La preuve présentée dans ce sens par la requérante repose sur des conversations que son avocate a eues avec des fonctionnaires du ministère de l'Emploi et de l'Immigration. Les passages pertinents de l'affidavit de Maureen Silcoff mentionnent:

d [TRADUCTION] 2. L'avocate de la requérante m'informe et j'ai tout lieu de croire qu'il est vrai que la demande présentée par la requérante pour des raisons d'ordre humanitaire a été rejetée tant par la Section du réexamen des cas à Ottawa que par le bureau régional de la Commission de l'immigration. L'avocate de la requérante m'informe et j'ai tout lieu de croire qu'il est vrai que le 9 août 1990 elle a parlé avec Mme Pam Cullen, de la Section du réexamen des cas à Ottawa, qui lui a dit que le rapport psychiatrique du Dr Payne ne l'avait pas convaincue que le recours à des considérations humanitaires était justifié.

e 3. L'avocate de la requérante m'informe que, par la suite, elle a demandé à M. Craig Morrison, du bureau régional, de réexaminer le cas et que, le 9 août 1990, elle a parlé avec M. Morrison qui lui a dit avoir également rejeté la demande, car le rapport du Dr Payne ne constituait pas une preuve qu'il fallait répondre favorablement à la demande, parce que ce n'était qu'une prédiction faite par un psychiatre au sujet de ce qui pouvait arriver si l'on retournait la requérante en Jamaïque.

f Il ne fait aucun doute que les organismes décisionnels doivent tenir compte de tous les éléments de preuve pertinents qui sont produits devant eux: *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.); *Astudillo c. Ministre de l'Emploi*

31 N.R. 121 (F.C.A.). They are to base their findings on the evidence before them and not to arbitrarily reject evidence which is uncontradicted and not obviously implausible: *Armson v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (F.C.A.); *Attakora v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 99 N.R. 168 (F.C.A.); *Sharma v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 71 (F.C.A.).

Counsel classified the issues to be addressed for the purposes of the present case as: (1) whether the Court has jurisdiction to entertain the application for a stay of the deportation order given the fact that the deportation order is not itself challenged; (2) if there is such jurisdiction, whether the present application can be pursued without first obtaining leave (if leave is required counsel indicated that she was making an application for such, orally, coincidentally with her arguments on the merits); (3) if there is jurisdiction, and leave is either not needed or granted, whether this application can be proceeded with prior to leave to commence the main section 18 application being given; (4) whether, in any event, there are grounds on the merits which would justify issuing an order to stay the deportation order (a serious question to be tried; whether irreparable harm will be caused to the applicant if an order is not granted; where the balance of convenience lies): see *Toth v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.).

The respondent's position that this Court has no jurisdiction to issue a stay when the validity of the deportation order is not directly in issue, is based on the Court of Appeal decisions in *Lodge v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 775 (C.A.) and *Bhattia v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 63 (F.C.A.). In the *Lodge* decision it was said at pages 783-784:

An injunction will lie against a public authority to restrain the commission of an act that is *ultra vires* or otherwise illegal. See, for example, *Rattenbury v. Land Settlement Board* [1929]

et de l'Immigration (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.). Ils doivent fonder leurs conclusions sur les éléments de preuve présentés devant eux et ne pas rejeter arbitrairement ceux qui ne sont pas contredits et ne sont manifestement pas peu vraisemblables: *Armson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (C.A.F.); *Attakora c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 99 N.F. 168 (C.A.F.); *Sharma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 71 (C.A.F.).

L'avocate a classé ainsi les questions à traiter aux fins de la présente affaire: (1) la Cour a-t-elle la compétence voulue pour recevoir la demande de sursis d'exécution de l'ordonnance d'expulsion étant donné que ladite ordonnance d'expulsion n'est pas elle-même contestée?; (2) si elle a la compétence voulue, peut-on poursuivre l'instruction de la présente demande sans en avoir d'abord obtenu l'autorisation (l'avocate a indiqué que, si cette autorisation est requise, elle présentait alors une demande de ce genre, oralement, en même temps que sa plaidoirie quant au fond)?; (3) si elle a la compétence voulue et si l'autorisation n'est pas nécessaire ou est accordée, peut-on aller de l'avant avec la présente demande avant d'être autorisé à introduire la demande principale fondée sur l'article 18?; (4) de toute façon, y a-t-il, quant au fond, des motifs qui justifieraient le prononcé d'une ordonnance pour surseoir à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion (une question sérieuse à trancher?; la requérante subira-t-elle un préjudice irréparable si une ordonnance n'est pas accordée?; comment le partage des inconvénients se fait-il?); voir *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (C.A.F.).

La thèse de l'intimé selon laquelle notre Cour n'a pas la compétence voulue pour accorder un sursis lorsque la validité de l'ordonnance d'expulsion n'est pas directement en cause, est fondée sur les décisions rendues par la Cour d'appel dans *Lodge c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 775 (C.A.), et *Bhattia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 63 (C.A.F.). Dans la décision *Lodge*, on dit aux pages 783 à 785:

Une autorité publique se verra décerner une injonction afin de l'empêcher d'accomplir un acte *ultra vires* ou autrement illégal. Voir, par exemple, *Rattenbury c. Land Settlement*

S.C.R. 52 per Newcombe J. at p. 63: "...the court will interfere to restrain *ultra vires* or illegal acts by a statutory body"; also *Le Conseil des ports nationaux v. Langelier* [1969] S.C.R. 60 at p. 75, where Martland J. speaks of the power to restrain the commission of an act "without legal justification". From the analysis in these and other authorities I think we may assume for purposes of the present case that an injunction will lie in a proper case against a Minister of the Crown who purports to act under a statutory authority. This was expressly held with respect to the execution of deportation orders by the Minister of Manpower and Immigration in *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1968) 65 D.L.R. (2d) 633, where Freedman J.A. (as he then was), delivering the judgment of the Manitoba Court of Appeal, said at page 637: "It may be well to point out that Courts have more than once affirmed their right to restrain a Minister of the Crown from the doing of acts which were either illegal or beyond statutory power".

So long as the validity of the deportation orders in the appellants' case has not been successfully challenged it cannot be said that the Minister would be exceeding his statutory authority or otherwise acting contrary to law in executing them.

... Counsel were unable to cite to us any authority, and I have not been able to find any, to support the use of injunction to restrain the performance of a statutory duty on the ground that such performance may have an adverse effect on some right which the applicant seeks to assert in another forum. I do not think that such a use of injunction can be recognized as a matter of principle. It would be tantamount to a general power to suspend the execution of administrative decisions in cases judged to be equitable. The Court does not have that power, even with respect to decisions that are the subject of review before it.

Having said this, I may observe that I cannot see why the execution of the deportation orders should make it impossible to investigate the appellants' complaint or to afford them such relief as section 41 of the Act may provide. From the affidavit in support of their application for injunction their complaint would not appear to be dependent on their personal knowledge. [Underlining added.]

And in *Bhattia*, Mr. Justice Marceau stated [at pages 64-66]:

I readily agree with the position reached by my colleagues. However, I do so under reserve of two remarks which I shall respectfully make in view of the influence that this decision might have because, on the one hand, it is the first of its kind to be rendered under the new regime introduced by the amendments to the *Immigration Act 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, which came into force on January 1, 1989, and, on the other hand, because it is rendered by a panel of three Judges and not by a single Judge as will be the case, at least in principle, from now on.

Board [1929] R.C.S. 52, le juge Newcombe à la p. 63: [TRANSDUCTION] «... le tribunal interviendra pour empêcher un organisme créé par la loi d'accomplir des actes *ultra vires* ou illégaux»; voir également *Le Conseil des ports nationaux c. Langelier* [1969] R.C.S. 60, à la p. 75, où le juge Martland parle du pouvoir d'empêcher la commission d'un acte [TRANSDUCTION] «sans justification légale». À partir de ces décisions et d'autres semblables, on peut selon moi tenir pour acquis, aux fins de l'espèce, qu'un ministre de la Couronne, censé agir en vertu d'un pouvoir à lui conféré par la loi, peut, si le cas l'exige, se voir décerner une injonction. C'est la conclusion expresse du juge d'appel Freedman dans *Carlic c. La Reine et le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* (1968) 65 D.L.R. (2^e) 633, affaire portant sur l'exécution d'ordonnances d'expulsion par le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration. Le juge d'appel Freedman (alors juge puîné), qui a prononcé le jugement au nom de la Cour d'appel du Manitoba, déclare à la p. 637 du recueil: [TRANSDUCTION] «Il peut être opportun de souligner que les tribunaux ont plus d'une fois confirmé leur droit d'empêcher un ministre de la Couronne d'accomplir des actes illégaux ou des actes qui outrepasseraient le pouvoir que la loi lui confère».

Tant que la validité des ordonnances d'expulsion concernant les appelantes n'aura pas été contestée avec succès, on ne pourra dire que le Ministre, en les exécutant, excède le pouvoir qui lui est conféré par la loi ou agit par ailleurs contrairement à la loi.

... Les avocats n'ont pu nous citer de jurisprudence et je n'en ai trouvé aucune qui puisse justifier l'emploi d'une injonction pour interdire l'exécution d'un devoir imposé par la loi, au motif qu'une telle exécution peut nuire à un droit que le requérant cherche à faire valoir devant un autre tribunal. Je ne crois pas qu'un tel emploi de l'injonction puisse être reconnu comme un principe. Cela équivaudrait à donner un pouvoir général de suspendre l'exécution de décisions administratives dans des causes reconnues justifiées. La Cour n'a pas ce pouvoir, même relativement à des décisions qui font l'objet d'examen devant elle.

Cela dit, je ne comprends pas pourquoi l'exécution des ordonnances d'expulsion rendrait impossible la tenue d'une enquête relative à la plainte des appelantes, ou empêcherait ces dernières d'obtenir les redressements prévus à l'article 41 de la Loi. Selon l'affidavit déposé à l'appui de leur demande d'injonction, la plainte des appelantes ne semble pas dépendre de leurs connaissances personnelles. [C'est moi qui souligne.]

Et dans l'affaire *Bhattia*, le juge Marceau a déclaré [aux pages 64 à 66]:

Je souscris d'emblée à la position adoptée par mes collègues. Je le fais cependant sous réserve de deux remarques que je me permets, avec respect, d'exprimer à cause de l'influence que pourrait avoir la présente décision du fait que, d'une part, elle est la première du genre rendue dans le cadre du régime nouveau introduit par les amendements à la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1989 et, d'autre part, elle vient de trois juges et non d'un seul comme ce sera le cas, du moins en principe, à l'avenir.

1. My first remark goes to the very admissibility of the application as it was presented. I seriously doubt that the Court is entitled to order a stay of execution of a deportation order before it is in a position to consider the application for leave to commence a proceeding under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, against that deportation order, as required by subs. 83.1(1) of the *Act*. My doubt rests on three grounds.

a) The Court's power to order stay of execution of a tribunal's decision is an ancillary and auxiliary power which only exists in order to protect the Court's primary power to declare the decision itself null and void. One can hardly see how such a secondary power could arise before the s. 28 proceedings against the decision itself have been formally engaged, that is to say prior to the time when the question of the validity of the decision itself is before the Court.

b) One of the two basic conditions governing the Court's ancillary and auxiliary power to order a stay of execution is the existence of prima facie arguable grounds for challenging the validity of the order. Now, this is precisely the question, and the only one, raised in an application to commence proceedings under s. 28. It is difficult to accept that the Court could decide, as it would have to do here, that there are such grounds, while at the same time holding that it is not yet ready to rule on the application for leave to introduce the proceedings under s. 28.

c) The other underlying condition justifying the exercise of the Court's power to grant a stay is the finding that otherwise an eventual overturning of the impugned decision could be rendered nugatory, the immediate execution of the decision threatening to create an irreversible situation or to cause an irreparable harm. In the case of an exclusion order, the possibility of such irreparable harm necessarily and exclusively depends on the risk faced by the applicant if he is sent back to where he came from, in light of the political situation there.

In making these remarks I am mindful that, in *Toth v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123, 86 N.R. 302, this Court has previously consented to grant a stay of execution of a deportation order before authorizing appeal proceedings against the order itself. I would note first that the procedure for appeal by leave at issue in *Toth* was a recourse created by the *Immigration Act, 1976*, itself, and thus its exercise before this Court could be seen as having been initiated as soon as leave was sought. The recourse involved here exists by virtue of the *Federal Court Act*, and the leave required by the new immigration Act certainly forms no integral part of it. The power to stay that the Court may have is ancillary and auxiliary to the power vested in it by the *Federal Court Act* which is not engaged until the Court has accepted to review and possibly set aside the decision itself. But in any event I feel that the situation resulting from the coming into force of the major amendments to the Act is sufficiently distinct from that existing formerly, that the authority of the *Toth* case, which did not involve a claim for refugee status,

1. Ma première remarque se rapporte à la recevabilité même de la demande telle que présentée. Je doute sérieusement que la Cour soit en mesure d'ordonner un sursis d'exécution d'une ordonnance d'expulsion avant qu'elle ne soit en état de considérer la demande d'autorisation d'introduire une instance aux termes de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, à l'encontre de l'ordonnance d'expulsion elle-même, comme le requiert l'article 83.1 paragraphe 1 de la *Loi*. Mon doute repose sur trois motifs.

a) Le pouvoir de la Cour d'ordonner un sursis d'exécution d'une décision d'un tribunal est un pouvoir ancillaire et auxiliaire qui n'existe que pour protéger son pouvoir de déclarer nulle et sans effet la décision même. On voit mal comment un tel pouvoir secondaire pourrait exister avant que ne soient formellement engagées les procédures sous l'article 28 et que la question de la validité de la décision elle-même ne soit devant la Cour.

b) L'une des deux conditions de base auxquelles est soumis le pouvoir inhérent de la Cour d'ordonner un sursis d'exécution est l'existence d'un motif apparent soutenable (*prima facie arguable case*) de contester la validité de la décision elle-même. Or, c'est là précisément la question, et la seule, qu'une demande d'autorisation d'introduire des procédures sous l'article 28 soulève. Il est difficile de penser que la Cour puisse décider qu'il existe dans un cas comme en l'espèce une cause apparente de contester, tout en considérant ne pas être encore en état de juger de la demande d'autorisation d'introduire les procédures de contestation elles-mêmes.

c) L'autre condition de base pour légitimer l'exercice par la Cour de son pouvoir d'ordonner un sursis est la conclusion qu'autrement un jugement éventuel de nullité de la décision attaquée pourrait devenir inefficace et sans effet, l'exécution immédiate de cette décision risquant de créer une situation irréversible ou un tort irréparable. Dans le cas d'un ordre d'exclusion, la possibilité d'un tort irréparable est nécessairement et exclusivement fonction du risque que court le requérant s'il est retourné d'où il vient à cause du contexte politique qui régit, là, dans son pays.

Je n'oublie pas, en faisant ces remarques, que cette Cour, dans l'affaire *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123, 86 N.R. 302, a consenti déjà à ordonner un sursis d'exécution d'un ordre de déportation avant d'autoriser l'introduction de procédures d'appel à l'encontre de l'ordre lui-même. Je ferai remarquer d'abord que le recours d'appel sur permission dont il est question dans *Toth* était un recours créé par la *Loi sur l'immigration de 1976* elle-même, et que par conséquent son exercice devant la Cour pouvait être considéré comme débutant dès la demande de permission d'appeler. Le recours dont il est question ici existe en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale* et la demande de permission requise par la nouvelle loi sur l'immigration n'en est certes pas partie intégrante. Le pouvoir de surseoir que la Cour peut détenir est donc ancillaire et auxiliaire au pouvoir qui lui est donné par la *Loi sur la Cour fédérale*, lequel n'est mis en cause qu'une fois que la Cour a accepté de réviser et possiblement d'annuler la décision elle-même. Mais de toute façon, je soumets que la situation créée par l'entrée en vigueur des amendements majeurs apportés à la Loi est suffisamment différente de celle qui existait auparavant pour que l'autorité de

should not be seen as unreservedly binding. [Underlining added—footnotes omitted.]

Mr. Justice Marceau's reasons were additional to those given by the other two members of the Court, who only found it necessary to say that, assuming the principles enunciated in *Toth* applied, those requirements had not been met by the fact situation which existed in *Bhattia*.

The decision in *Toth v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.) was decided before *Bhattia* and after *Lodge*. In the *Toth* decision, a deportation order was stayed pending a decision being taken on whether leave would be granted to appeal a decision of the Immigration Appeal Board to the Federal Court of Appeal. The principle on which that decision was based was that a refusal of a stay would render any appeal rights which might subsequently be given nugatory [at page 126]:

This Court decided in the case of *N.B. Electric Power Comm. v. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 F.C. 13, 60 N.R. 352 (C.A.), that in cases where there exist statutory provisions conferring a right to appeal against the order of a tribunal, that circumstance together with the provisions of subs. 30(1) supra, confer an implied jurisdiction on the Federal Court of Appeal to stay the operation of that order where the appeal would otherwise be rendered nugatory.

In this regard, Mr. Justice Stone, in the *N.B. Electric Power* case, discussed at p. 27 [F.C.] of the reasons:

“the absurdity that could result if, pending an appeal, operation of the order appealed from rendered it nugatory.”

He went on to observe:

“Our appellate mandate would then become futile and be reduced to mere words lacking in practical substance. The right of a party to an ‘appeal’ would exist only on paper for, in reality, there would be no ‘appeal’ to be heard, or to be won or lost. The appeal process would be stifled. It would not, as it should, hold out the possibility of redress to a party invoking it. This court could not, as was intended, render an effective result. I hardly think Parliament intended that we be powerless to prevent such a state of affairs.”

I endorse these comments by my colleague and apply them. . . .

l'arrêt *Toth*, qui d'ailleurs ne portait pas sur un cas de réclamation de statut de réfugié, ne soit pas vue comme s'imposant sans réserve. [C'est moi qui souligne, en omettant les notes infrapaginales.]

a Les motifs du juge Marceau venaient s'ajouter à ceux exprimés par les deux autres juges de la Cour, qui croyaient seulement nécessaire de dire que, en supposant que les principes énoncés dans l'arrêt *Toth* fussent applicables, la situation qui existait dans l'affaire *Bhattia* ne satisfaisait pas aux exigences.

c La décision *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (C.A.F.), a été rendue antérieurement à la décision *Bhattia* et ultérieurement à la décision *Lodge*. Dans l'affaire *Toth*, on a sursis à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion en attendant d'une décision soit rendue sur la question de savoir si serait accordée l'autorisation d'interjeter appel auprès de la Cour d'appel fédérale d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration. Cette décision était fondée sur le principe selon lequel le refus de surseoir à l'exécution rendrait inopérant tout droit d'appel qui pourrait être accordé subséquemment [à la page 126]:

e Dans l'affaire *Comm. d'énergie électrique du N.-B. c. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 C.F. 13, 60 N.R. 352 (C.A.), notre Cour a statué que, dans les cas où il existe des dispositions législatives conférant le droit d'interjeter appel à l'encontre de l'ordonnance d'un tribunal, cette circonstance conjuguée aux dispositions du para. 30(1) précitée, confère implicitement à la Cour d'appel fédérale la compétence voulue pour surseoir à l'exécution de cette ordonnance lorsque l'appel deviendrait autrement inopérant.

g À cet égard, le juge Stone, dans l'arrêt *Comm. d'énergie électrique du N.-B.*, a signalé, à la p. 27 [C.F.] des motifs:

«... l'absurdité qui résulterait si, pendant un appel, l'exécution de l'ordonnance contestée rendait celui-ci inopérant.»

h Il a également fait remarquer:

i «Notre compétence en tant que cour d'appel serait alors futile et réduite à de simples mots vides de sens. Le droit d'une partie à un “appel” n'existerait que sur papier parce que, en réalité, il n'y aurait pas “d'appel” à entendre, pas plus qu'il n'y aurait une partie heureuse et l'autre, déboutée. Le processus d'appel serait entravé. Il ne pourrait offrir, comme il le devrait, la possibilité d'un redressement à qui l'invoquerait. Ainsi la Cour serait incapable, contrairement à son objet, de résoudre véritablement un litige. Je ne peux croire que le Parlement entendait que la Cour soit incapable de prévenir une telle situation.»

j Je souscris à ces remarques de mon collègue et je les applique . . .

Counsel for the applicant argues that *Lodge*, therefore, cannot be read as broadly as counsel for the respondent contends and that it must be read in the light of decisions such as: *Toth v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.); *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (Court file no. 90-A-1030, March 7, 1990); and *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (Court file no. 89-T-676, October 12, 1989 and [1990] 1 F.C. 722 (T.D.)).

The *Lodge* decision dealt with a situation which was quite different from that in issue in this case or that which was in issue in *Toth*, *Bains* or *Yhap*. In the first place one of the important factors in *Lodge* was that the injunction, if granted, would be final in nature; it was not viewed as an interlocutory order. Mr. Justice Le Dain wrote [at page 783] of the remedy being sought:

It is not made in an action pending in the Federal Court. It involves a final and not an interlocutory judgment upon the claim for an injunction.

The principles which must be applied are those which determine whether a permanent injunction should be granted to restrain a Minister of the Crown from performing a statutory duty. [Underlining added.]

In the present case, as was also the case in *Toth*, *Bains* and *Yhap*, the deportation order which it is sought to stay is intimately connected to the relief sought from this Court. The relief sought by the applicant, from the Governor in Council, pursuant to the subsection 114(2) review, is to allow the applicant to apply for landed immigrant status from Buffalo, New York, rather than being returned to Jamaica. (Initially the request had been for permission to apply for such status from within Canada.) If the applicant is deported to Jamaica, the relief sought through the subsection 114(2) process would be rendered nugatory. In such circumstances counsel may very well be right in suggesting that the principles enunciated in *Toth* apply and that the Court has authority to issue a stay of deportation pending the outcome of the section 18 application. Certainly the Court did so in *Yhap*. And the Court of Appeal followed a similar approach in the *Bains* case. In addition, as I read the *Bhattia* decision I am not convinced

L'avocate de la requérante soutient que l'on ne peut donc pas interpréter l'arrêt *Lodge* de façon aussi libérale que le prétend l'avocat de l'intimé et que l'on doit l'interpréter en tenant compte de décisions telles que *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (C.A.F.); *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (n° du greffe 90-A-1030, 7 mars 1990); et *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (n° du greffe 89-T-676, 12 octobre 1989 et [1990] 1 C.F. 722 (1^{re} inst.)).

L'arrêt *Lodge* traitait d'une situation qui était assez différente de celle qui est ici en cause ou de celle qui était en cause dans les affaires *Toth*, *Bains* ou *Yhap*. En premier lieu, l'un des facteurs les plus importants dans l'arrêt *Lodge* était que l'injonction, si elle était accordée, serait définitive; elle n'était pas considérée comme une ordonnance interlocutoire. Le juge Le Dain a écrit [à la page 783] au sujet de l'injonction sollicitée:

Elle n'est pas présentée dans le cadre d'une action pendante en Cour fédérale. Elle emporte jugement définitif et non interlocutoire à l'issue de la demande d'injonction.

Les principes à appliquer sont ceux qui déterminent si une injonction permanente doit être accordée pour interdire à un ministre de la Couronne d'exécuter une fonction prévue par la loi. [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, comme c'était le cas dans les affaires *Toth*, *Bains* et *Yhap*, l'ordonnance d'expulsion dont on demande la suspension est liée étroitement à la mesure de redressement sollicitée de notre Cour. Cette mesure que la requérante sollicite du gouverneur en conseil, en conformité avec le réexamen prévu au paragraphe 114(2), vise à permettre à la requérante de demander depuis Buffalo (New York) le statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement plutôt que d'être retournée en Jamaïque. (À l'origine, la requête visait à obtenir la permission de demander un tel statut depuis le Canada.) Si la requérante est expulsée en Jamaïque, la mesure sollicitée au moyen du processus prévu au paragraphe 114(2) deviendrait inopérante. Dans de telles circonstances, l'avocate a peut-être vraiment raison de laisser supposer que les principes énoncés dans l'arrêt *Toth* s'appliquent et que la Cour a le pouvoir de surseoir à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion en attendant qu'il soit statué sur la demande fondée sur l'article 18.

that Mr. Justice Marceau would have found it appropriate to preclude a stay order being granted, had leave already been given to commence a section 28 proceeding. As has already been noted, while Mr. Justice Marceau wrote the reasons set out above, the other two members of the Court of Appeal found it necessary to say only that assuming the principles in *Toth* applied they were not met by the factual situation which existed in the *Bhattia* case. Thus the point in issue in the present case was essentially left open.

In *Bains*, the Court of Appeal granted the stay of a deportation order until the applicant's application for leave to commence judicial review proceedings pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* could be heard and disposed of by that Court. The decision which it was sought to have reviewed in those proceedings was one by the Immigration Appeal Board relating to the applicant's claim for Convention refugee status.

In *Yhap*, Mr. Justice Muldoon granted a stay of a deportation order until the applicant's motion for leave to commence a section 18 proceeding was dealt with. The decision which it was sought to have reviewed in that proceeding was the legal appropriateness of the policy directives issued to officials of the Department of Employment and Immigration, by reference to which they were instructed to review claims for subsection 114(2) exemption on compassionate and humanitarian grounds. The stay of the deportation order was issued on October 12, 1989 (89-T-676). On November 14, 1989 the applicants were granted leave by the Court to commence a section 18 proceeding (T-2543-89). This culminated in a decision of March 8, 1990 (T-2543-89) in which the criteria being applied were held to constitute a fettering of discretion. Thus, the decisions made by reference thereto were considered to have been

La Cour l'a effectivement fait dans l'affaire *Yhap*. Et la Cour d'appel a retenu une solution similaire dans l'affaire *Bains*. De plus, selon mon interprétation de l'arrêt *Bhattia*, je ne suis pas convaincue que le juge Marceau aurait trouvé opportun d'interdire d'octroyer une ordonnance de sursis, si l'autorisation d'introduire une instance fondée sur l'article 28 avait déjà été accordée. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, bien que le juge Marceau ait formulé les motifs susmentionnés, les deux autres juges siégeant avec lui à la Cour d'appel ont cru nécessaire de dire seulement que, en supposant que les principes énoncés dans l'arrêt *Toth* fussent applicables, la situation qui existait dans l'affaire *Bhattia* ne satisfaisait pas aux exigences. Par conséquent, le point en litige dans la présente affaire n'était nullement réglé.

Dans l'affaire *Bains*, la Cour d'appel a sursis à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion jusqu'à ce que cette Cour puisse instruire et juger la demande présentée par la requérante en vue d'être autorisée à introduire une procédure de révision judiciaire conformément à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La décision dont on demandait la révision dans cette procédure émanait de la Commission d'appel de l'immigration et portait sur la revendication, par le requérant, du statut de réfugié selon la Convention.

Dans l'affaire *Yhap*, le juge Muldoon a sursis à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion jusqu'à ce qu'il soit statué sur une demande présentée par le requérant en vue d'être autorisé à introduire une procédure fondée sur l'article 18. La décision dont on sollicitait la révision dans cette procédure portait sur le bien-fondé sur le plan juridique des directives de politique générale formulées à l'intention des fonctionnaires du ministère de l'Emploi et de l'Immigration et qu'ils devaient suivre pour examiner les demandes de dispense pour raisons d'ordre humanitaire, visées au paragraphe 114(2). Il a été sursis à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion le 12 octobre 1989 (89-T-676). Le 14 novembre 1989, la Cour a autorisé les requérants à introduire une procédure fondée sur l'article 18 (T-2543-89). Cela a mené à une décision en date du 8 mars 1990 (T-2543-89) dans laquelle les critères appliqués ont été considérés comme une entrave au pouvoir discrétionnaire. Ainsi, les décisions rendues en tenant compte ont été considérées

made in the absence of a full and fair hearing and referred back for reconsideration.

Mr. Justice Muldoon's reasons for granting the stay of the deportation order in *Yhap* read [at pages 4 and 12-13], in part:

In effect, the relief here sought by the applicants is in the nature of an interlocutory injunction or, in the applicants' solicitors' own expression, that which may be termed an interlocutory or temporary prohibition. In regard to the federal administration, paragraph 18(a) of the *Federal Court Act* confers upon the Trial Division exclusive original jurisdiction to issue, *inter alia*, an injunction and a writ of prohibition "against any federal board, commission or other tribunal". Those are the principal remedies. However, paragraph 18(b) adds:

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a) . . . [Emphasis not in original text.]

Therefore, in making applications for relief in the nature of relief contemplated by paragraph 18(a), the applicants are indeed purporting to commence proceedings under section 18—to be precise paragraph 18(b) of the *Federal Court Act*. They must accordingly, first obtain leave to do so under section 83.1 of S.C. 1988, c. 35. This apparently obvious line of reasoning eluded the applicants' solicitors and counsel. A belated request for such leave was made in open Court on October 6, 1989, the return date specified in the applicants' notices of motion.

If the Minister would undertake not to remove any of the applicants until the status of the law and the legality of the proceedings be known, there would be no conceivable basis for this proceeding. One may sympathize with a refugee claimant who is ordered out of Canada according to laws of known validity and lawful procedures, but the Court will decline to intervene in such circumstances. On the other hand, it would be cold comfort indeed to the applicant or any of his fellows to be removed and then to learn that the law under which he was processed had been declared to be invalid or the proceedings found to be unfair or unlawful. It may be observed that recent radical amendments to the immigration statutes, not yet consolidated nor yet fully tested as to constitutionality, legality of procedures or the fairness of their enforcement, accompanied by the above noted plethora of ministerial statements and directives, and lacunae in the regulations mean that the federal law, whose better administration is committed to this Court, is in what is at least perceived to be a state of imprecision and flux.

Subsection 26(1) of the *Federal Court Act* runs as follows:

26. (1) The Trial Division has original jurisdiction in respect of any matter, not allocated specifically to the Court

comme ayant été rendues en l'absence d'une audience pleine et impartiale et ont été renvoyées afin d'être examinées de nouveau.

Les motifs qui ont incité le juge Muldoon à surseoir à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion dans l'affaire *Yhap* sont libellés en partie ainsi [aux pages 4 à 5 et 15 à 16]:

En fait, la réparation sollicitée en l'espèce par les requérants est de la nature d'une injonction interlocutoire ou, pour reprendre la propre expression de l'avocate des requérants, de ce que l'on pourrait appeler une interdiction interlocutoire ou temporaire. En ce qui concerne l'administration fédérale, l'alinéa 18(a) de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Section de première instance une compétence exclusive, en première instance, pour décerner notamment une injonction et un bref de prohibition «contre tout office fédéral». Ce sont les principaux recours. Toutefois, l'alinéa 18(b) ajoute:

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a) . . . [Non souligné dans le texte original.]

En conséquence, en présentant des demandes de réparation de la nature visée par l'alinéa 18(a), les requérants prétendent en fait introduire une instance aux termes de l'article 18—pour être précis, de l'alinéa 18(b)—de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ils doivent en conséquence d'abord obtenir l'autorisation de le faire en vertu de l'article 83.1 de L.C. 1988, chap. 35. Ce raisonnement en apparence évident a échappé aux procureurs et avocats des requérants. Une demande tardive visant à obtenir cette autorisation a été présentée à l'audience le 6 octobre 1989, la date de présentation précisée dans les avis de requête des requérants.

Si la ministre s'engageait à ne renvoyer aucun des requérants tant que l'état de la loi et la légalité des procédures ne seront pas connus, il n'y aurait, de façon concevable, aucun fondement à la présente instance. On peut avoir de la compassion pour le demandeur de statut de réfugié qui fait l'objet d'une ordonnance de renvoi du Canada en vertu de lois dont la validité est reconnue et de procédures licites, mais le tribunal refusera d'intervenir en pareil cas. D'autre part, ce serait effectivement une maigre consolation pour le requérant ou pour l'un ou l'autre de ses compagnons d'être renvoyé et d'apprendre ensuite que la loi en vertu de laquelle son cas a été examiné a été déclarée inconstitutionnelle ou que les procédures ont été jugées inéquitables ou illégitimes. Il y a lieu de noter que les modifications radicales récemment apportées aux lois sur l'immigration, qui n'ont pas encore été refondues et dont on n'a pas encore vérifié la constitutionnalité non plus que la légalité de leurs procédures ou l'équité de leur application, ajoutée à la multitude de déclarations et de directives ministérielles dont nous avons déjà parlé et aux lacunes du règlement, impliquent que le droit canadien, dont notre Cour a reçu la mission d'améliorer l'application, se trouve dans ce qui est perçu à tout le moins comme un état d'imprécision et d'inconstance.

Le paragraphe 26(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi libellé:

26. (1) La Section de première instance a compétence, en première instance, pour toute question ressortissant aux

of Appeal, in respect of which jurisdiction has been conferred by any Act of Parliament on the Federal Court, whether referred to as such or as the Exchequer Court of Canada.

The cited provision is analogous to subsection 30(1) of the Act in relation to the Appeal Division's implied jurisdiction which was described for a unanimous bench by Mr. Justice Heald in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.). Here, too, if pending an application to the Trial Division and a section 28 application to the Appeal Division, the operation of the process resulted in rendering the respective proceedings nugatory, it would be absurd, not to emphasize unjust. [Underlining added.]

On reviewing this jurisprudence, it seems to me clear that the *Lodge* decision does not address the issue. The claim for a stay in that case was based on the assertion that such was necessary in order to allow the applicant the opportunity to pursue a claim before the Human Rights Commission. It was not connected to a proceeding pending before this Court. The present application seeks a stay of deportation until the application for a section 18 review is disposed of. That section 18 application is before this Court and is part of the present file. It is similar to the situations which existed in both *Bains* and *Yhap*.

As I read Mr. Justice Marceau's comments in *Bhattia*, they indicate to me that in the light of the new immigration procedures which now require applicants to obtain leave of the Court before commencing a section 18 or a section 28 application, it should be unusual for the Court to grant a stay of a deportation order unless it had already granted leave to commence a section 18 or a section 28 proceeding. It is clear why this is desirable. One of the main issues to be decided in considering whether to grant a stay is the same or at least similar to that which must be decided in determining whether to grant leave: whether a serious question to be tried exists. In addition, the requirement that leave be obtained was added to the legislation to prevent applicants abusing the Court procedures by commencing proceedings which had little legal merit, but which could be stretched out over some considerable period of time, thereby gaining for the applicants additional time in Canada to which they were not legally entitled. I take from Mr. Justice Marceau's com-

terms d'une loi fédérale à la Cour fédérale—ou à l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada—, à l'exception des questions expressément réservées à la Cour d'appel.

La disposition citée est analogue au paragraphe 30(1) de la Loi en ce qui concerne la compétence implicite de la Section d'appel qui a été décrite par le juge Heald, au nom d'une formation collégiale unanime, dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (C.A.F.). En l'espèce également, si pendant une demande présentée devant la Section de première instance et une demande présentée en vertu de l'article 28 devant la Section d'appel, le déroulement du processus avait pour résultat de rendre chacune des instances inopérantes, cela serait absurde, sans compter que cela serait injuste. [C'est moi qui souligne.]

En examinant cette jurisprudence, il me semble évident que la décision *Lodge* ne se rapporte pas à la question. La demande de sursis dans cette affaire-là était fondée sur la thèse selon laquelle elle était nécessaire afin d'accorder au requérant la possibilité de présenter une demande devant la Commission des droits de la personne. Elle n'avait aucun rapport avec une instance déjà devant notre Cour. La présente demande vise à surseoir à une expulsion jusqu'à ce qu'il ait été statué sur une demande de révision aux termes de l'article 18. Notre Cour a été saisie de cette demande fondée sur l'article 18, et celle-ci fait partie du présent dossier. Cela ressemble à la situation qui existait tant dans l'affaire *Bains* que dans l'affaire *Yhap*.

Selon mon interprétation des motifs exprimés par le juge Marceau dans l'affaire *Bhattia*, ceux-ci m'indiquent que, compte tenu des nouvelles procédures en matière d'immigration qui exigent maintenant que les requérants obtiennent l'autorisation de la Cour avant d'introduire une demande fondée sur l'article 18 ou sur l'article 28, il devrait être rare que la Cour sursoie à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion à moins d'avoir déjà accordé l'autorisation d'introduire une procédure fondée sur l'article 18 ou sur l'article 28. La raison en est évidente. L'une des principales questions à trancher pour déterminer s'il faut accorder un sursis correspond à la même question ou à une question similaire à celle qu'il faut trancher pour déterminer si on doit accorder l'autorisation: s'il existe une question sérieuse à trancher. De plus, l'obligation d'obtenir une autorisation a été ajoutée dans la loi pour éviter que les requérants ne recourent abusivement à la Cour par l'introduction de procédures qui sont peu justifiées en droit, mais qui pourraient traîner en longueur et permettre aux requérants de

ments a concern that by allowing an applicant to obtain a stay of a deportation order, before the leave application is granted, one could potentially be opening the door, yet again, to procedural abuse in this regard. I hasten to add that I do not think the present application is one which could be classified as an abuse of the procedure.

Granting a stay of execution of an order, in a case such as the present, however, is a discretionary remedy. In the light of the new leave requirements, I would be very reluctant to exercise that discretion, to grant a stay of a deportation order, in the absence of leave having been given to commence a section 18 application, except where special and compelling circumstances can be shown to exist. In the present case, the reason the applicant's motion for leave to commence a section 18 application was not filed until August 13 is because the psychiatrist's report was not given to the respondent until August 1. The applicant knew as of June 6, 1990 that a deportation order had issued against her. The request for consideration on compassionate and humanitarian grounds had been commenced at least by April 1990, if not earlier. On looking at the progress of this matter, it is clear that there is no compelling reason why the evidence in question (the psychiatrist's report) could not have been prepared and presented to the respondent at a much earlier period of time. Had this been done it could have been dealt with in a timely fashion by the officials concerned. In that event, it would have been possible to have the request for a stay considered in the context of the section 18 leave application. Consequently, even if there is jurisdiction to grant the order sought, I would not be prepared to exercise my discretion to grant one in this case.

In addition, I have serious doubts about the strength of the applicant's claim that there exists a serious question to be tried. Certainly the comments of Ms. Pam Cullen that the "psychiatric's report did not convince her" does not show that that report was ignored as evidence. It merely shows that it was given little weight. Also, what

rester au Canada pendant plus longtemps qu'ils en ont le droit. Des remarques du juge Marceau, je relève la préoccupation selon laquelle, en permettant au requérant d'obtenir la suspension d'une ordonnance d'expulsion, avant que la demande d'autorisation ne soit accordée, on pourrait laisser place, encore une fois, à un abus de procédure à cet égard. Je m'empresse d'ajouter que je ne crois pas que la présente demande puisse être considérée comme un abus de procédure.

L'octroi d'un sursis d'exécution d'une ordonnance, dans une affaire comme en l'espèce, constitue cependant un recours discrétionnaire. Compte tenu des nouvelles exigences en ce qui concerne l'autorisation, j'hésiterais beaucoup à exercer ce pouvoir discrétionnaire, à surseoir à une ordonnance d'expulsion, en l'absence de toute autorisation d'introduire une instance fondée sur l'article 18, sauf si l'on peut prouver l'existence de circonstances spéciales et contraignantes. En l'espèce, la raison pour laquelle la demande de la requérante en vue d'être autorisée à introduire une instance fondée sur l'article 18 n'a pas été déposée avant le 13 août est que le rapport du psychiatre n'a été remis à l'intimé que le 1^{er} août. La requérante savait depuis le 6 juin 1990 qu'une ordonnance d'expulsion avait été prononcée contre elle. La requête invoquant des raisons d'ordre humanitaire avait été introduite au moins avant avril 1990, sinon plus tôt. Selon le déroulement de l'affaire, il est évident qu'aucune raison n'empêchait que la preuve en question (le rapport du psychiatre) puisse être rédigée et présentée à l'intimé beaucoup plus tôt. Si tel avait été le cas, les fonctionnaires concernés auraient pu l'examiner de façon opportune. Dans ce cas, il aurait été possible que la requête en sursis soit examinée dans le cadre de la demande d'autorisation fondée sur l'article 18. Par conséquent, même si j'avais la compétence voulue pour accorder l'ordonnance sollicitée, je ne serais pas disposée à exercer mon pouvoir discrétionnaire dans ce sens en l'espèce.

En outre, j'ai de sérieux doutes au sujet de la solidité de la prétention de la requérante selon laquelle il existe une question sérieuse à trancher. Les remarques de Mme Pam Cullen selon lesquelles le «rapport du psychiatre ne la convainquait pas» ne prouvent sûrement pas que l'on n'a pas tenu compte de ce rapport en preuve. Cela montre

weight should be given to Mr. Morrison's comment that "Dr. Payne's report did not constitute evidence that showed that favourable consideration was warranted, because it was just a prediction by a psychiatrist as to what might occur if the applicant was sent back to Jamaica" is hard to assess. It is certainly not such a clear and flagrant "rejection" of the evidence as I think counsel's argument would characterize it.

In the context of the application for leave to commence proceedings under section 18, the respondent will have time to respond to the applicant's assertions and explain the procedure which was followed more fully. That context allows for a more considered review of the strength of the issue which an applicant seeks to raise than is possible in the present context. It is for that reason that I feel some hesitation in making comments on the strength of the applicant's case.

In any event, having come to the conclusions set out above, I do not find it necessary to deal with the other issues which have been raised. For the reasons given the application will be dismissed.

seulement qu'on lui a accordé peu d'importance. Aussi est-il difficile d'évaluer quelle importance il faudrait accorder à la remarque de M. Morrison selon laquelle «de rapport du Dr Payne ne constituait pas une preuve qu'il fallait répondre favorablement à la demande, parce que ce n'était qu'une prédiction faite par un psychiatre au sujet de ce qui pouvait arriver si l'on retournait la requérante en Jamaïque». Il ne s'agissait certainement pas d'un «rejet» de la preuve aussi manifeste et flagrant que, selon moi, la plaidoirie de l'avocate le qualifierait.

Dans le cadre de la demande d'autorisation d'introduire une instance fondée sur l'article 18, l'intimé aura le temps de répondre aux affirmations de la requérante et d'expliquer plus longuement la procédure qui a été suivie. Ce contexte permet un examen plus approfondi de la solidité de la question qu'un requérant tente de soulever que ce n'est possible dans le présent contexte. C'est pour cette raison que j'hésite quelque peu à faire des remarques sur la solidité de la preuve de la requérante.

De toute façon, comme j'en suis venue à la conclusion susmentionnée, je n'estime pas nécessaire de traiter les autres questions qui ont été soulevées. Pour ces motifs, la demande sera rejetée.

A-199-89

A-199-89

Attorney General of Canada (Applicant)

v.

Brian Mossop (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MOSSOP (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Marceau and Stone J.J.A.—Toronto, May 9 and 10; Ottawa, June 29, 1990.

Human rights — Human Rights Tribunal erred in holding “family status” (prohibited ground of discrimination in Canadian Human Rights Act) including homosexual couple — “Family” not so unclear as to require interpretation — Outside Tribunal’s authority to reject generally understood meaning of “family” — “Family” not fluid term subject only to requirement of reasonability — Coupled with legal concept of “status” — Homosexual couple not “family” recognized by law — Tribunal misapprehending fundamental question — Sexual orientation actual basis of discrimination herein — Not prohibited ground under Canadian Human Rights Act.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Even if sexual orientation protected from discrimination by s. 15, Charter not ipso facto legislative amending machine requiring incorporation of its doctrine into human rights legislation — Charter and human rights legislation different in nature — No balancing mechanism similar to Charter, s. 1 in human rights legislation.

Construction of statutes — Canadian Human Rights Act, s. 3(1) prohibiting discrimination on basis of “family status” — Whether including homosexual couple — “Purposive” or “living tree” approach used to interpret constitutional legislation not applicable to human rights legislation — “Family status” not intended to encompass sexual orientation.

Public Service — Labour relations — Collective agreement — Bereavement leave to attend funeral of homosexual partner’s father denied — Collective agreement defining “immediate family” — Employee laying complaints against employer, union with CHRC — Human Rights Tribunal finding “family status”, prohibited ground of discrimination, including homosexual couple — Decision set aside.

This was an application to set aside the decision of a Human Rights Tribunal that the term “family status”, a prohibited

Procureur général du Canada (requérant)

c.

Brian Mossop (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. MOSSOP (C.A.)

b Cour d’appel, juges Heald, Marceau et Stone, J.C.A.—Toronto, 9 et 10 mai; Ottawa, 29 juin 1990.

Droits de la personne — Le Tribunal des droits de la personne s’est trompé en concluant que l’expression «situation de famille» (l’un des motifs de distinction illicite figurant dans la Loi canadienne sur les droits de la personne) comprenait un couple homosexuel — Le terme «famille» n’est pas si nébuleux qu’il faille le soumettre à une interprétation — Il n’était pas du ressort du Tribunal de rejeter la signification généralement reconnue du terme «famille» — Le mot «famille» n’a pas un caractère vague, sous réserve seulement d’une notion nébuleuse de caractère raisonnable — Il est associé à la notion de «status» dans la version anglaise — Un couple homosexuel ne constitue pas une «famille» reconnue par la loi — Le Tribunal n’a pas bien compris la question fondamentale — L’orientation sexuelle est le véritable fondement de la discrimination mentionnée — Elle ne fait pas partie des motifs de distinction illicite figurant dans la Loi canadienne sur les droits de la personne.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Même si l’orientation sexuelle était une forme de discrimination prohibée par l’art. 15, la Charte ne pourrait pas être utilisée comme une sorte de mécanisme d’amendement ipso facto exigeant l’incorporation des principes qui la sous-tendent dans les lois sur les droits de la personne — La Charte et les lois sur les droits de la personne sont de nature différente — Les lois sur les droits de la personne ne contiennent pas de mécanisme de pondération identique à celui qui est prévu à l’art. premier de la Charte.

Interprétation des lois — L’art. 3(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne interdit la discrimination fondée sur la «situation de famille» — Celle-ci comprend-elle un couple homosexuel? — L’approche «guidée par la raison d’être de la loi» ou de «l’arbre vivant» qui est utilisée pour l’interprétation des dispositions de la Constitution ne peut s’appliquer aux lois sur les droits de la personne — La «situation de famille» n’était pas censée comprendre l’orientation sexuelle.

Fonction publique — Relations du travail — Convention collective — Une demande de congé de deuil pour assister aux funérailles du père du partenaire homosexuel a été refusée — La convention collective donnait une définition de «famille immédiate» — L’employé a porté plainte à la CCDP contre son employeur et son syndicat — Le Tribunal des droits de la personne a conclu que la «situation de famille», l’un des motifs de distinction illicite, comprenait un couple homosexuel — Décision annulée.

Il s’agissait d’une demande visant l’annulation de la décision par laquelle un tribunal des droits de la personne a statué que

ground of discrimination under subsection 3(1) of the *Canadian Human Rights Act*, included the situation of two persons living in a homosexual relationship.

The respondent's application for bereavement leave, pursuant to a collective agreement, to attend the funeral of his partner's father was refused. He was offered one day of paid special leave, which he declined on the ground that he did not want leave given at the discretion of the employer which heterosexual employees would be granted as a matter of right. He complained to the Canadian Human Rights Commission against the employer and the union. It was argued that a homosexual couple constituted a "family" and that the collective agreement was discriminatory in its failure to accord it the same treatment as that accorded to other families. According to one expert witness the complainant was involved in a "familial relationship". In the Tribunal's view, the fundamental question was whether family status included a homosexual relationship. The Tribunal held that the employer and the union had infringed paragraph 10(b) of the Act by entering into an agreement that deprived the respondent of an employment opportunity on the prohibited ground of discrimination of "family status".

Held, the application should be granted.

Per Marceau J.A.: The Tribunal erred (1) in interpreting "family status" as including a homosexual relationship and (2) in defining the fundamental question as whether "family status" in subsection 3(1) included a homosexual relationship.

The purposive approach to the interpretation of the Charter should not be adopted to the construction of human rights legislation. The Charter requires interpretation in a special way because the difficulties of amending the Constitution could cause it to fall behind changing societal values. The adoption of a "living-tree" approach towards discerning new grounds of discrimination is outside the Court's jurisdiction and would usurp the function of Parliament. Secondly, the meaning of "family" in the Act is not so unclear as to require interpretation. Finally, the Tribunal had no authority to reject the generally understood meaning of the word "family" and adopt in its stead, through an *ad hoc* approach, a meaning ill-adapted to the context in which the word appeared and not in conformity with what was intended. "Family" is not a fluid term subject only to a nebulous notion of reasonability. It must also be remembered that "family" is coupled with "status", a legal concept referring to the position of a person with respect to his rights and limitations as a result of membership in a legally recognized group. Even if a homosexual couple were recognized sociologically as a sort of family, it is not a family recognized by law as giving its members special rights and obligations.

The real ground of discrimination was sexual orientation, which is not a prohibited ground under the *Canadian Human*

l'expression «situation de famille», l'un des motifs de distinction illicite prévus au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, comprenait la situation de deux personnes qui entretiennent une relation homosexuelle.

a La demande présentée par l'intimé en vue d'obtenir un congé de deuil, prévu dans une convention collective, afin d'assister aux funérailles du père de son partenaire a été refusée. On lui a offert un congé payé spécial d'une journée, qu'il a refusé pour le motif qu'il ne voulait pas d'un congé accordé à la discrétion de son employeur alors que ce congé était accordé comme un droit à ses collègues hétérosexuels. Il a porté plainte à la Commission canadienne des droits de la personne contre son employeur et son syndicat. Il a été allégué qu'un couple homosexuel constituait une «famille» et que la convention collective était discriminatoire parce qu'elle ne lui accordait pas le même traitement qu'à d'autres familles. D'après un témoin expert, le plaignant entretenait une «relation familiale». Selon le Tribunal, la question fondamentale était de savoir si la situation de famille comprenait une relation homosexuelle. Le Tribunal a statué que l'employeur et le syndicat avaient enfreint l'alinéa 10b) de la Loi en concluant une entente susceptible d'annihiler les chances d'emploi de l'intimé et que le motif de distinction illicite mentionné était la «situation de famille».

Arrêt: la demande devrait être accueillie.

Le juge Marceau, J.C.A.: Le Tribunal s'est trompé (1) en concluant que l'expression «situation de famille» comprenait une relation homosexuelle et (2) en disant que la question fondamentale était de savoir si l'expression «situation de famille» utilisée au paragraphe 3(1) comprenait une relation homosexuelle.

L'approche guidée par la raison d'être de la loi adoptée pour l'interprétation de la Charte ne devrait pas s'appliquer à l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne. La Charte doit être interprétée d'une façon spéciale parce qu'en raison des difficultés associées à la modification de la Constitution, les dispositions de celle-ci pourraient ne pas évoluer au même rythme que les valeurs de la société. L'application de l'interprétation de «l'arbre vivant» pour discerner de nouveaux motifs de distinction illicite déborde le cadre des pouvoirs de la Cour et usurperait la fonction du Parlement. Ensuite, le sens du mot «famille» utilisé dans la Loi n'est pas si nébuleux qu'il faille le soumettre à une interprétation. Enfin, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'écarter la signification généralement donnée au mot «famille» et d'y substituer, au moyen d'une approche volontairement ponctuelle, une signification qui ne convient pas au contexte dans lequel ce mot est employé et qui ne correspond pas à l'intention qu'avait le législateur. Le terme «famille» n'a pas un caractère vague, sous réserve seulement d'une notion nébuleuse de caractère raisonnable. Il faut également se rappeler que le terme «famille» est associé au mot «status» dans la version anglaise, qui est une notion juridique qui désigne la position spécifique d'une personne par rapport aux droits dont elle jouit et aux restrictions dont elle est l'objet du fait de son appartenance à un groupe juridiquement reconnu. Même si un couple homosexuel pouvait constituer sociologiquement parlant une sorte de famille, ce n'est pas une famille qui, juridiquement parlant, confère à ses membres des obligations et des droits spéciaux.

Le véritable motif de distinction illicite était l'orientation sexuelle, qui ne figure pas parmi les motifs de distinction illicite

Rights Act. Even if it were a ground protected from discrimination under Charter, section 15, the Charter could not be used as a kind of *ipso facto* legislative amending machine requiring its doctrine to be incorporated into human rights legislation by stretching the meaning of terms beyond their boundaries. Human rights legislation is aimed at the population at large, whereas the Charter is designed to restructure the global juristic background against which all private ordering takes place. A complainant alleging that an agency of government has entered into an agreement infringing his Charter rights must do so outside the statutory framework of the *Canadian Human Rights Act* unless that Act prohibits the alleged infringement. Also, the Charter contains a general balancing mechanism in the form of section 1, which is not present in human rights codes. Human rights legislation may contain specific exceptions as a result of consideration by the legislatures and political compromise. If tribunals read into those statutes unforeseen meanings on the basis of Charter cases finding "analogous grounds", the section 1 limitation clause would not apply.

Per Stone J.A. (Heald J.A. concurring): In adding "family status" to subsection 3(1) as a prohibited ground of discrimination, Parliament did not intend to include discrimination based on sexual orientation. It was not within the authority of the Court to further amend the statute.

Although human rights legislation should be interpreted in a manner consistent with the Charter, the Charter should not operate so as to mandate the courts to ascribe to a statutory term a meaning it was not intended to possess. If a statutory term appears to conflict with the Charter, its constitutional validity must be put in issue for the Charter to play a role in resolving the dispute.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 3(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2), 7(b) (as am. *idem*, s. 3), 9(1)(c)(ii) (as am. *idem*, s. 4), 10(b) (as am. *idem*, s. 5).

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(g).

énumérés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Même si c'était une forme de discrimination prohibée par l'article 15, la Charte ne pourrait pas être utilisée comme une sorte de mécanisme d'amendement *ipso facto* exigeant l'incorporation des principes qui la sous-tendent dans les lois sur les droits de la personne en étirant le sens des mots au-delà de leur limites. Les lois relatives aux droits de la personne visent la population en général, alors que la Charte prétend restructurer le cadre juridique global dans lequel s'inscrivent les rapports privés. Celui qui prétend qu'un mandataire du gouvernement a conclu une entente qui viole les droits qui lui sont garantis par la Charte doit le faire en dehors du cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à moins que la Loi n'interdise spécifiquement la violation en question. De plus, la Charte prévoit à son article premier un mécanisme général de pondération qui n'existe pas dans les codes des droits de la personne. Des exceptions particulières peuvent figurer dans la législation sur les droits de la personne parce qu'elles ont été prises en considération par les législatures et sont le fruit d'un compromis politique. Si les tribunaux voyaient dans ces lois des significations qui n'avaient pas été envisagées pour le motif qu'on a conclu dans des décisions portant sur la Charte que ces significations constituaient des «motifs analogues», la clause limitative fondée sur l'article premier ne s'appliquerait pas.

Le juge Stone, J.C.A. (avec l'appui du juge Heald, J.C.A.): En ajoutant la «situation de famille» au paragraphe 3(1) comme motif de distinction illicite, le Parlement n'avait pas l'intention d'y inclure la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il n'était pas du ressort de la Cour de modifier la loi pour aller plus loin.

Bien que les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées d'une manière qui soit conforme aux dispositions de la Charte, la Charte ne devrait pas obliger les tribunaux à attribuer à une expression employée dans une loi une signification qu'on n'avait pas l'intention de lui attribuer. Si cette expression semble incompatible avec les dispositions de la Charte, c'est alors la constitutionnalité de cette expression qui doit être contestée si l'on veut que la Charte puisse jouer un rôle dans le règlement du litige.

g LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, chap. 53, art. 9g.

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 3(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 2), 7b) (mod., *idem*, art. 3), 9(1)(c)(ii) (mod., *idem*, art. 4), 10b) (mod., *idem*, art. 5).

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1.
Sask. Reg. 216/79, s. 1(a).

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1.
Sask. Reg. 216/79, art. 1(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

DISTINGUISHED:

Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al., [1975] 1 S.C.R. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269; (1984), 9 D.L.R. (4th) 10; 84 C.L.L.C. 14,037; 53 N.R. 203.

CONSIDERED:

Schaap v. Canadian Armed Forces, [1989] 3 F.C. 172; (1988), 56 D.L.R. (4th) 105; 95 N.R. 132 (C.A.); *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321; (1989), 29 F.T.R. 74 (T.D.); *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

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; 86 C.L.L.C. 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 C.L.L.C. 17,003; 63 N.R. 185; *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 C.L.L.C. 17,022; 76 N.R. 161; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 C.L.L.C. 17,024; 74 N.R. 303; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; [1987] 1 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.L.T. 184; 87 C.L.L.C. 14,002; 25 C.R.R. 321; [1987] D.L.Q. 69; *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513; 26 D.L.R. (4th) 728; 14 O.A.C. 194 (C.A.); *Babineau et al. v. Babineau et al.* (1981), 32 O.R. (2d) 545; 122 D.L.R. (3d) 508 (H.C.); affd (1982), 37 O.R. (2d) 527; 133 D.L.R. (3d) 767 (C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres, [1975] 1 R.C.S. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269; (1984), 9 D.L.R. (4th) 10; 84 C.L.L.C. 14,037; 53 N.R. 203.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Schaap c. Forces armées canadiennes, [1989] 3 C.F. 172; (1988), 56 D.L.R. (4th) 105; 95 N.R. 132 (C.A.); *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321; (1989), 29 F.T.R. 74 (1^{re} inst.); *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (C.S.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

DÉCISIONS CITÉES:

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 C.L.L.C. 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 C.L.L.C. 17,003; 63 N.R. 185; *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 C.L.L.C. 17,022; 76 N.R. 161; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 C.L.L.C. 17,024; 74 N.R. 303; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; [1987] 1 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.L.T. 184; 87 C.L.L.C. 14,002; 25 C.R.R. 321; [1987] D.L.Q. 69; *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513; 26 D.L.R. (4th) 728; 14 O.A.C. 194 (C.A.); *Babineau et al. v. Babineau et al.* (1981), 32 O.R. (2d) 545; 122 D.L.R. (3d) 508 (H.C.); conf. par (1982), 37 O.R. (2d) 527; 133 D.L.R. (3d) 767 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue no. 114 (December 20, 1982).

Canada. House of Commons. *Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights: Equality for All*, Ottawa, Queen's Printer, 1985.

COUNSEL:

Barbara A. McIsaac for applicant.
René Duval for the Canadian Human Rights Commission.

V. Jennifer MacKinnon and *A. B. McAllister* for intervenors Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Canadian Rights and Liberties Federation, The National Association of Women and the Law, The Canadian Disability Rights Council and The National Action Committee on the Status of Women.

W. Ian Binnie and *Jenny P. Stephenson* for intervenors Focus on the Family, The Salvation Army, Real Women, The Evangelical Fellowship of Canada and The Pentecostal Assemblies of Canada.

APPEARANCE:

Brian Mossop on his own behalf.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Canadian Human Rights Commission, Legal Services for Canadian Human Rights Commission.

Burke-Robertson, Ottawa, for intervenors Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Canadian Rights and Liberties Federation, The National Association of Women and the Law, The Canadian Disability Rights Council and The National Action Committee on the Status of Women.

McCarthy Tétrault, Toronto, for intervenors Focus on the Family, The Salvation Army, Real Women, The Evangelical Fellowship of Canada and The Pentecostal Assemblies of Canada.

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 114 (20 décembre 1982).

Canada. Chambre des communes. *Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité: Égalité pour tous*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985.

AVOCATS:

Barbara A. McIsaac pour le requérant.
René Duval pour la Commission canadienne des droits de la personne.

V. Jennifer MacKinnon et *A. B. McAllister* pour les intervenants Equality for Gays and Lesbians Everywhere, la Fédération canadienne des droits et libertés, l'Association nationale de la femme et le droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité national d'action sur le statut de la femme.

W. Ian Binnie et *Jenny P. Stephenson* pour les intervenants Focus on the Family, l'Armée du Salut, Real Women, The Evangelical Fellowship of Canada et The Pentecostal Assemblies of Canada.

A COMPARU:

Brian Mossop pour son propre compte.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

Les Services juridiques de la Commission canadienne des droits de la personne pour la Commission canadienne des droits de la personne.

Burke-Robertson, Ottawa, pour les intervenants Equality for Gays and Lesbians Everywhere, la Fédération canadienne des droits et libertés, l'Association nationale de la femme et le droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité national d'action sur le statut de la femme.

McCarthy Tétrault, Toronto, pour les intervenants Focus on the Family, l'Armée du Salut, Real Women, The Evangelical Fellowship of Canada et The Pentecostal Assemblies of Canada.

RESPONDENT ON HIS OWN BEHALF:

Brian Mossop, Toronto.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: One of the grounds of discrimination prohibited by the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 as amended, now R.S.C., 1985, c. H-6, ("the Act"), is "family status". Does this term include the situation of two persons living in a homosexual relationship? A human rights tribunal has rendered a decision based on the view that it does and the Attorney General of Canada, in this application brought under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], asks the Court to review and set aside that decision.

As it was to be expected, the case has captured the interest of many groups and associations which have sought leave to intervene or at least address the Court. Representations have been heard, in support of the Attorney General's position, from: the Salvation Army, Focus on the Family Association Canada, Real Women, the Pentecostal Assemblies of Canada and the Evangelical Fellowship of Canada; and in support of the Tribunal's decision, from: the Canadian Rights and Liberties Federation, Equality for Gays and Lesbians Everywhere, the National Association of Women and the Law, the Canadian Disability Rights Council and the National Action Committee on the Status of Women.

Let us review first the factual context in which the issue arises and must be considered.

In June 1985, Brian Mossop, the respondent, was employed in Toronto as a translator for the Department of the Secretary of State. He had been living with Ken Popert since 1976. The two men shared a house which they owned together and financed from a joint bank account. They shared domestic tasks, and arranged to take their holidays at the same time in order to travel together. Their homosexual relationship was some-

L'INTIMÉ POUR SON PROPRE COMPTE:

Brian Mossop, Toronto.

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: L'un des motifs de distinction illicite prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, et ses modifications, maintenant L.R.C. (1985), chap. H-6 («la Loi») est la «situation de famille». Cette expression comprend-elle la situation de deux personnes qui entretiennent une relation homosexuelle? Le Tribunal des droits de la personne a rendu une décision dans laquelle il a répondu par l'affirmative à cette question, et le procureur général du Canada a soumis à la Cour une demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] dans laquelle il demande la révision et l'annulation de cette décision.

Comme il fallait s'y attendre, cette affaire a suscité l'intérêt de nombreux groupes et associations, qui ont demandé la permission d'intervenir ou, du moins, d'être entendus par la Cour. Des observations appuyant la position du procureur général ont été faites par: l'Armée du Salut, Focus on the Family Association Canada, Real Women, les Pentecostal Assemblies of Canada et l'Évangélique Fellowship of Canada. Des observations appuyant la décision du Tribunal ont été faites par: la Fédération canadienne des droits et libertés, Equality for Gays and Lesbians Everywhere, l'Association nationale de la femme et le droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité national d'action sur le statut de la femme.

Commençons par passer en revue les faits qui ont donné lieu au litige et en fonction desquels l'affaire doit être analysée.

En juin 1985, M. Brian Mossop (l'intimé) travaillait à Toronto comme traducteur pour le Secrétariat d'État. Il vivait avec M. Ken Popert depuis 1976. Les deux hommes partageaient une maison qu'ils avaient achetée ensemble et qui était financée au moyen d'un compte de banque conjoint. Ils se partageaient les tâches domestiques et s'arrangeaient pour prendre leurs vacances en même temps afin de pouvoir voyager ensemble. Leur

thing of a matter of public record, in so far as they represented themselves as lovers to their friends and families and they were both active in the gay rights movement. On June 3, 1985, Mossop did not go to work in order to accompany Mr. Popert to the funeral of Popert's father.

At the time, the respondent's terms of employment were governed by a collective agreement between the Treasury Board and the Canadian Union of Professional and Technical Employees ("CUPTE"). Article 19.02 of this agreement contained a provision relating to bereavement leave calling for up to four days leave upon the death of a member of an employee's "immediate family", which term was defined as:

... father, mother, brother, sister, spouse (including common-law spouse resident with the employee), child (including child of common-law spouse), or ward of the employee, father-in-law, mother-in-law, and in addition a relative who permanently resides in the employee's household or with whom the employee permanently resides.

In the definition section of the agreement, at article 2.01(s), it had already been provided that:

... a "common-law spouse" relationship is said to exist when, for a continuous period of at least one year, an employee has lived with a person of the opposite sex, publicly represented that person to be his/her spouse, and lives and intends to continue to live with that person as if that person were his/her spouse.

The day after the funeral, Mossop applied in writing for bereavement leave pursuant to article 19.02 of the collective agreement. The application was turned down, and Mossop declined to accept the day of special leave he was offered in its stead. His reason was that he did not want a day of leave given at the discretion of his employer, which fellow heterosexual employees would be accorded as a matter of right under the collective agreement. When his grievance, filed with the approval of and pursued by his union, was rejected on the basis that the denial of his application was in accordance with the collective agreement, Mossop went to the Canadian Human Rights Commission and laid complaints against both his employer, the Department of the Secretary of State (to which was later added the Treasury Board), and his union CUPTE. The complaints invoked paragraph 7(b) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 3],

relation homosexuelle était en quelque sorte de notoriété publique puisqu'ils se présentaient comme des amants à leurs amis et à leurs familles, et qu'ils militaient tous deux activement dans le mouvement en faveur des droits des homosexuels. Le 3 juin 1985, M. Mossop s'est absenté du travail pour accompagner M. Popert aux obsèques de son père.

À ce moment, les conditions d'emploi de l'intimé étaient régies par une convention collective entre le Conseil du Trésor et le Syndicat canadien des employés professionnels et techniques («SCEPT»). L'article 19.02 de cette convention contenait une disposition relative au congé de deuil donnant droit à un congé d'une durée maximum de quatre jours lors du décès d'un membre de la «proche famille» de l'employé. L'expression «proche famille» était ainsi définie:

... le père, la mère, le frère, la sœur, le conjoint (y compris le conjoint de droit commun demeurant avec l'employé), l'enfant propre de l'employé (y compris l'enfant du conjoint de droit commun) ou l'enfant en tutelle de l'employé, le beau-père, la belle-mère et tout parent demeurant en permanence au foyer de l'employé ou avec qui l'employé demeure en permanence.

Dans les définitions contenues dans la convention, il était déjà prévu à l'article 2.01s) que:

... on dit qu'il existe des liens de «conjoint de droit commun» lorsque, pendant une période continue d'au moins une année, un employé a cohabité avec une personne du sexe opposé, l'a présentée publiquement comme son conjoint, et vit et a l'intention de continuer à vivre avec cette personne comme si elle était son conjoint.

Le lendemain des obsèques, M. Mossop a présenté une demande écrite en vue d'obtenir le congé de deuil prévu à l'article 19.02 de la convention collective. Sa demande a été rejetée, et M. Mossop a décliné l'offre de congé spécial d'une journée qu'on lui a faite à la place. Il a motivé son refus en disant qu'il ne voulait pas d'une journée de congé accordée à la discrétion de l'employeur, alors que la convention collective accordait automatiquement cette journée à ses collègues hétérosexuels. Il a présenté un grief avec l'approbation de son syndicat, qui l'a également représenté, mais le grief a été rejeté au motif que le refus d'accorder le congé demandé était conforme à la convention collective. M. Mossop s'est alors adressé à la Commission canadienne des droits de la personne et a déposé des plaintes contre son employeur, le Secrétariat d'État (auquel s'est ensuite ajouté le Conseil du Trésor) et son syndicat, le SCEPT. Les plaintes

subparagraph 9(1)(c)(ii) [as am. *idem*, s. 4] and paragraph 10(b) [as am. *idem*, s. 5] of the Act, which then read thus:

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

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

on a prohibited ground of discrimination.

9.(1) It is a discriminatory practice for an employee organization on a prohibited ground of discrimination

(c) to limit, segregate, classify or otherwise act in relation to an individual in a way that would

(i) deprive the individual of employment opportunities, or,

(ii) limit employment opportunities or otherwise adversely affect the status of the individual,

where the individual is a member of the organization or where any of the obligations of the organization pursuant to a collective agreement relate to the individual.

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

First, the employer was accused of having “differentiated adversely in relation to an employee in the course of employment” contrary to paragraph 7(b), and the union of having acted in a way that would “limit employment opportunities or otherwise adversely affect the status of (an) individual” contrary to subparagraph 9(1)(c)(ii). And then, both the employer and the union were said to have together contravened paragraph 10(b) by entering into an agreement affecting a “matter relating to employment . . . that deprives or tends to deprive an individual . . . of any employment opportunities”. In each case, family status was mentioned as the prohibited ground of discrimination.

étaient fondées sur l’alinéa 7b) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 3], le sous-alinéa 9(1)c)(ii) [mod., *idem*, art. 4] et l’alinéa 10b) [mod., *idem*, art. 5] de la Loi, qui sont ainsi

a libellés:

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

b) de défavoriser un employé dans le cadre de son emploi,

b

directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

c

9.(1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l’association d’employés

c

c) d’établir, à l’endroit d’un adhérent ou d’un individu à l’égard de qui elle a des obligations aux termes d’une convention collective, que celui-ci fasse ou non partie de l’association, des restrictions, des différences ou des catégories ou de prendre toutes autres mesures susceptibles

d

(i) de le priver de ses chances d’emploi ou d’avancement, ou
(ii) de limiter ses chances d’emploi ou d’avancement, ou, d’une façon générale, de nuire à sa situation

e

pour un motif de distinction illicite.

e

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l’employeur, l’association d’employeurs ou l’association d’employés

f

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l’engagement, les promotions, la formation, l’apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d’un emploi présent ou éventuel

g

pour un motif de distinction illicite, d’une manière susceptible d’annihiler les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu ou d’une catégorie d’individus.

h

D’abord, l’intimé a reproché à l’employeur d’avoir «défavorisé un employé dans le cadre de son emploi» en contravention de l’alinéa 7b) de la Loi, puis il a reproché au syndicat d’avoir agi d’une manière susceptible «de limiter ses chances d’emploi ou d’avancement, ou, d’une façon générale, de nuire à sa situation» en contravention du sous-alinéa 9(1)c)(ii) de la Loi. Enfin, il a prétendu que l’employeur et le syndicat avaient tous deux contrevenu à l’alinéa 10b) de la Loi en concluant une entente touchant un «aspect d’un emploi . . . d’une manière susceptible d’annihiler les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu». Dans chaque cas, le motif de distinction illicite mentionné était la situation de famille.

h

i

j

Before the single member Tribunal established pursuant to the Act to deal with the complaints, the fundamental question was seen to be whether the meaning of "family status" included the relationship between the complainant and Popert. The complainant's position supported by the Commission was that a homosexual couple such as the one formed by him and Popert constitutes a family, and that the collective agreement was discriminatory in its failure to accord it the same treatment as that accorded to other families. The Commission called as an expert witness a specialist in sociology and family policy, Dr. Margrit Eichler, who had worked as a consultant to many agencies involved with public policy affecting families and was the author of a textbook on the Canadian family. Her testimony was to the effect that there was no current general consensus on how to usefully define family composition for all purposes. In her opinion, the complainant and Popert were involved in a "familial relationship" in so far as it was a relationship which had lasted for a long time and contained the expectation of at least indefinite duration, and which involved joint residence, aspects of economic union, sexual relations, emotional support, and the sharing of domestic tasks. In answer to a question from the Tribunal, she expressed the view that there was not really any single factor which can be singled out as a *sine qua non* in the definition of a family—e.g. a married couple might maintain separate residences; children of a marriage ended in divorce might maintain family ties with both parents, although the former spouses would no longer think of each other as family members; neither active sexual relations nor exclusivity of sexual contacts can be seen as defining parameters.

The Tribunal concluded that the Treasury Board and CUPTE had infringed paragraph 10(b) in entering into the collective agreement. In so far as it had done no more than administer the terms of the agreement from which its decision had flowed directly, the Department was not found to have committed a separate discriminatory practice against paragraph 7(b) in denying the bereave-

Devant le tribunal composé d'un seul membre qui a été constitué sous le régime de la Loi pour examiner les plaintes, on a considéré que la question fondamentale était de savoir si l'expression «situation de famille» comprenait la relation qu'entretenaient l'intimé et M. Popert. Soutenu par la Commission, le plaignant a prétendu qu'un couple homosexuel comme celui qu'il formait avec M. Popert constituait une famille, et que la convention collective était discriminatoire parce qu'elle ne lui accordait pas un traitement identique à celui dont bénéficiaient d'autres familles. La Commission a fait comparaître à titre de témoin expert une spécialiste de la sociologie et des politiques familiales, le docteur Margrit Eichler, qui a travaillé comme consultante auprès de nombreux organismes s'occupant de questions d'intérêt public qui se rapportent aux familles, et qui a écrit un manuel traitant de la famille canadienne. Durant son témoignage, elle a dit qu'il n'y avait pas de consensus général, à l'heure actuelle, sur ce qu'on pourrait utilement considérer comme une définition polyvalente de la famille. À son avis, le plaignant et M. Popert entretenaient une «relation familiale» dans la mesure où il s'agissait d'une relation qui durait depuis un certain temps, qui devait en principe se poursuivre, et qui comportait une cohabitation, une union économique à plusieurs égards, des relations sexuelles, un soutien d'ordre émotif et le partage des tâches domestiques. En réponse à une question du Tribunal, le Dr. Eichler a précisé qu'aucun facteur particulier ne pouvait véritablement être considéré comme un élément essentiel de la définition de la famille (p. ex. un couple marié peut avoir des résidences distinctes, ou bien des enfants dont les parents sont divorcés peuvent entretenir des liens familiaux avec les deux parents, même si les ex-conjoints ne considèrent plus faire partie de la même famille). De plus, ni le fait d'avoir des relations sexuelles actives, ni l'exclusivité des contacts sexuels ne peuvent être considérés comme des paramètres.

Le Tribunal a conclu que le Conseil du Trésor et le SCEPT avaient enfreint l'alinéa 10b) de la Loi en paraphant la convention collective. Quant au Secrétariat d'État, le Tribunal a conclu qu'il n'avait commis aucun acte discriminatoire prohibé par l'alinéa 7b) en refusant d'accorder le congé de deuil, dans la mesure où il s'était limité à appliquer les dispositions de la convention dont a

ment leave. As an aside, it was found “irrelevant” that the Department had offered the complainant a day of special leave under a different provision of the agreement. Likewise, no separate finding of liability against CUPTE was made under subparagraph 9(1)(c)(ii). It was ordered that June 3, 1985 be designated as a day of bereavement leave, that the holiday leave credit which had been used to account for the absence be restored, that Treasury Board and CUPTE each pay the complainant \$250 in respect of feelings and self-respect, and that the collective agreement be applied, and amended, so that the definition of common-law spouse (and thus of immediate family) include persons of the same sex who would meet the definition in its other respects.

As noted, the Tribunal saw the fundamental question that was put to it as being whether the term “family status”, as it appears in subsection 3(1) of the Act [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2], includes a homosexual relationship between two individuals. In view of this approach and the conclusion reached, the parties were led to define the main issue on this application as being whether the Tribunal had erred in coming to an affirmative answer to the question. I will follow suit and examine, in a first part, this issue. It so happens, however, that I do not agree with the view of the Tribunal that the question defined by it as fundamental would solve the real issue that had to be addressed; and I will endeavor to show why in a second part. But before I come to these two main parts of my analysis, I would like to deal quickly with some adjacent issues which, although secondary, are too serious to be ignored.

Some Secondary Issues

1. The applicant has argued before the Tribunal and again before us that the respondent could not speak of discrimination because he had in fact been offered a day of paid leave which he had chosen to decline. As explained above, the offer was made under a provision of the collective agreement which gave the employer the discretionary

découlé directement sa décision. Soit dit en passant, le Tribunal n’a pas jugé «pertinent» que le Secrétariat d’État ait offert au plaignant de prendre une journée de congé spécial prévue par une autre disposition de la convention. De même, les agissements du SCEPT n’ont pas constitué un acte discriminatoire prohibé par le sous-alinéa 9(1)(c)(ii). Il a été ordonné que le 3 juin 1985 soit désigné comme une journée de congé de deuil, que la journée de congé annuel utilisée pour justifier l’absence soit créditée au plaignant, que le Conseil du Trésor et le SCEPT versent tous deux au plaignant la somme de 250 \$ pour atteinte à ses sentiments et à son amour-propre, et que la convention collective soit appliquée, et modifiée, de façon que la définition de «conjoint de droit commun» (et, partant, de «proche famille») s’applique aux personnes du même sexe respectant les autres critères de la définition.

Comme je l’ai dit, le Tribunal a estimé que la question fondamentale à trancher était de savoir si l’expression «situation de famille» qui figure au paragraphe 3(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 2] de la Loi incluait la relation homosexuelle qu’entretiennent deux personnes. Étant donné cette approche et la conclusion du Tribunal, les parties ont été portées à définir la question principale soulevée dans le présent litige comme étant celle de savoir si le Tribunal avait commis une erreur en répondant par l’affirmative à cette question. J’en ferai autant et j’analyserai dans un premier temps cette question. Toutefois, il se trouve que je ne souscris pas à l’opinion du Tribunal voulant que la question qu’il a jugée fondamentale permette de solutionner la véritable question en litige; je tenterai de démontrer pourquoi dans un deuxième temps. Mais avant d’entamer ces deux volets de mon analyse, j’aimerais traiter brièvement quelques questions connexes qui, bien que secondaires, sont trop importantes pour qu’on en fasse abstraction.

Quelques questions secondaires

1. Le requérant a soutenu devant le Tribunal, puis devant nous, que l’intimé ne pouvait pas parler de discrimination parce qu’on lui avait offert une journée de congé payé, offre qu’il a choisi de rejeter. Comme je l’ai déjà expliqué, cette offre était fondée sur une disposition de la convention collective qui donnait à l’employeur le pouvoir

power to grant an employee leave with pay for purposes other than those specified, and the respondent felt that having to depend on the discretion of an employer for a benefit is not the same as being entitled to it as of right.

It is true that, had the offer been accepted, there would have been, as a matter of fact, no adverse treatment, no special burden, obligation or disadvantage imposed, which is of the essence of discrimination. The end result would have been rendered possible by resorting to a special provision of the collective agreement, but it would not have been different. The adverse result suffered by the respondent was of his own making, so to speak. I am therefore prepared to say that, for that reason alone, the complaint against the employer based on paragraph 7(b) of the Act could not be substantiated. Actual discrimination appears to be required by its wording, which I repeat for convenience:

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

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,
on a prohibited ground of discrimination.

We know, however, that the employer was not found liable under paragraph 7(b). The reason given, namely that the employer had simply applied the provisions of the collective agreement, is not quite convincing, since an act remains discriminatory and, as such, prohibited regardless of whether it is covered by a collective agreement. But the fact remains that paragraph 7(b) is now out of the question. The impugned decision is one that has substantiated a complaint against Treasury Board and CUPTE made under paragraph 10(b) of the Act which is obviously not limited to the occurrence of actual discrimination, reading again as follows:

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

discrétionnaire d'accorder à un employé un congé payé à des fins autres que celles indiquées dans la convention; l'intimé a pour sa part estimé qu'un avantage accordé selon le bon vouloir de l'employeur n'équivalait pas à un droit.

Il est vrai que si l'intimé avait accepté l'offre de son employeur, il n'aurait pas été défavorisé et on ne lui aurait imposé aucun fardeau, devoir ou désavantage particulier, facteurs qui sont l'essence même de la discrimination. Le problème aurait été résolu en appliquant une autre disposition de la convention collective, mais le résultat n'aurait pas été différent. Le préjudice qu'a subi l'intimé a résulté de sa propre faute, pour ainsi dire. Je suis donc disposé à affirmer que, pour cette seule raison, la plainte formée contre l'employeur aux termes de l'alinéa 7b) de la Loi n'est pas fondée. D'après le libellé de cet alinéa, que je cite à nouveau par souci de commodité, il semble qu'un véritable acte discriminatoire doive avoir été commis:

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

b) de défavoriser un employé dans le cadre de son emploi,
directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

Nous savons toutefois que la responsabilité de l'employeur aux termes de l'alinéa 7b) n'a pas été retenue parce qu'il s'est contenté d'appliquer les dispositions de la convention collective. Cette explication n'est pas très convaincante, car un acte demeure discriminatoire et, comme tel, illicite, qu'il soit ou non prévu par une convention collective. Quoi qu'il en soit, l'application de l'alinéa 7b) de la Loi est maintenant écartée. La décision contestée a motivé la plainte formée contre le Conseil du Trésor et le SCEPT aux termes de l'alinéa 10b) de la Loi; de toute évidence, la portée de cet alinéa ne se limite pas aux cas de discrimination véritable. Je le cite à nouveau:

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur, l'association d'employeurs ou l'association d'employés

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel
pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

Treasury Board's liability resulted from the co-enactment of the agreement itself, and the award in respect of hurt feelings stemmed from the structure of the agreement rather than from its application.

The argument therefore has no bearing before us.

2. Some intervenors have raised a special issue drawn from the fact that the funeral attended by the respondent was that of Popert's father, not of Popert himself. There is no definition, they say, of "father-in-law" in the agreement, a term used to describe one of the relationships to be included within the scope of "immediate family". The ordinary meaning of "father-in-law" (and they stress the phrase "in-law") covers only the father of a legal spouse. They support the argument by pointing to the fact that the provision explicitly enlarges the definition of "child" to include the child of a common-law spouse, which enlargement does not occur in the case of "father-in-law", "immediate family" being defined, as it will be recalled, as:

... father, mother, brother, sister, spouse (including common-law spouse resident with the employee), child (including child of common-law spouse), or ward of the employee, father-in-law, mother-in-law, and in addition a relative who permanently resides in the employee's household or with whom the employee permanently resides.

I will have occasion later to express reservation with the readiness with which the Tribunal passed from the finding that Mossop and Popert constituted a family to a finding that they were to be treated as common-law spouses. And I agree that it was somewhat precipitous on the part of the Tribunal to take for granted, without some analysis, that the term father-in-law was to apply to the father of a common-law spouse. I do not believe however that, in that respect, it was wrong.

As we have seen, the agreement includes "common-law spouse" within the meaning to be given to the term spouse ("spouse (including common-law spouse)"). If the normal meaning of father-in-law is founded on the parental relationship to a spouse, it should, in the context of the provision, also include parental relationship to a common-law spouse. There is no reason for treating the relationship between spouses identically with that of com-

Le Conseil du Trésor a été tenu responsable parce qu'il a paraphé la convention collective avec le SCEPT, et l'indemnité versée à l'intimé pour atteinte à son amour-propre a résulté de la structure de la convention plutôt que de son application.

Cet argument n'a donc aucun rapport avec la question dont nous sommes saisis.

2. Certains intervenants ont soulevé une question particulière découlant du fait que les obsèques auxquelles l'intimé a assisté n'étaient pas celles de M. Popert, mais celles du père de ce dernier. La convention ne définit pas, ont-ils dit, le terme «*father-in-law*» (beau-père) qui est employé pour décrire l'une des personnes auxquelles s'applique la notion de «proche famille». Selon eux, le sens ordinaire de ce terme (et ils ont insisté sur les mots anglais «*in-law*») ne désigne que le père d'un époux. Pour étayer cet argument, ils ont fait valoir que la disposition incluait expressément l'enfant du conjoint de droit commun dans la définition du terme «enfant», et qu'il n'en allait pas de même pour le terme «beau-père». On se souviendra que l'expression «proche famille» est ainsi définie:

... le père, la mère, le frère, la sœur, le conjoint (y compris le conjoint de droit commun demeurant avec l'employé), l'enfant propre de l'employé (y compris l'enfant du conjoint de droit commun) ou l'enfant en tutelle de l'employé, le beau-père, la belle-mère et tout parent demeurant en permanence au foyer de l'employé ou avec qui l'employé demeure en permanence.

J'aurai l'occasion un peu plus loin d'exprimer une réserve sur l'empressement avec lequel le Tribunal est passé de la conclusion voulant que MM. Mossop et Popert constituent une famille à celle voulant qu'ils doivent être considérés comme des conjoints de droit commun. Je conviens aussi que c'est pour le moins hâtivement que le Tribunal a tenu pour acquis, sans pousser plus loin son analyse, que le terme beau-père devait s'appliquer au père d'un conjoint de droit commun. Toutefois, je ne crois pas qu'il se soit trompé à cet égard.

Comme nous l'avons vu, la convention précise que le terme «conjoint» englobe le «conjoint de droit commun» («le conjoint (y compris le conjoint de droit commun)»). Si le sens ordinaire du terme «beau-père» désigne la relation entre ce dernier et un époux, il devrait aussi désigner, dans le contexte de cette disposition, la relation avec un conjoint de droit commun. Il n'y a pas raison de dire que la relation qu'entretiennent des époux est identique à

mon-law spouses, while differentiating between the relationships of members of both those groups and their respective parents. I would think further that, even if the agreement had intended to make such a distinction, on the basis of this Court's finding in *Schaap v. Canadian Armed Forces*, [1989] 3 F.C. 172, it would have constituted discrimination on the basis of marital status. In any event, I need only say, to close the argument, that the interpretation of the agreement implicitly chosen by the Tribunal is at least as reasonable as that propounded by the intervenors and should not be disturbed.

3. There is another point, which none of the parties have raised, that requires some comments. The Tribunal has, again with no analysis, taken for granted that bereavement leave falls within the scope of rights protected by paragraph 10(b) of the Act. At page 66 of the reasons, it simply says "in the view of the Tribunal, bereavement leave is an 'employment opportunity' as that term is used in paragraph 10(b) of the Act".

It could be appropriate to reproduce again paragraph 10(b), in both its French and English versions, underlining the relevant words:

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

Was the intention that every employment benefit be seen as an employment opportunity? I seriously doubt that it was so; certainly the French version and even the English version, I venture to add, suggest a narrower meaning, namely that essentially hiring and promotion were considered. And such limitation would not be without reason, if it is borne in mind that section 10, unlike sections 7 and 9, is not only concerned with actual discrimination but reaches into possible or eventual discrimination, and therefore calls for a broader and more intrusive analysis of the purpose and

celle qu'entretiennent des conjoints de droit commun, si l'on doit établir une distinction au niveau de la relation entre les membres de ces deux groupes et leurs parents respectifs. Qui plus est, même si l'on avait eu l'intention de faire une telle distinction dans la convention, il se serait agi d'un acte discriminatoire fondé sur l'état matrimonial, compte tenu de la conclusion de cette Cour dans l'arrêt *Schaap c. Forces armées canadiennes*, [1989] 3 C.F. 172. Quoi qu'il en soit, il me suffira de dire, pour clore la discussion à ce sujet, que l'interprétation de la convention qu'a implicitement choisie le Tribunal est au moins aussi raisonnable que celle proposée par les intervenants, et qu'il n'y a pas lieu de la modifier.

3. Un autre point, qui n'a été soulevé par aucune partie, mérite certains commentaires. Le Tribunal a, encore une fois sans faire d'analyse, tenu pour acquis qu'un congé de deuil faisait partie des droits protégés par l'alinéa 10b) de la Loi. À la page 72 de ses motifs, il dit simplement que [TRADUCTION] «le Tribunal est d'avis qu'un congé de deuil est une "chance d'emploi", selon le sens que donne à cette expression [l'alinéa] 10b) de la Loi».

Il pourrait être utile de citer à nouveau cet alinéa, en français et en anglais, et d'en souligner les passages pertinents:

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur, l'association d'employeurs ou l'association d'employés

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

Avait-on l'intention de faire en sorte que tout avantage découlant d'un emploi soit perçu comme une chance d'emploi ou d'avancement? J'en doute sérieusement. Chose certaine, la version française et, irais-je même jusqu'à dire, la version anglaise suggèrent un sens plus restreint, à savoir que seuls l'engagement et les promotions étaient visés. Une telle limitation ne serait pas sans fondement, si l'on se rappelle que l'article 10, contrairement aux articles 7 et 9, ne s'applique pas seulement à la discrimination véritable, mais aussi à la discrimination éventuelle; par conséquent, il nécessite que

effect of general policies and agreements rather than only an assessment of a specific situation of fact.

As I said, the point has not been raised by the parties and was not taken up by them when it was raised by the Court at the hearing: to allow it to influence the debate today would be inappropriate or at least unsatisfactory. I did not want, however, that my silence be interpreted as an endorsement of the quick conclusion of the Tribunal.

The Issue Seen as Fundamental

Has the Tribunal erred in interpreting the term "family status" in the Act as including a homosexual relationship between two individuals?

I said that all parties were in agreement as to the definition of the issue and the formulation of the question. Not quite, in fact. Counsel for the Commission would have brought a qualification to it: in effect, he would have added to the words "has erred" the phrase "in a patently unreasonable way". The standard for reviewing the Tribunal's interpretation, said counsel, should be that established by the Supreme Court in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; and *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269. I disagree. In both those cases referred to, and in the others where likewise the Supreme Court has limited the power of intervention of the reviewing courts to cases of patent unreasonableness, the tribunals were acting under the special protection of privative clauses. There is no such clause immunizing the decisions of a human rights tribunal. It may be difficult at times, in analyzing a decision, to extract the question of law from the facts of the case so as to verify the treatment given to it by the tribunal without interfering with factual findings not subject to review. But the facts in this case are clearly established and there is no danger of mixing them up with the

l'on fasse une analyse plus globale et plus approfondie de l'objet et de l'incidence des mesures et des ententes générales, au lieu de s'en tenir à une simple évaluation d'une situation de fait donnée.

^a Comme je l'ai dit, ce point n'a pas été soulevé par les parties et n'a pas été repris par elles après que la Cour l'eut soulevé durant l'audition de la demande; il serait donc inopportun ou, du moins, ^b peu satisfaisant, de le laisser influencer le débat maintenant. Je ne voulais toutefois pas que mon silence soit interprété comme un aval de la conclusion hâtive du Tribunal.

c La question jugée fondamentale

Le Tribunal s'est-il trompé en concluant que l'expression «situation de famille» employée dans la Loi comprenait la relation homosexuelle qu'entretiennent deux personnes?

^d J'ai dit précédemment que toutes les parties s'entendaient sur la définition et la formulation de la question. Pas tout à fait, en réalité. L'avocat de la Commission aurait apporté une précision: en effet, il aurait ajouté aux mots «s'est-il trompé» les mots «d'une manière manifestement déraisonnable». Selon lui, le critère applicable pour la révision de l'interprétation du Tribunal devrait être celui qu'a énoncé la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; et *Banque Nationale du Canada c. Union internationales des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269. Je ne suis pas de cet avis. Dans ces deux arrêts, et dans d'autres cas où la Cour suprême a pareillement restreint l'exercice du pouvoir d'intervention des tribunaux de juridiction supérieure aux cas où la décision était manifestement déraisonnable, les tribunaux avaient agi ^e sous la protection spéciale de clauses privatives. Il n'y a pas de clause semblable qui protège les décisions d'un tribunal des droits de la personne. ^f Lorsqu'on analyse une décision, il est parfois difficile de discerner la question de droit parmi les faits en litige, afin de voir comment le tribunal l'a traitée, sans s'immiscer dans les conclusions de fait qui, elles, ne sont pas susceptible d'être révisées. ^g Mais les faits en l'espèce sont clairement établis, et ^h il n'y a pas de risque de les confondre avec la question d'interprétation dont nous sommes saisis, ⁱ

purely legal question of interpretation involved. If the Tribunal was not correct in its answer to the question, however understandable may have been its error, the Court has the duty to intervene.

As I read the reasons of the Tribunal, its conclusion that the term “family status” included homosexual couples was drawn from a reasoning evolving around three main propositions, namely: (a) the Supreme Court has indicated that the same purposive approach taken to the interpretation 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]] has to be taken to the interpretation of human rights codes; (b) there is a problem of interpretation as to the definition to be given to the word “family” as it appears in the Act; and (c) in seeking to solve this problem of interpretation, one should not try to find the reasonable definition but simply a reasonable one and, in that respect, the functional definition given by the sociological approach is, in view of the goal to be achieved, quite acceptable. I have difficulties with all three propositions.

(a) It is quite true that in those well-known cases relied on by the Tribunal, *O'Malley*, *Bhinder*, *Action Travail des Femmes*, and *Robichaud*,¹ human rights legislation was said to be of a quasi-constitutional nature. But that was said to situate it in relation to other enactments and underline its pre-eminence. It is also quite true that the words “broad” and “purposive” regularly applied to qualify the approach to be taken to interpret the Charter were sometimes used to describe the approach adopted in cases involving difficulties of interpretation of human rights legislation. But the statement, which often takes as point of reference the enunciation, at the head of human rights legislation, of its goals and purpose, has yet to be applied in order to reshape or relocate that very

¹ *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84.

qui relève strictement du droit. Si le Tribunal n'a pas correctement répondu à la question, quelque compréhensible qu'ait pu être son erreur, la Cour se doit d'intervenir.

a Si je saisis bien les motifs du Tribunal, sa conclusion voulant que l'expression «situation de famille» comprenne les couples homosexuels découle d'un raisonnement fondé sur les trois prémisses suivantes: a) la Cour suprême a indiqué que la même approche guidée par la raison d'être de la loi adoptée pour l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] doit aussi s'appliquer aux codes des droits de la personne; b) il y a un problème d'interprétation en ce qui a trait à la définition qu'on doit donner au terme «famille» employé dans la Loi; et c) pour résoudre ce problème d'interprétation, on ne doit pas tenter de trouver la définition raisonnable, mais simplement une définition raisonnable et, à cet égard, la définition fonctionnelle donnée par la sociologie est, compte tenu de l'objectif à atteindre, tout à fait acceptable. J'ai de la difficulté à souscrire à ces trois prémisses.

f a) Il est parfaitement vrai que dans les célèbres arrêts sur lesquels le Tribunal s'est appuyé (*O'Malley*, *Bhinder*, *Action Travail des Femmes*, et *Robichaud*¹), la Cour suprême a déclaré que les lois sur les droits de la personne étaient de nature quasi-constitutionnelle. Mais la Cour a dit cela pour situer ces lois par rapport à d'autres textes de loi et pour en souligner la prééminence. Il est aussi parfaitement vrai que les mots «large» et «selon l'objet de la loi», qui sont régulièrement employés pour qualifier l'interprétation qu'il convient de donner à la Charte, ont parfois été utilisés pour décrire l'approche adoptée dans des causes soulevant des difficultés d'interprétation de lois relatives aux droits de la personne. Mais ces assertions, dont le point de référence est souvent l'énonciation, au

¹ *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84.

point of reference constituted by the listing of a definite number of specific grounds of discrimination. In any event, is it not required by the *Interpretation Act* that any piece of legislation be construed liberally and in accordance with its purpose.²

As I understand the Supreme Court judgments, the main reason why the Charter had to be interpreted in a very special way, and particularly without the same deference to the historical intentions of the drafters and legislators, is that the difficulties of amending the Constitution could cause its provisions to fall behind changes in society's conception of basic societal values and thereby render them inadequate and unable to fulfill its very role (see on this point the comments of Dickson J. [as he then was] in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at page 155). This is obviously not the problem with human rights acts which can be reviewed and amended like any other legislation.

There is no doubt that the courts, in giving effect to the provisions of human rights legislation, should act as liberally and as "bravely" as possible, bearing in mind that are often at stake the interests of "unpopular" groups which must be defended from majoritarian opinions. But I believe that if the courts were to adopt, in interpreting human rights acts, a "living-tree" approach towards discerning new grounds of discrimination for proscription, or re-defining past meanings given to existing grounds, they would step outside the scope of their constitutional responsibilities and usurp the function of Parliament.

(b) I do not see how it can be said that the word "family" has a meaning so uncertain, unclear and

² I refer, of course, to section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

début des lois sur les droits de la personne, des buts et objectifs visés, n'ont pas encore été utilisées aux fins de transformer ou déplacer ce point de référence précis constitué de l'énumération d'un nombre déterminé de motifs de distinction illicite. Quoi qu'il en soit, la *Loi d'interprétation* n'exige-t-elle pas que tous les textes de loi reçoivent une interprétation large et libérale qui soit compatible avec la réalisation de leur objet²?

b D'après ce que je comprends de ces décisions de la Cour suprême, la principale raison pour laquelle la Charte a dû être interprétée d'une manière très spéciale, plus particulièrement sans qu'on accorde le même respect aux intentions historiques des rédacteurs et des législateurs, c'est qu'en raison des difficultés associées à la modification de la Constitution, les dispositions de celle-ci pourraient ne pas évoluer au même rythme que la conception qu'a la société des valeurs fondamentales qui la sous-tendent et, partant, devenir désuètes et ne plus pouvoir jouer le rôle qui leur a été dévolu (voir à ce sujet les remarques du juge Dickson [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la page 155). Le problème ne se pose évidemment pas avec les lois sur les droits de la personne, qui peuvent être modifiées comme n'importe quel texte de loi.

f Il ne fait aucun doute que les tribunaux, lorsqu'ils sont appelés à interpréter les dispositions d'une loi sur les droits de la personne, devraient agir aussi libéralement et «bravement» que possible, et ne pas oublier que sont souvent en jeu les intérêts de groupes «impopulaires» qu'il faut défendre contre des opinions majoritaires. Je pense toutefois que si les tribunaux décidaient alors d'appliquer à ces lois l'approche interprétative de «l'arbre vivant» pour discerner de nouveaux motifs de distinction illicite, ou pour redéfinir le sens que l'on donnait dans le passé à des motifs existants, ils déborderaient le cadre de leurs responsabilités constitutionnelles, usurpant ainsi la fonction du Parlement.

b) Je ne vois pas comment on peut dire que le mot «famille» a un sens si incertain, si nébuleux et

² Je fais évidemment allusion à l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21:

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

equivocal that, in a legal context, it must in every instance be subjected to interpretation by the courts. Is it not to be acknowledged that the basic concept signified by the word has always been a group of individuals with common genes, common blood, common ancestors? This basic concept lends itself to various degrees of extension since the common ancestor may be chosen more or less remotely along the line of generations and the group referred to today is generally seen as including individuals connected by affinity or adoption, an inclusion rendered normal by the fact that marriage was made the only socially accepted way of extending and continuing the group, and adoption a legally established imitation of natural filiation. But that does not affect the core meaning conveyed by the word. It is true that the term is also the subject of analogical uses which may still be debatable and will remain susceptible to changes (hence the lack of complete uniformity in the dictionaries). But so long as these analogous uses are clearly seen as being what they are semantically, i.e. uses by analogy, the peripheral area of uncertainty they bring in is quite residual and should not be misleading.

(c) I cannot accept the idea that "family" would be a fluid term whose meaning in the Act, being susceptible of varying from one case to another, should be established in relation to a goal to be attained in a particular instance, subject only to a nebulous notion of reasonability. I would have thought that, to play the role of guidance that was assigned to it, the legislation ought to be clarified, if need be, in a more definite way. On the other hand, I do not understand exactly what is meant by taking a functional or sociological approach to arrive at a definition of the word "family" and indeed I still do not know what definition that approach is supposed to have led to. It seems to me that what was done by the Tribunal was to take some attributes usually ascribed to families, such as mutual love between members, mutual assistance, joint residence, emotional support, sharing of domestic tasks, sexual relations, and treat them as being of the essence of the concept itself being signified. There is a difference between being, in

si équivoque qu'il faille constamment le soumettre à l'interprétation des tribunaux lorsqu'il est employé dans un contexte juridique. Ne doit-on pas admettre que, fondamentalement, ce mot a toujours désigné un groupe de personnes ayant des gènes et des ancêtres communs et unies par les liens du sang? Cette notion fondamentale peut être étendue à différents degrés puisque l'ancêtre commun peut être choisi plus ou moins loin parmi les générations et que, de nos jours, on considère généralement que font partie de ce groupe des personnes rattachées entre elles par leurs affinités ou par l'adoption, ce qui est devenu tout à fait normal parce qu'on a fait du mariage le seul moyen socialement acceptable d'agrandir et de perpétuer le groupe, et de l'adoption une imitation juridiquement admise de la filiation naturelle. Quoi qu'il en soit, cela ne modifie en rien le sens premier de ce mot. Il est vrai que ce terme est aussi l'objet d'emplois analogiques qui peuvent être discutables et demeureront susceptibles de changements (d'où l'absence de complète uniformité totale des dictionnaires). Mais tant et aussi longtemps que ces emplois analogiques seront clairement considérés pour ce qu'ils sont sur le plan sémantique, c'est-à-dire des emplois par analogie, la zone grise qu'ils créent restera assez secondaire et ne devrait pas nous induire en erreur.

f

c) Il m'est impossible d'admettre que le terme «famille» ait un caractère si vague que sa signification dans la Loi puisse varier selon le contexte et doive par conséquent être établie en fonction d'un objectif à atteindre dans un cas donné, sous réserve seulement d'une notion nébuleuse de caractère raisonnable. J'aurais pensé que pour pouvoir jouer le rôle de guide qui lui a été attribué, la loi mériterait d'être clarifiée, au besoin, de façon plus définitive. Par contre, je ne comprends pas exactement ce que l'on veut dire quand on parle de prendre une approche fonctionnelle ou sociologique pour arriver à définir le terme «famille», et je ne sais pas encore à quelle définition cette approche aurait dû nous mener. Il me semble que le Tribunal a simplement pris certains attributs habituels d'une famille comme l'amour réciproque que se portent ceux qui en font partie, l'aide mutuelle, la cohabitation, le soutien émotif, le partage des tâches domestiques et les relations sexuelles, et les a considérés comme l'essence même de la famille. A

g

h

i

j

certain respects, functionally akin to a family and being a family.

To these serious difficulties I have with the propositions adopted by the Tribunal, I will add my concern with an approach that simply forgets that the word "family" is not used in isolation in the Act, but rather coupled with the word "status". A status, to me, is primarily a legal concept which refers to the particular position of a person with respect to his or her rights and limitations as a result of his or her being member of some legally recognized and regulated group. I fail to see how any approach other than a legal one could lead to a proper understanding of what is meant by the phrase "family status". Even if we were to accept that two homosexual lovers can constitute "sociologically speaking" a sort of family, it is certainly not one which is now recognized by law as giving its members special rights and obligations.

I do not forget that in *Schaap v. Canadian Armed Forces (supra)*, this Court, by a majority decision, has found that the expression "marital status" as used in the Act included the status of being unmarried,³ and therefore did not necessarily refer to the legal position of a person as a member of a group. I suppose, however, that no one would want to look at the expression "family status" in the same way and assume that it means being or not a member of a family or being related or not to another individual. To carry through such an assumption would lead to the result that the employee who is denied leave to attend the funeral of someone unrelated to him would be discriminated against on the basis of his family status.

³ As it had been expressly declared by two provincial pieces of legislation for their respective Human Rights Codes: Saskatchewan (para. 1(a), Reg. 216/79 under the Code [*The Saskatchewan Human Rights Code*], S.S. 1979, c. S-24.1) and Ontario (para. 9(g) of the Code [*Human Rights Code, 1981*], S.O. 1981, c. 53).

mon avis, il y a une différence entre le fait d'être, à certains égards, fonctionnellement semblable à une famille, et le fait d'être une famille.

" À ces sérieuses réserves que je fais sur les prémisses du Tribunal s'ajoute le fait qu'il s'agit d'une approche qui ne tient tout simplement pas compte du fait que le terme «famille» n'est pas employé seul dans la Loi, mais qu'il est associé au mot «status» dans la version anglaise. À mes yeux, «status» est d'abord et avant tout une notion juridique qui désigne la position spécifique d'une personne par rapport aux droits dont elle jouit et aux restrictions dont elle est l'objet du fait de son appartenance à un groupe juridiquement reconnu et réglementé. Je ne vois pas comment une approche autre que l'approche juridique peut mener à une compréhension correcte de ce que signifie l'expression «family status». Même si nous devons convenir que deux amants homosexuels peuvent constituer «sociologiquement parlant» une sorte de famille, ce n'est certainement pas une famille qui, juridiquement parlant, confère à ses membres des obligations et des droits spéciaux.

Je n'oublie pas que dans l'arrêt *Schaap c. Forces armées canadiennes* (précité), cette Cour a conclu, dans une décision majoritaire, que l'expression «état matrimonial» employée dans la Loi comprenait la condition de célibataire³ et, par conséquent, ne désignait pas nécessairement la situation juridique d'une personne en tant que membre d'un groupe. J'imagine toutefois que personne n'oserait analyser l'expression «situation de famille» de la même façon et prétendre qu'elle signifie le fait d'être ou de ne pas être membre d'une famille ou d'être ou de ne pas être apparenté à une autre personne. Pousser le raisonnement à ce point conduirait à dire que l'employé à qui l'on refuse d'accorder un congé pour assister aux obsèques d'une personne qui ne lui est pas apparentée serait victime d'un acte discriminatoire fondé sur sa «situation de famille».

³ Comme l'ont expressément déclaré deux législatures provinciales dans le cadre de leurs codes des droits de la personne respectifs: la Saskatchewan (alinéa 1a) du Règl. 216/79 adopté sous le régime du Code [*The Saskatchewan Human Rights Code*], S.S. 1979, chap. S-24.1) et l'Ontario (alinéa 9g) du Code [*Code des droits de la personne, 1981*], L.O. 1981, chap. 53).

Nor am I oblivious of the fact that the French version of subsection 3(1) does not speak of “*statut familial*”, but of “*situation de famille*”. It should be noted, however, that it is precisely with a view to expressing in English what the French version was already saying that the Act was amended in 1983 (S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2),⁴ so that the English version must be taken to express the notion underlying the words used in French.

So, the reasoning of the Tribunal simply does not appear to me acceptable. The Tribunal had no authority to reject the generally understood meaning given to the word “family” and to adopt in its stead, through a consciously *ad hoc* approach, a meaning ill-adapted to the context in which the word appears and obviously not in conformity with what was intended when the word was introduced, as shown by the legislative history of the amendment.⁵

The Real Issue Underlying the Complaint

I would even go further and say that, in my view, the Tribunal was not entitled to dispose of the complaint as it did on the sole basis of its conclusion that homosexual couples such as the respondent and Popert were in a “familial relationship”. Of course, a negative answer to the question of whether they constituted a family would have been determinative, but a positive one was not. The necessary foundations of the complaint were, I believe, both more specific and more fundamental than recognized by the Tribunal.

They were more specific in this sense. The collective agreement dealt with immediate family, and spelled out its membership. The only parental relationship acknowledged to fall within it, other than a parental relationship directly implicating the employee (his immediate parents or children),

⁴ “Marital status” was until then the only ground mentioned in the English version and it was felt that the expression was narrower than the corresponding French phrase “*situation de famille*”.

⁵ Re: *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, Issue No. 114, December 20, 1982, as reported in the Tribunal’s decision, at pp. 35 to 39, Case Book, pp. 325-329.

Je n’oublie pas non plus que la version française du paragraphe 3(1) ne parle pas de «statut familial», mais de «situation de famille». Il convient toutefois de noter que c’est précisément afin d’exprimer en anglais ce que la version française disait déjà que la Loi a été modifiée en 1983 (S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 2)⁴; par conséquent, on doit considérer que la version anglaise exprime la notion qui est sous-jacente dans les mots utilisés en français.

En résumé, le raisonnement du Tribunal m’apparaît tout simplement inacceptable. Le Tribunal n’a pas le pouvoir d’écarter la signification généralement donnée au mot «famille» et d’y substituer, au moyen d’une approche volontairement ponctuelle, une signification qui ne convient pas au contexte dans lequel ce mot est employé et qui, de toute évidence, ne correspond pas à l’intention qu’avait le législateur lorsqu’il a incorporé ce mot dans la Loi, comme en témoigne l’historique législatif de la modification⁵.

La véritable question en litige

J’irais même jusqu’à dire qu’à mon avis, le Tribunal n’avait pas le droit de trancher la plainte comme il l’a fait, en concluant simplement qu’un couple homosexuel comme celui que formaient M. Popert et l’intimé entretenait effectivement une «relation familiale». Évidemment, une réponse négative à la question de savoir s’ils formaient une famille aurait été déterminante, mais une réponse affirmative ne l’était pas. Selon moi, les assises nécessaires de la plainte étaient à la fois plus spécifiques et plus fondamentales que celles qu’a reconnues le Tribunal.

Elles étaient plus spécifiques pour la raison suivante. La convention collective traitait de la proche famille et précisait qui en faisait partie. La seule relation familiale qui était visée par la convention, mise à part la relation familiale concernant directement l’employé (ses parents ou ses

⁴ L’expression «*marital status*» était jusqu’à ce moment le seul motif mentionné dans la version anglaise et l’on a jugé que cette expression avait un sens plus restreint que l’équivalent français «*situation de famille*».

⁵ Voir les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, fascicule n° 114, 20 décembre 1982, dont des extraits sont cités dans la décision du Tribunal, aux p. 39 à 43, Dossier d’appel, p. 325 à 329.

was a parental relationship involving his/her spouse (i.e. the father-in-law of the employee). The complainant's case must rest, therefore, on the basis that not only was his lover a member of his family, but that they were spouses. It has to be assumed, of course, that in the mind of the Tribunal the homosexual couple constituted a family because the two men were in a spousal relationship. But it seems to me that a more specific analysis was required than one based on the general attributes of a family group. I already said that, in my understanding, it is by extension that a spouse was included in the concept of family and that was because she or he was at the start of a new branch to the larger family group, and likely at the origin of a new family unit. If that understanding is correct, the analysis of the Tribunal falls short of being to the point.

But not only were the foundations of the complaint more specific than acknowledged, they were more fundamental. Indeed, should it be admitted that a homosexual couple constitutes a family in the same manner as a husband and wife, it then becomes apparent that the disadvantage that may result to it by a refusal to treat it as a heterosexual couple is inextricably related to the sexual orientation of its members. It is sexual orientation which has led the complainant to enter with Popert into a "familial relationship" (to use the expression of the expert sociologist) and sexual orientation, therefore, which has precluded the recognition of his family status with regard to his lover and that man's father. So in final analysis, sexual orientation is really the ground of discrimination involved.

But could it not be said, at this point, that although sexual orientation is not one of the enumerated grounds of discrimination in the Act, according to two cases, *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.) (affirmed on other grounds by the Court of Appeal on May 31, 1990, Court file A-557-89), and *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.), it is a ground protected from discrimination under section 15 of the Charter, so that the conclusion reached by the Tribunal would be validated by being the only

enfants), était celle qui mettait en cause son conjoint (c'est-à-dire le beau-père de l'employé). Le plaignant devait donc établir que non seulement son amant était un membre de sa famille, mais qu'il était aussi son conjoint. Il faut évidemment supposer que, dans l'esprit du Tribunal, ce couple homosexuel formait une famille parce que les deux hommes entretenaient une relation conjugale. Toutefois, il me semble qu'il aurait fallu faire une analyse plus spécifique que celle fondée sur les attributs généraux d'un groupe familial. J'ai déjà dit qu'à mon sens, c'était par extension seulement qu'un conjoint était inclus dans la notion de famille, et que c'était seulement parce qu'il était au commencement d'une nouvelle branche du groupe familial élargi et probablement à l'origine d'une nouvelle unité familiale. Si mon raisonnement est correct, l'analyse du Tribunal est alors loin d'être exacte.

Non seulement les assises de la plainte étaient plus spécifiques qu'on ne l'a reconnu, elles étaient aussi plus fondamentales. En effet, si l'on devait admettre qu'un couple homosexuel constitue une famille au même titre que des époux, il devient alors évident que le désavantage pouvant découler du refus de traiter ce couple comme un couple hétérosexuel est inextricablement lié à l'orientation sexuelle des deux partenaires. C'est l'orientation sexuelle qui a amené le plaignant à entretenir une «relation familiale» (pour employer l'expression de l'experte en sociologie) avec M. Popert; c'est donc l'orientation sexuelle qui l'a empêché de faire reconnaître sa situation de famille par rapport à son amant et au père de celui-ci. En dernière analyse, c'est l'orientation sexuelle qui est le véritable motif de distinction illicite en l'espèce.

Mais ne pourrait-on pas dire, à ce stade-ci, que même si l'orientation sexuelle ne figure pas parmi les motifs de distinction illicite énumérés dans la Loi, il pourrait quand même s'agir, selon les arrêts *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.) (confirmé pour d'autres motifs par la Cour d'appel le 31 mai 1990, n° du greffe A-557-89) et *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (C.S.), d'une forme de discrimination prohibée par l'article 15 de la Charte, ce qui prouverait la justesse de la conclusion du Tribunal puisque ce

application of "family status" consonant with the Charter.

My reaction is that I do not see the Charter as capable of being used as a kind of *ipso facto* legislative amendment machine requiring its doctrine to be incorporated in the human rights legislation by stretching the meaning of terms beyond their boundaries.

For one thing, human rights codes impact on areas of the private sector of economic life which are not readily seen to fall within the scope of the Charter. It may well be that the legislatures who entrenched the Charter were willing to impose a more demanding standard of conduct on themselves and on the executive than they would have decided to impose on the population at large.

Of course, I do not address this remark to situations where a private party invokes or relies on a power conferred through legislation, statutory or subordinate, in order to produce an infringement of the Charter rights of another (see the remarks of McIntyre J. in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pages 602-603, commenting on the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513. Rather, the reaction addresses the proposition that the Charter purports to restructure the global juristic background against which all private ordering takes place.

It might be argued that the remark, if relevant to a situation where all the parties are acting in a private capacity, nevertheless fails to take into account the fact that here we are dealing with a collective agreement at least one of the co-authors of which falls easily within the notion of government as set out in section 32 of the Charter. Approaching the question in this manner, it remains to be said that a complainant alleging that an agency of government has entered into an agreement infringing his Charter rights must do so outside the statutory framework of the *Canadian Human Rights Act*, unless that Act prohibits the alleged infringement.

For another thing, the Charter contains within it a general balancing mechanism, in the form of

serait la seule application de l'expression «situation de famille» qui respecte la Charte.

Je ne pense pas que la Charte soit susceptible d'être utilisée comme une sorte de mécanisme d'amendement législatif *ipso facto* exigeant l'incorporation des principes qui la sous-tendent dans les lois sur les droits de la personne en étirant le sens des mots au-delà de leurs limites.

En premier lieu, les codes des droits de la personne s'appliquent à des aspects du domaine privé de la vie économique qui ne sont pas volontiers considérés comme relevant de la Charte. Il se peut bien que les législatures qui ont adopté la Charte aient voulu se soumettre, ainsi que le pouvoir exécutif, à une norme de conduite plus sévère que celle à laquelle ils auraient décidé de soumettre la population en général.

Bien entendu, cette remarque ne s'applique pas à des situations où une partie privée invoque un pouvoir attribué par un texte de loi, qu'il s'agisse d'un loi ou d'un règlement, ou s'appuie sur lui, pour entraîner la violation des droits d'un tiers qui sont garantis par la Charte (voir les remarques du juge McIntyre dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pages 602 et 603, à propos de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513. Ma remarque s'applique plutôt à l'assertion voulant que la Charte prétende restructurer le cadre juridique global dans lequel s'inscrivent les rapports privés.

On pourrait prétendre que cette remarque, bien que pertinente lorsque toutes les parties concernées agissent à titre privé, ne tient cependant pas compte du fait qu'ici, nous sommes saisis d'une convention collective dont au moins l'un des co-auteurs est visé par la notion de gouvernement qui figure à l'article 32 de la Charte. Si l'on analyse la question sous cet angle, il convient simplement d'ajouter que celui qui prétend qu'un mandataire du gouvernement a conclu une entente qui viole les droits qui lui sont garantis par la Charte doit le faire en dehors du cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à moins que la Loi n'interdise spécifiquement la violation en question.

En second lieu, la Charte prévoit à son article premier un mécanisme général de pondération qui

section 1, which is not present in human rights codes. To advance their position that the human rights legislation and the Charter must be linked together, the respondent and the Commission referred to a passage in the reasons of McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 176, reading:

While discrimination under s. 15(1) will be of the same nature and in descriptive terms will fit the concept of discrimination developed under the Human Rights Acts, a further step will be required in order to decide whether discriminatory laws can be justified under s. 1. The onus will be on the state to establish this. This is a distinct step called for under the *Charter* which is not found in most Human Rights Acts, because in those Acts justification for or defence to discrimination is generally found in specific exceptions to the substantive rights.

The passage, in my view, helps me make my point. These specific exceptions (e.g. *bona fide* occupational requirements) are present in human rights legislation as a result of consideration by the legislatures, and quite possibly as a result of political compromise reached through the democratic process. If tribunals begin to read into those statutes unforeseen meanings on the basis that Charter jurisprudence has found such meanings to constitute "analogous grounds" under section 15, there will be no section 1 analysis, and no occasion for the development of specific exceptions to substantive rights referred to by McIntyre J.

Unlike some other legislatures,⁶ Parliament has not made sexual orientation a ground of discrimination prohibited by the *Canadian Human Rights Act*. Its inclusion has been recommended by the House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights, and the recommendation may be acted upon. But until then, the Act is what it is and I do not find it appropriate for tribunals or courts to preempt the legislative process.

My overall conclusion will now be clear: I think, with respect, that, to substantiate the complaint of the respondent, the Tribunal not only had to give

⁶ Quebec, Manitoba and the Yukon Territories.

n'existe pas dans les codes des droits de la personne. Pour étayer leur argument voulant que l'on doive rattacher la législation sur les droits de la personne à la Charte, l'intimé et la Commission se sont appuyés sur un extrait des motifs qu'a prononcés le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 176:

Bien que la discrimination au sens du par. 15(1) soit de même nature et corresponde sur le plan de sa description au concept de discrimination élaboré sous le régime des lois sur les droits de la personne, une autre étape devra être franchie pour décider si des lois discriminatoires peuvent être justifiées en vertu de l'article premier. Il appartiendra à l'État d'établir cela. Il s'agit là d'une étape distincte nécessaire en vertu de la *Charte* et que l'on ne trouve pas dans la plupart des lois sur les droits de la personne parce que dans ces lois la justification de la discrimination réside généralement dans des exceptions aux droits fondamentaux.

Selon moi, cet extrait fait pencher la balance de mon côté. Ces exceptions particulières (p. ex. les exigences professionnelles justifiées) figurent dans la législation sur les droits de la personne parce qu'elles ont été prises en considération par les législatures et fort probablement aussi parce qu'elles sont le fruit d'un compromis politique obtenu par le biais du processus démocratique. Si les tribunaux commencent à voir dans ces lois des significations qui n'avaient pas été envisagées au motif qu'on a conclu dans des décisions portant sur la Charte que ces significations constituaient des «motifs analogues» au sens de l'article 15, il n'y aura pas d'analyse fondée sur l'article premier ni d'occasion d'établir les exceptions spécifiques aux droits fondamentaux dont parlait le juge McIntyre.

Contrairement à d'autres législatures⁶, le Parlement n'a pas inclus l'orientation sexuelle dans les motifs de distinction illicite prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. C'est toutefois ce qu'a recommandé le comité parlementaire sur les droits à l'égalité de la Chambre des communes, et cette recommandation pourrait avoir des suites. Mais pour l'instant, la Loi est muette à ce sujet, et je n'estime pas approprié que des tribunaux anticipent sur le processus législatif.

Ma conclusion générale sera claire: je pense, en toute déférence, que pour accueillir la plainte de l'intimé, le Tribunal a non seulement dû donner à

⁶ Le Québec, le Manitoba et le Yukon.

the words "family status" a meaning not borne by the term, it had to attribute to its conclusion in that respect a consequence which logically did not necessarily follow.

I would grant the section 28 application and set aside the decision of the Human Rights Tribunal dated April 5, 1989 substantiating the complaint of the respondent.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: I am in agreement with the result proposed by my colleague Mr. Justice Marceau, and also with the reasons he gives except as indicated in these brief reasons. I shall restrict myself to three aspects of the matter.

While resort to legislative history for assistance in ascribing a particular construction to the term "family status" would not be proper, such resort may be had in order to show the limited evil or mischief sought to be remedied by Parliament at the time that term was introduced.⁷ Parliament's objective in adding "family status" as a prohibited ground of discrimination to those already contained in subsection 3(1) of the *Canadian Human Rights Act*,⁸ is of considerable significance in deciding upon the correctness of the decision under attack.⁹ Until that amendment was adopted on July 1, 1983 the original English version of the Act included only "marital status" whereas the original French version included only "*situation de famille*". The amendment appears to have been introduced to resolve a discrepancy between the two versions.

⁷ See e.g. *Babineau et al. v. Babineau et al.* (1981), 32 O.R. (2d) 545 (H.C.); affd on appeal (1982), 37 O.R. (2d) 527 (C.A.).

⁸ This subsection, as amended, reads:

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

⁹ Indeed, the Tribunal considered the legislative history of the amendment: *Tribunal's Decision*, Appeal Book, Volume 3, at pp. 326-329.

l'expression «situation de famille» une signification qu'elle n'a pas, mais a aussi dû fonder sa conclusion à cet égard sur une conséquence qui n'en découlait pas logiquement.

a

J'accueillerais la demande fondée sur l'article 28 et j'annulerais la décision du Tribunal des droits de la personne datée du 5 avril 1989 qui reconnaissait le bien-fondé de la plainte de l'intimé.

b

* * *

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

c

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis d'accord avec la conclusion de mon collègue le juge Marceau, ainsi qu'avec les motifs qu'il donne, sous réserve des précisions que j'apporte dans les brefs motifs qui suivent. Je me limiterai à trois aspects de l'affaire.

d

Bien qu'il puisse ne pas être approprié de recourir à l'historique de la loi pour tenter d'attribuer un sens particulier à l'expression «situation de famille», l'on peut tout de même y recourir afin de découvrir la situation ou l'abus que le Parlement a voulu réformer à l'époque où cette expression a été adoptée⁷. L'objectif que visait le Parlement lorsqu'il a ajouté les expressions «*family status*» et «état matrimonial» aux motifs de distinction illicite qui figuraient déjà au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁸, est particulièrement important lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le bien-fondé de la décision contestée⁹. Avant l'adoption de cette modification le 1^{er} juillet 1983, la version anglaise originale de la Loi comprenait seulement l'expression «*marital status*», tandis que la version française originale ne comprenait que l'expression «situation de famille».

h

Cette modification semble avoir eu pour objet de niveler une différence entre les deux versions.

⁷ Voir p. ex *Babineau et al. v. Babineau et al.* (1981), 32 O.R. (2d) 545 (H.C.); conf. en appel (1982), 37 O.R. (2d) 527 (C.A.).

⁸ Ce paragraphe, qui a été modifié, dispose que:

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de la personne graciée ou la déficience.

⁹ De fait, le Tribunal a tenu compte de l'historique législatif de la modification: *Décision du Tribunal*, Dossier d'appel, vol. 3, aux p. 326 à 329.

In testifying before a Standing Committee of the House of Commons which was studying the proposed change, the then Minister of Justice pointed to the above-noted mischief and added the following with respect to the “family status” concept proposed for adoption:

... this concept prohibits discrimination on the basis of relationships arising from marriage, consanguinity or legal adoption. It could include ancestral relationships, whether legitimate, illegitimate or by adoption, as well relationships between spouses, siblings, in-laws, uncles or aunts, nephews or nieces, cousins, etc.. It will be up to the commission, the tribunals it appoints, and in the final cases, the courts, to ascertain in a given case the meaning to be given to these concepts.¹⁰

The Minister also made it clear that the Government of the day had decided not to include in the Act “sexual orientation” as a prohibited ground of discrimination.¹¹

In my view, this evidence furnishes a strong indication that it was the intention of Parliament to limit the new prohibited ground of discrimination in a way which did not include discrimination based on sexual orientation. Parliament, of course, is free to further amend the statute,¹² but in the meantime it is not within the authority of this Court to do that which Parliament alone may do. We are here concerned with the interpretation of “family status” and not with the wisdom underlying Parliament’s decision not to include within it sexual orientation as a prohibited ground of discrimination.

Secondly, as we are not called upon in this case to decide whether that term includes or excludes common-law relationships, I prefer to leave that question for another time. I merely wish to note that a common-law relationship, unlike that with which we are here concerned, is one that exists between two persons of the opposite sex.

¹⁰ *Standing Committee on Justice and Legal Affairs, Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue no. 114, at p. 17. (Appeal Book, Volume 3, at p. 326.)

¹¹ *Ibid.*, at pp. 19-20 (Appeal Book, Volume 3, at p. 329).

¹² As has been recommended in the *Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights: Equality for All* of October 1985. This recommendation is to the effect that “sexual orientation” be included in the Act as a prohibited ground of discrimination.

Lorsqu’il a comparu devant le Comité permanent de la Chambre des communes qui étudiait la modification proposée, le ministre de la Justice de l’époque a attiré l’attention sur la situation décrite ci-dessus et a fait la remarque suivante au sujet de la notion de «*family status*» (situation de famille) dont on proposait l’adoption:

... il s’agit ici d’interdire toute discrimination fondée sur les relations entre les personnes par suite d’un mariage, de la consanguinité ou de l’adoption légale. Cela inclut les relations ancestrales, qu’elles soient légitimes, illégitimes ou adoptives, de même que les relations entre les conjoints, les enfants, les liens par alliance, les oncles ou les tantes, les neveux ou les nièces, les cousins, etc. Il incombera à la Commission, aux tribunaux qu’elle nommera et en dernier ressort, aux tribunaux, d’établir dans chacun des cas la signification de ces notions¹⁰.

Le ministre a aussi précisé que le gouvernement de l’époque avait décidé de ne pas inclure dans la Loi «l’orientation sexuelle» comme motif de distinction illicite¹¹.

À mon avis, ce témoignage indique clairement que le Parlement avait l’intention de limiter ce nouveau motif de distinction illicite de façon à ne pas inclure la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle. Le Parlement est évidemment libre d’apporter d’autres modifications à la Loi¹², mais dans l’intervalle, il n’est pas du ressort de cette Cour de faire ce que seul le Parlement peut faire. Nous nous intéressons en l’espèce à l’interprétation de l’expression «situation de famille», pas à la sagesse qui sous-tend la décision du Parlement de ne pas inclure l’orientation sexuelle comme motif de distinction illicite.

Deuxièmement, comme on ne nous demande pas dans le présent litige de déterminer si cette expression inclut ou exclut les unions de fait, je préfère laisser cette question en plan pour l’instant. Je désire simplement souligner qu’une union de fait désigne une relation qui existe entre deux personnes de sexe opposé, ce qui n’est pas le cas en l’espèce.

¹⁰ Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 114, à la p. 17. (Dossier d’appel, volume 3, p. 326.)

¹¹ *Ibid.*, aux p. 19-20 (Dossier d’appel, volume 3, p. 329).

¹² Comme on l’a recommandé dans le *Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l’égalité: Égalité pour tous* d’octobre 1985. Cette recommandation préconise l’inclusion dans la Loi de «l’orientation sexuelle» comme motif de distinction illicite.

Finally, the contention that “when human rights legislation is in conflict with the Charter, the provisions of the Charter prevail”¹³ would appear to be supported by the decided cases.¹⁴ Subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] declares that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. What needs to be stressed, at this juncture, is that none of the parties has sought to demonstrate that any provision of the Act is in conflict with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The point being argued is that the Act and the Charter are interrelated and that together they mandate an interpretation of “family status” which “does not discriminate against male and female homosexuals based on their sexual orientation”.¹⁵ The requirements of the Charter, it is contended, “are to be used as a rule of statutory construction”.¹⁶ More specifically, counsel argues that as sexual orientation has been held to be a non-enumerated ground of discrimination under section 15 of the Charter,¹⁷ the restriction of “family status” to partners of the opposite sex would be discriminatory in that same sex individuals would thus be denied benefits of employment that are extended to partners of the opposite sex.

¹³ Paragraph 24 of the Factum of the Intervenors Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Canadian Rights and Liberties Federation, The National Association of Women and the Law, The Canadian Disability Rights Council and the National Action Committee on the Status of Women.

¹⁴ See e.g. *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), and as considered in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 601-603.

¹⁵ *Op. cit.*, para. 29.

¹⁶ *Ibid.*, para. 31.

¹⁷ *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.), aff'd by the Court of Appeal on other grounds, May 31, 1990 (Court File A-557-89); *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.).

Finalement, il semblerait que l'argument voulant que [TRADUCTION] «les dispositions de la Charte l'emportent sur les dispositions incompatibles des lois sur les droits de la personne»¹³ soit étayé par des arrêts¹⁴. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] précise que «[la Constitution du Canada] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». Il convient toutefois de préciser, à ce moment-ci, qu'aucune partie n'a tenté de démontrer l'incompatibilité des dispositions de la Loi avec celles de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le point que l'on fait valoir est le suivant: la Loi et la Charte sont intimement liées et elles commandent une interprétation de l'expression «situation de famille» qui [TRADUCTION] «fasse en sorte que ni les hommes et ni les femmes homosexuels ne soient pas victimes d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle»¹⁵. Les dispositions de la Charte, soutient-on, [TRADUCTION] «doivent être utilisées comme une règle d'interprétation des lois»¹⁶. Plus précisément, l'avocat prétend que l'orientation sexuelle a été considérée comme un motif de discrimination non énuméré au sens de l'article 15 de la Charte¹⁷, que le fait de limiter l'application de l'expression «situation de famille» à des partenaires de sexe opposé serait discriminatoire puisqu'on refuserait à des partenaires du même sexe des chances d'emploi qui sont accordées à des partenaires de sexe opposé.

¹³ Paragraphe 24 du mémoire des intervenants Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Fédération canadienne des droits et libertés, Association nationale de la femme et le droit, Conseil canadien des droits des personnes handicapées et Comité national d'action sur le statut de la femme.

¹⁴ Voir p. ex. *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), dont il est question dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux p. 601 à 603.

¹⁵ *Op. cit.*, para. 29.

¹⁶ *Ibid.*, para. 31.

¹⁷ *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.), confirmée par la Cour d'appel pour d'autres motifs le 31 mai 1990 (n° du greffe: A-557-89); *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (C.S.).

While accepting that human rights legislation should be interpreted, as much as possible, in a manner consistent with the provisions of the Charter and its interpretation, I cannot accept that the Charter should operate so as to mandate the courts to ascribe to a statutory term a meaning which it was not intended to possess. If the statutory term, construed as I think it should be construed, is thought to conflict with the provisions of the Charter then the constitutional validity of that term must be put in issue for the Charter to play a role in resolving the dispute. Having already decided that the term "family status", as it is used in the Act, does not import sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, I am unable to see how the Charter can alter the construction of that term. The absence of "sexual orientation" from the list of grounds of discrimination prohibited by subsection 3(1) of the Act as infringing a right enshrined in the Charter is not raised in this appeal, and I refrain from expressing an opinion on the matter.

HEALD J.A.: I concur.

Je reconnais que les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées, dans toute la mesure possible, d'une manière qui soit conforme aux dispositions de la Charte et à l'interprétation qui lui est donnée, mais je ne puis admettre que la Charte oblige les tribunaux à attribuer à une expression employée dans une loi une signification qu'on n'avait pas l'intention de lui attribuer. Si cette expression, interprétée comme je pense qu'elle devrait l'être, est jugée incompatible avec les dispositions de la Charte, c'est alors la constitutionnalité de cette expression qui doit être contestée si l'on veut que la Charte puisse jouer un rôle dans le règlement du litige. Comme j'ai déjà conclu que l'expression «situation de famille», telle qu'elle est employée dans la Loi, ne comprend pas l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, je ne vois pas comment la Charte peut venir en modifier l'interprétation. On ne soulève pas dans le présent appel la question de savoir si le fait de ne pas avoir inclus «l'orientation sexuelle» dans les motifs de distinction illicite énumérés au paragraphe 3(1) de la Loi contrevient à un droit garanti par la Charte, et je m'abstiendrai de faire tout commentaire à ce sujet.

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

T-502-90

T-502-90

Kwan Lihuen (Applicant)

v.

Her Majesty the Queen, as represented by the Canadian Security Intelligence Service, the Director of Canadian Security Intelligence Service (Respondents)

INDEXED AS: *LIHUEN v. CANADA (CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE) (T.D.)*

Trial Division, Joyal J.—Vancouver, October 1 and 4, 1990.

Security intelligence — Application to quash decision by Director of Canadian Security Intelligence Service (CSIS) to remove applicant's security clearance resulting in dismissal from CSIS, and for reinstatement of security clearance — Applicant, Chinese translator, had security clearance at "top secret" level — Director refusing to adopt Security Intelligence Review Committee's recommendation to rescind decision withdrawing security clearance — Fearing reinstatement could jeopardize national security — Thomson v. Canada, [1988] 3 F.C. 108 (C.A.), holding Committee's recommendation binding on Director, followed notwithstanding motion for leave to appeal pending before Supreme Court of Canada — Security clearance to be reinstated — Reinstatement not so prejudicial to Crown as to justify stay of execution of order since security clearance of little practical consequence unless holder exercising duties requiring clearance, not applicant's position at this time.

Judges and courts — Stare decisis — Director of Canadian Security Intelligence Service refusing to adopt Security Intelligence Review Committee's recommendation to rescind decision removing applicant's security clearance resulting in automatic dismissal from Service — Trial Division bound by Thomson v. Canada, [1988] 3 F.C. 108 (C.A.) holding Committee's recommendations binding on Director, notwithstanding motion for leave to appeal pending before Supreme Court of Canada.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Thomson v. Canada, [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50

Kwan Lihuen (requérant)

c.

a Sa Majesté la Reine, représentée par le Service canadien du renseignement de sécurité, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité (intimés)

b RÉPERTORIÉ: LIHUEN c. CANADA (SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Joyal—Vancouver, 1^{er} et 4 octobre 1990.

c Renseignement de sécurité — Demande visant premièrement l'annulation d'une décision par laquelle le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a retiré son habilitation de sécurité au requérant, ce qui avait entraîné son renvoi du SCRS, et deuxièmement la remise en vigueur de l'habilitation de sécurité — Le requérant, un traducteur de langue chinoise, était titulaire d'une habilitation de sécurité de niveau «très secret» — Le directeur a refusé de donner suite à la recommandation du comité de surveillance du renseignement de sécurité de déclarer nulle la décision retirant l'habilitation de sécurité — Il craignait que la remise en vigueur de cette habilitation mette en danger la sécurité nationale — La décision Thomson c. Canada, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.), selon laquelle la recommandation du comité lie le directeur, est suivie bien qu'une requête en autorisation de pourvoi soit encore en instance devant la Cour suprême du Canada — L'habilitation de sécurité doit être remise en vigueur — Cette remise en vigueur n'entraîne pas pour la Couronne un préjudice grave au point de justifier un sursis d'exécution de l'ordonnance étant donné que l'habilitation de sécurité a peu de conséquences pratiques à moins que son titulaire n'exerce des fonctions où une telle habilitation est requise, ce qui n'est pas le cas du requérant à cette étape-ci.

g Juges et tribunaux — Stare decisis — Le directeur du Service canadien de renseignement de sécurité a refusé de donner suite à la recommandation du comité de surveillance du renseignement de sécurité de déclarer nulle la décision de retirer au requérant son habilitation de sécurité, décision qui entraînait son renvoi automatique du Service — La Section de première instance est liée par l'arrêt Thomson c. Canada, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.), selon lequel les recommandations du comité lient le directeur, bien qu'une requête en autorisation de pourvoi soit en instance devant la Cour suprême du Canada.

i LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, chap. 21.

j JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Thomson c. Canada, [1988] 3 C.F. 108; (1988),

D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.).

50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.).

REFERRED TO:

Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture), [1990] 2 F.C. 820 (C.A.); *Rex v. Christ's Hospital Governors. Ex parte Dunn*, [1917] 1 K.B. 19 (H.C.); *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. and Myer Shopping Centres Pty. Ltd. v. Corporation of the City of Port Adelaide and the Attorney-General* (1975), 11 S.A.S.R. 504 (S.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture), [1990] 2 C.F. 820 (C.A.); *Rex v. Christ's Hospital Governors. Ex parte Dunn*, [1917] 1 K.B. 19 (H.C.); *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. and Myer Shopping Centres Pty. Ltd. v. Corporation of the City of Port Adelaide and the Attorney-General* (1975), 11 S.A.S.R. 504 (C.S.).

COUNSEL:

Ian C. Hay for applicant.
H. J. Wruck for respondents.

AVOCATS:

Ian C. Hay pour le requérant.
H. J. Wruck pour les intimés.

SOLICITORS:

Joe, Chen, Jang, Leung & Barbour, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

PROCUREURS:

Joe, Chen, Jang, Leung & Barbour, Vancouver, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

JOYAL J.: This is an application to set aside a decision made by the Director of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), removing the applicant's security clearance as an employee of CSIS. At all material times, the applicant had been employed by the CSIS as a Chinese translator and enjoyed security clearance at the "top secret" level.

LE JUGE JOYAL: Il s'agit d'une demande visant l'annulation d'une décision par laquelle le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a retiré son habilitation de sécurité au requérant en tant qu'employé du SCRS. À toutes les époques concernées, le requérant travaillait pour le SCRS à titre de traducteur (langue chinoise) et était titulaire d'une habilitation de sécurité de niveau «très secret».

The formal decision by the CSIS Director in that regard was originally made on December 3, 1988 following an internal investigation of the conduct of the applicant. It is admitted that loss of an employee's security clearance in the CSIS means an automatic loss of employment.

À l'origine, le directeur du SCRS a rendu sa décision officielle à cet égard le 3 décembre 1988 à la suite d'une enquête interne sur la conduite du requérant. Il est admis que la perte de son habilitation de sécurité par un employé du SCRS signifie automatiquement la perte de son emploi.

Under a complaints procedure set out in the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21, the applicant filed a complaint with the Security Intelligence Review Committee (SIRC) and, after several days of hearing, SIRC issued a report favourable to the applicant. The report, forwarded to the applicant on October 23, 1989, recommended "that the decision to with-

Conformément à la procédure de plainte prévue par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, chap. 21, le requérant a porté plainte auprès du comité de surveillance du renseignement de sécurité (CSRS) et, après plusieurs jours d'audience, le CSRS a présenté un rapport favorable au requérant. Ce rapport, qui a été transmis au requérant le 23 octobre 1989,

draw Mr. Kwan's security clearance be rescinded and that his clearance be reinstated".

The Director of CSIS refused to act on that recommendation and on November 17, 1989, he so informed the applicant. This meant that the dismissal notice issued a year earlier was confirmed and that formal separation procedures would be taken.

It is from that decision that the applicant seeks relief from this Court by way of *certiorari* and *mandamus* quashing the Director's decision and requiring him to reinstate the applicant's security clearance retroactive to November 3, 1988. At the hearing of the application, however, the applicant's counsel conceded that the Court could not order that the applicant be reinstated in his employment with CSIS. In fact, that issue was now the subject of an action instituted by the applicant in this Court on November 3, 1989 (File T-2444-89) claiming damages from the Crown for wrongful dismissal. No other proceeding has been taken in that case save for the applicant's statement of claim and notice of change of solicitor.

APPLICANT'S POSITION

The main and, indeed, the only ground raised by the applicant for an order of reinstatement of his security clearance is that a "recommendation" by SIRC on a security clearance complaint is binding on the Director of CSIS. This is the view adopted by the Federal Court of Appeal in the well-known case of *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108, restated by the same Court in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1990] 2 F.C. 820.

Stone J.A. delivered the original judgment of the Court in this case. After reviewing all the terms and conditions of the enabling statute and after referring to a number of cases dealing with statute interpretation, including the English case of *Rex v. Christ's Hospital Governors. Ex parte Dunn*, [1917] 1 K.B. 19 (H.C.) and the Australian case of *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd.*

recommandait [TRADUCTION] «que la décision de retirer à M. Kwan son habilitation de sécurité soit déclarée nulle et que son habilitation soit remise en vigueur».

Le directeur du SCRS a refusé de donner suite à cette recommandation et en a informé le requérant le 17 novembre 1989. Cela signifiait que l'avis de congédiement délivré un an auparavant était confirmé et que des procédures officielles de cessation d'emploi seraient entreprises.

C'est à l'égard de cette décision que le requérant tente d'obtenir de notre Cour une mesure de redressement au moyen d'un bref de *certiorari* et d'un bref de *mandamus* annulant la décision du directeur et lui enjoignant de remettre en vigueur l'habilitation de sécurité du requérant rétroactivement au 3 novembre 1988. À l'audition de la demande, toutefois, l'avocat du requérant a reconnu que la Cour ne pouvait pas ordonner que le requérant soit réintégré dans des fonctions au sein du SCRS. De fait, cette question était alors l'objet d'une action que le requérant avait intentée devant notre Cour le 3 novembre 1989 (Dossier T-2444-89) et dans laquelle il réclamait de la Couronne des dommages-intérêts pour congédiement illégal. Aucune autre procédure n'a été prise dans cette affaire sauf la déclaration du requérant et un avis de constitution d'un nouveau procureur.

POSITION DU REQUÉRANT

Le principal et même le seul motif invoqué par le requérant en vue d'obtenir une ordonnance de remise en vigueur de son habilitation de sécurité est qu'une «recommandation» du CSRS concernant une plainte relative à une habilitation de sécurité lie le directeur du SCRS. C'est la position adoptée par la Cour d'appel fédérale dans la fameuse affaire *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108, citée de nouveau par la même Cour dans l'arrêt *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1990] 2 C.F. 820.

C'est le juge Stone, J.C.A., qui a rendu le jugement initial de la Cour dans cette affaire-là. Après examen de toutes les conditions et modalités de la loi habilitante et après renvoi à un certain nombre de décisions portant sur l'interprétation des lois, dont la décision anglaise *Rex v. Christ's Hospital Governors. Ex parte Dunn*, [1917] 1 K.B. 19 (H.C.), et la décision australienne *Myer*

and Myer Shopping Centres Pty. Ltd. v. Corporation of the City of Port Adelaide and the Attorney-General (1975), 11 S.A.S.R. 504 (S.C.), His Lordship found that the power of the SIRC to “recommend” pursuant to section 52 of the Act is, on its proper construction, a power to make a decision binding on the employer. At pages 136-137 of this judgment, he said:

In my view, the word “recommendations” in subsection 52(2) of the Act must be construed with an eye to the entire statutory scheme for the investigation of a “complaint” by an individual denied employment in the public service by reason of the denial of a security clearance. Certain features of that scheme impress me as indicating an intention of Parliament to provide the complainant with redress rather than with merely an opportunity of stating his case and of learning the basis for the denial. They include the care that was taken to establish eligibility for appointment to membership of the intervenant, the manner of selecting and tenure of office of those appointed (section 34); the requirement that each member subscribe to an oath of secrecy (section 37); the requirement that an adverse decision exist before the intervenant may commence an investigation (subsection 42(1)); the need for providing all concerned with a statement, or a copy thereof, “summarizing such information available to the Committee as will enable the complainant to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the denial of the security clearance” (section 46); the requirement that both the Director and the deputy head be informed of the complaint before it is investigated (section 47); the opportunity made available to all concerned “to make representations to the Review Committee, to present evidence and to be heard personally or by counsel” (subsection 48(2)); the broad powers of the intervenant to summon and enforce the appearance of witnesses, and to compel the giving of evidence on oath and the production of “such documents and things as the Committee deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint in the same manner and to the same extent as a superior court of record”, to administer oaths, and to receive and accept evidence or other information, whether on oath or by affidavit or otherwise (section 50); the extent of access granted the intervenant to information “notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence”, and the proscription against withholding of such information “on any grounds” unless it be a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada to which subsection 36.3(1) of the *Canada Evidence Act* applies [R.S.C. 1970, c. E-10, (as added by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4)] (subsections 39(2) and (3)).

In my view, the nature of this scheme indicates a desire by Parliament to provide a means of making full redress available to a complainant. It seems to me that a far less elaborate scheme would have sufficed had Parliament merely intended to provide means whereby a complainant might state his case to a third party and be made aware of the basis for denial of the clearance. The adoption of a detailed scheme by Parliament, which includes the obligation for a formal report in which “findings” and any “recommendations” are to be stated, sug-

Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. and Myer Shopping Centres Pty. Ltd. v. Corporation of the City of Port Adelaide and the Attorney-General (1975), 11 S.A.S.R. 504 (C.S.), Sa Seigneurie a statué que le pouvoir du CSRS de «faire des recommandations» conformément à l'article 52 de la Loi constitue, selon son sens même, un pouvoir de rendre une décision qui lie l'employeur. Il a dit, aux pages 136 et 137 de son jugement:

À mon avis, le mot «recommandations» contenu au paragraphe 52(2) de la Loi doit être interprété en tenant compte de l'ensemble du régime de la Loi auquel est soumise l'enquête relative à une «plainte» présentée par celui qui fait l'objet d'une opposition à engagement par suite du refus d'une habilitation de sécurité. J'ai été frappé, en la discernant dans certaines caractéristiques de ce régime, par la volonté du législateur d'accorder au plaignant un recours plutôt que la simple possibilité d'exposer sa cause et d'apprendre les motifs du refus. Parmi ces caractéristiques, je relève en particulier l'attention apportée aux critères de sélection et de nomination des membres de l'intervenant, de même qu'à la durée de leur mandat (article 34); leur obligation de prêter le serment de secret (article 37); la nécessité d'une décision défavorable comme préalable à l'ouverture d'une enquête (paragraphe 42(1)); l'obligation d'envoyer à toutes les parties concernées «un résumé des informations dont [le comité] dispose ... [a]fin de permettre au plaignant d'être informé de la façon la plus complète possible des circonstances qui ont donné lieu au refus d'une habilitation de sécurité» (article 46); celle d'informer à la fois le directeur et l'administrateur général de la plainte avant de procéder à une enquête (article 47); la possibilité offerte à toutes les parties concernées de «présenter des observations ... au comité de surveillance ainsi que d'être entendu en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat» (paragraphe 48(2)); les vastes pouvoirs de l'intervenant d'assigner et de contraindre les témoins à comparaître devant lui, à déposer sous serment et à produire «les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives», son pouvoir de faire prêter serment et de recevoir des éléments de preuve ou des informations par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen (article 50); l'étendue de son accès aux informations «par dérogation à toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve», et l'interdiction de lui refuser ces informations «pour quelque motifs que ce soit», à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada visés par le paragraphe 36.3(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10 (ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4)] (paragraphe 39(2) et (3)).

À mon avis, la nature de ce régime témoigne du désir du législateur de mettre à la disposition du plaignant un mécanisme complet de redressement. Il me semble en effet que le législateur aurait pu se contenter d'un régime beaucoup moins complexe s'il ne s'était agi que de permettre au plaignant d'exposer sa cause devant une tierce partie et d'être informé des raisons du refus de l'habilitation. Au contraire, le caractère détaillé du régime adopté, y compris l'obligation de rédiger un rapport formel contenant des «conclusions» et des «recommen-

gests that this latter word was used other than in its literal sense.

Applicant's counsel urges me to find that on the strength of the *Thomson* decision, the Director of CSIS is under a duty to reinstate the applicant in his security clearance.

CROWN'S POSITION

Counsel for the Crown makes no attempt to traverse the *Thomson* precedent. His argument is limited to requesting the Court to stay the applicant's motion on the grounds that the *Thomson* case is pending before the Supreme Court of Canada on a motion for leave to appeal and that it would be in the public's interest and of no evident prejudice to the applicant if the matter be stayed until the Supreme Court has ruled on the issue one way or the other.

Crown counsel argues that in the matter of a stay of proceedings, regard should be had for the fundamental requirements of public security. The Director of CSIS, he says, is obviously in a quandary over the whole issue. In his affidavit in support, the Director outlines numerous grounds arising from his Service's internal investigation as well as from those arising from further evidence adduced at the SIRC enquiry to amply justify his refusal to adhere to the SIRC recommendation and to maintain the applicant's revocation.

Counsel suggests that on the basis of the affidavit, the Director totally disagrees with the SIRC recommendation. The Director fears that reinstating the applicant, which might have the effect of automatically reinstating the applicant in his position in the security service, could well jeopardize the national security of Canada.

Crown counsel suggests as an alternative that, if the Court should feel bound by the *Thomson* decision and obliged to act upon it, the Court might very well consider granting a stay of the judgment pending the ultimate disposition of the *Thomson* case.

FINDINGS

I should first of all observe that the issue before me contains some incongruous features. The appli-

cations», semblent indiquer que ce dernier mot n'est pas employé dans son sens littéral.

L'avocat du requérant m'exhorte à conclure que, en vertu de l'arrêt *Thomson*, le directeur du SCRS est tenu de remettre en vigueur l'habilitation de sécurité du requérant.

POSITION DE LA COURONNE

L'avocat de la Couronne ne tente nullement de contester le précédent créé par l'arrêt *Thomson*. Il se limite à demander à la Cour de surseoir à la motion du requérant pour le motif que l'affaire *Thomson* fait l'objet d'une demande d'autorisation de pourvoi en Cour suprême du Canada et qu'il serait dans l'intérêt du public mais ne serait manifestement préjudiciable en rien au requérant de surseoir à l'affaire jusqu'à ce que la Cour suprême ait statué sur la question d'une façon ou de l'autre.

L'avocat de la Couronne soutient qu'en matière de suspension d'instance, il faut prendre en considération les nécessités de la sécurité publique. Le directeur du SCRS, dit-il, est visiblement bien embarrassé par toute cette question. Dans son affidavit à l'appui, le directeur expose de nombreux motifs découlant de l'enquête interne de son service et d'autres éléments de preuve produits à l'enquête menée par le CSRS pour justifier amplement son refus de souscrire à la recommandation du CSRS et maintenir le congédiement du requérant.

L'avocat laisse entendre que, selon l'affidavit, le directeur est en désaccord complet avec la recommandation du CSRS. Le directeur craint que la réintégration du requérant, qui pourrait avoir pour effet de réintégrer automatiquement le requérant dans les fonctions qu'il occupait au sein du service du renseignement de sécurité, pourrait bien mettre en danger la sécurité nationale du Canada.

L'avocat de la Couronne suggère comme solution de rechange que, si la Cour devait se sentir liée par la décision *Thomson* et obligée d'agir en conséquence, elle pourrait très bien envisager la possibilité de surseoir au jugement en attendant une décision définitive dans l'affaire *Thomson*.

CONSTATATIONS

Je ferai d'abord remarquer que la question dont je suis saisi présente des particularités surprenan-

cant has been dismissed from CSIS and absent his reinstatement as an employee of that Service, a security clearance would be of doubtful value to him. The other feature is that obviously the applicant has lost the confidence of his Director. Were he to be reinstated in his position as a Chinese translator, he would presumably be denied access to any classified information and would not be permitted to deal with any sensitive information. The compatibility of that restricted role with the intense security mode of the CSIS is, in my respectful view, very doubtful.

The further observation is that in the *Thomson* case the position offered to the employee was as Project Planning Officer in the International Affairs Directorate in Agriculture Canada, a position for which a "secret" level security clearance was required as the duties of that office would entail from time to time access to confidential documents. Security clearance was not a condition since *qua non* for employment in the Public Service of Canada but limited to that particular office.

In the case of the applicant, however, the situation might raise greater concern. As a member of the security service itself, and for which top level security clearance is a condition of employment, the applicant would be directly involved in classified information and would be carrying out his duties within the narrow perimeter of a service where security consciousness is so strong that, as the applicant himself aptly put it, one breathes it. One might conclude that in such circumstances, a security assessment or re-assessment might be subject to more stringent standards.

Those, however, are mere observations on my part. On the strength of the *Thomson* case, I cannot make a distinction between one class of employee and another. The judgment of Stone J.A. makes no such distinction and neither, for that matter, does the SIRC decision. The simple principle propounded by the Court of Appeal is that a "recommendation" by SIRC is, in law, a decision binding on the CSIS Director. I am equally bound by the Court of Appeal's ruling and I must necessarily apply it to the case before me.

tes. Le requérant a été congédié du SCRS et, s'il n'était pas réintégré dans ses fonctions au SCRS, une habilitation de sécurité ne lui serait peut-être pas d'une grande utilité. L'autre particularité est que le requérant a manifestement perdu la confiance de son directeur. S'il devait être réintégré dans ses fonctions de traducteur (langue chinoise), il n'aurait probablement accès à aucun renseignement classifié et ne pourrait pas s'occuper de renseignements délicats. À mon humble avis, il est très douteux que ce rôle restreint soit compatible avec les méthodes de travail du SCRS, qui reposent sur une sécurité extrême.

L'autre remarque est que, dans l'affaire *Thomson*, le poste offert à l'employé en était un de fonctionnaire chargé de la planification de projets à la Direction des affaires internationales d'Agriculture Canada, poste qui exigeait une habilitation de sécurité de niveau «secret» car les fonctions de ce poste comporteraient à l'occasion l'accès à des documents confidentiels. L'habilitation de sécurité ne constituait pas une condition essentielle d'emploi dans la Fonction publique du Canada mais se limitait à ce poste particulier.

Dans le cas du requérant, toutefois, la situation pourrait soulever une considération plus importante. En tant que membre du service même du renseignement de sécurité, pour lequel une habilitation de sécurité du niveau le plus élevé est une condition d'emploi, le requérant serait directement en contact avec des renseignements classifiés et exercerait ses fonctions à l'intérieur du périmètre étroit d'un service où il y a un si grand souci de sécurité que, comme le dit si bien le requérant, cela se sent. On pourrait conclure que, dans de telles circonstances, une évaluation ou une nouvelle évaluation de sécurité pourrait être assujettie à des normes plus strictes.

Il s'agit cependant de simples observations de ma part. Je ne peux pas, en vertu de l'affaire *Thomson*, faire de distinction entre deux catégories d'employés. Le juge Stone, J.C.A., ne fait pas de distinction de ce genre dans les motifs de son jugement, et le CSRS n'en fait pas non plus à ce sujet-là. La seule règle proposée par la Cour d'appel est qu'une «recommandation» du CSRS constitue, en droit, une décision qui lie le directeur du SCRS. Je suis pareillement lié par la décision de la Cour d'appel et je dois nécessairement l'appliquer à l'affaire dont je suis saisi.

CONCLUSION

In brief terms and on the strength of the *Thomson* decision, an order will issue to the Director to reinstate the applicant at the level of security clearance he enjoyed immediately prior to the removal of it. I should not believe that this reinstatement be of such prejudice to the Crown as to justify a stay in those proceedings or a stay in the execution of the order.

A particular security clearance, in my view, is of little practical consequence unless the holder is exercising duties and functions where such clearance is a requirement. Such is not the position of the applicant at this stage. In his action for wrongful dismissal pending before this Court, his claim is for damages and not for reintegration in his employment. Obviously, if the decision in the *Thomson* case should stand, the applicant's claim for damages would be stronger. It is admitted by the Crown in that respect that the loss of the applicant's security clearance was the only ground for his loss of employment.

There is also the possibility that on the strength of the *Thomson* case, the applicant would amend his statement of claim to include reinstatement in his employment. That is, however, another bridge which will have to be faced or crossed at some future date. If, in the course of that action or at any time, the Crown should have cause to grieve on grounds of public interest and national security or otherwise, it may always take such proceedings as it deems appropriate.

The applicant is entitled to his costs.

CONCLUSION

En résumé et en vertu de la décision *Thomson*, une ordonnance enjoindra au directeur de réintégrer le requérant au niveau de l'habilitation de sécurité dont il était titulaire immédiatement avant que celle-ci ne lui soit retirée. Je ne croirais pas que cette réintégration entraîne pour la Couronne un préjudice grave au point de justifier un sursis de ces procédures ou un sursis d'exécution de l'ordonnance.

Une habilitation de sécurité particulière a, me semble-t-il, peu de conséquences pratiques à moins que son titulaire n'exerce des fonctions où une telle habilitation est requise. Ce n'est pas le cas du requérant à cette étape-ci. Dans son action pour congédiement illégal qui est en instance devant notre Cour, il réclame des dommages-intérêts et non pas la réintégration dans ses fonctions. Il est évident que, si la décision rendue dans l'affaire *Thomson* devait demeurer valable, la demande de dommages-intérêts présentée par le requérant n'en serait que mieux fondée. La Couronne admet à cet égard que la perte de son habilitation de sécurité par le requérant constituait le seul motif de la perte de son emploi.

Il est également possible que, en s'appuyant sur l'arrêt *Thomson*, le requérant modifie sa déclaration pour y ajouter la réintégration dans ses fonctions. C'est toutefois une autre question à laquelle il faudra faire face ou qu'il faudra trancher éventuellement. Si, dans le cadre de cette action-là ou à ce moment-là, la Couronne avait à se désoler pour des raisons d'intérêt public et de sécurité nationale ou autres, elle pourrait toujours tenter les procédures qui lui sembleraient appropriées.

Le requérant aura droit à ses dépens.

T-1144-89

T-1144-89

Eleanor A. Consulting Ltd. (Plaintiff)

v.

Eleanor's Fashions Limited (Defendant)

INDEXED AS: ELEANOR A. CONSULTING LTD. v. ELEANOR'S FASHIONS LTD. (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Halifax, September 12, 1989; Ottawa, August 28, 1990.

Injunctions — To restrain use of names for women's clothing store pending trial of trade mark infringement action — Principle no injunction if disposing of action — Serious question to be tried, not prima facie case, threshold test — Case not to be decided on merits at interlocutory stage — Pleadings establishing serious issues — Respondent not adducing evidence of problems if injunction granted — Irreparable harm not established.

Trade marks — Infringement — Interlocutory injunction to restrain use of names in association with women's clothing store — Confusion — Deemed infringement — Passing off — Serious question to be tried — Irreparable harm not established.

This was an application for an interlocutory injunction pending trial of a trade mark infringement action to restrain the respondent from using "Eleanor's" or "Eleanor's Fashion Gallery" in association with a women's apparel retail store. Since 1986, the applicant has operated a retail store, which sells custom-made and ready-to-wear women's clothing as well as cosmetics and colour and fashion analysis services under the trade mark "Eleanor A." Over three years, clothing sales brought in about \$22,000. The respondent has operated a retail women's clothing store about 2.5 miles from the applicant's premises since March 1989, under the trade name "Eleanor's Fashion Gallery". The respondent sells only designer label ready-to-wear clothing and accessories. Projected sales for the first year were \$240,000. A cease and desist letter was sent to the respondent in March 1989 when the applicant's president became concerned about confusion between the two businesses after customers congratulated her on the opening of the new store.

The applicant argued that the respondent's use of the names "Eleanor's" and "Eleanor's Fashion Gallery" created a strong *prima facie* case of confusion with the registered trade mark "Eleanor A.", within *Trade-marks Act*, section 6, a use prohibited by paragraph 7(b), and a deemed infringement. It submit-

Eleanor A. Consulting Ltd. (demanderesse)

c.

a

Eleanor's Fashions Limited (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: ELEANOR A. CONSULTING LTD. c. ELEANOR'S FASHIONS LTD. (1^{re} INST.)

b

Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 12 septembre 1989; Ottawa, 28 août 1990.

c

Injonctions — En vue d'empêcher l'utilisation de certains noms à l'égard d'un magasin de vêtements pour dames en attendant l'instruction d'une action pour contrefaçon d'une marque de commerce — Principe voulant qu'aucune injonction ne soit accordée si elle a pour effet de trancher le litige — Le critère préliminaire est celui de l'existence d'une question sérieuse à trancher et non celui de l'apparence de droit — Il ne faut pas, au stade interlocutoire, statuer sur le fond du litige — Actes de procédure établissant l'existence de questions sérieuses à trancher — L'intimée n'a présenté aucune preuve quant aux problèmes qu'entraînerait pour elle l'octroi d'une injonction — Aucune preuve d'un préjudice irréparable.

d

e

Marques de commerce — Contrefaçon — Injonction interlocutoire tendant à empêcher l'utilisation de certains noms en liaison avec un magasin de vêtements pour dames — Confusion — Contrefaçon par imputation — Passing off — Question sérieuse à trancher — Aucune preuve d'un préjudice irréparable.

f

Il s'agit d'une demande visant à obtenir une injonction interlocutoire qui interdirait à l'intimée d'utiliser les noms «Eleanor's» ou «Eleanor's Fashion Gallery» à l'égard d'un magasin de vente au détail de vêtements pour dames en attendant que soit instruite une action pour contrefaçon d'une marque de commerce. Depuis 1986, la requérante exploite un magasin de détail où se vendent sous le nom commercial «Eleanor A.» des vêtements pour dames faits sur mesure et prêts à porter ainsi que des produits de beauté et des services d'analyse de couleurs et de mode. Sur une période de trois ans, les ventes de vêtements ont rapporté environ 22 000 \$. L'intimée exploite depuis mars 1989, sous le nom commercial «Eleanor's Fashion Gallery», un magasin de vente au détail de vêtements pour dames à environ 2,5 milles de l'établissement de la requérante. L'intimée ne vend que du prêt-à-porter et des accessoires qui sont griffés. On prévoyait un chiffre d'affaires de 240 000 \$ pour le premier exercice. La présidente de la société requérante commençait à s'inquiéter de la possibilité de confusion des deux entreprises après que des clients l'eurent félicitée de l'ouverture du nouveau magasin et, en mars 1989, on a fait tenir à l'intimée une lettre lui demandant de cesser l'utilisation des noms en question.

g

h

i

j

La requérante soutient que l'emploi par l'intimée des noms «Eleanor's» et «Eleanor's Fashion Gallery» constitue à première vue une preuve convaincante de confusion avec la marque de commerce enregistrée «Eleanor A.» au sens de l'article 6 de la *Loi sur les marques de commerce*, d'un emploi interdit par

ted that infringement of the proprietary right in a registered trade mark *per se* constitutes irreparable harm.

The respondent argued that the applicant's trade mark, consisting largely of a common first name, is an inherently weak mark, not entitled to broad protection. It was further argued that courts should deny an injunction where, as here, to do so would dispose of the action finally and that in such cases an applicant must establish at least a *prima facie* case.

Held, the application should be dismissed.

The threshold test for an interlocutory injunction in trade mark matters is a serious question to be tried, not a *prima facie* case. The rationale for rejecting the *prima facie* test is that the interlocutory court should not decide the merits of the case. To assess whether an application raises a serious question to be tried, recourse must be had to the pleadings. The causes of action raised were infringement under section 19, deemed infringement under section 20 and passing off pursuant to paragraph 7(b). Confusion, as it relates to these provisions, involves difficult issues of fact and law. There were serious issues to be tried.

In answer to respondent's submission as to an injunction disposing of the action finally, it had to be understood that the question was not whether respondent would choose to proceed to trial were an interlocutory injunction granted but whether, in the circumstances and on the evidence presented at the interlocutory stage, there would be nothing to be gained by the unsuccessful party in the event of ultimate success at trial. Respondent had not adduced evidence as to the costs or difficulties it would face were the injunction granted. Indeed, based on respondent's business growth expectations, it could be very much in its interest to go on to trial were it to sustain loss due to an interlocutory injunction.

There was little evidence of irreparable harm to either party as either could be adequately compensated by damages or by an accounting of profits. This conclusion was subject to consideration of the applicant's argument that infringement or deemed infringement itself results in irreparable harm. Although the unauthorized use of a registered trade mark results in irreparable harm, it is insufficient to merely plead infringement. Unless an applicant can demonstrate infringement, there must be other evidence of irreparable harm. There was here sufficient evidence neither of irreparable harm caused by a trade mark having been knowingly infringed nor of confusion to support a finding of deemed infringement.

l'alinéa 7b) et d'une violation réputée du droit à l'utilisation exclusive de la marque de commerce. Elle prétend que la violation d'un droit de propriété sur une marque de commerce enregistrée constitue en soi un préjudice irréparable.

- a L'intimée fait valoir que la marque de commerce de la requérante, consistant en grande partie dans un prénom commun, est une marque intrinsèquement faible qui ne bénéficie pas d'une protection étendue. Elle soutient en outre que les tribunaux devraient refuser d'accorder une injonction lorsque, comme en l'espèce, cela trancherait définitivement le litige, et que dans des cas semblables le requérant doit établir à tout le moins une apparence de droit suffisante.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

- c Le critère préliminaire qui doit être rempli pour que soit accordée une injonction interlocutoire dans les affaires en matière de marques de commerce est celui de l'existence d'une question sérieuse à trancher et non celui de l'apparence de droit. Le raisonnement à la base du rejet du critère de l'apparence de droit est qu'il n'appartient pas au tribunal saisi d'une requête interlocutoire de statuer sur le fond du litige. Pour établir si une demande soulève une question sérieuse à trancher, on doit examiner les actes de procédure. Les causes d'action avancées sont la violation des droits exclusifs sur une marque de commerce prévue à l'article 19, la violation réputée visée à l'article 20 et le *passing off*, dont il est question à l'alinéa 7b). La confusion soulève, par rapport à ces dispositions, d'épineuses questions de fait et de droit. Il y a des questions sérieuses à trancher.

- f Pour ce qui est de l'argument de l'intimée selon lequel une injonction trancherait définitivement le litige, il faut comprendre que la question n'est pas de savoir si l'intimée choisirait de faire instruire le litige au cas où une injonction interlocutoire serait accordée, mais bien de savoir si, eu égard aux circonstances et aux éléments de preuve présentés à l'étape interlocutoire, la partie qui succombe n'aurait rien à gagner si elle obtenait finalement gain de cause au procès. L'intimée n'a présenté aucune preuve quant aux frais et aux difficultés qu'entraînerait pour elle l'octroi d'une injonction. De fait, compte tenu des attentes de l'intimée en ce qui concerne la croissance de son entreprise, il pourrait être grandement dans son intérêt de faire instruire le litige si elle subissait un préjudice par suite d'une injonction interlocutoire.

- h On a produit peu d'éléments de preuve établissant un préjudice irréparable pour l'une ou l'autre partie, car l'une ou l'autre pourrait être adéquatement dédommée par des dommages-intérêts ou par une reddition de compte des profits. Cette conclusion dépend toutefois de l'examen de l'argument de la requérante suivant lequel la violation ou la violation réputée crée en elle-même un préjudice irréparable. Bien que l'usage non autorisé d'une marque de commerce enregistrée crée un préjudice irréparable, il ne suffit pas de simplement invoquer la contrefaçon. À moins qu'il ne réussisse à démontrer la contrefaçon, un requérant doit présenter d'autres éléments de preuve établissant un préjudice irréparable. La preuve produite en l'espèce ne suffit ni pour établir un préjudice irréparable résultant du fait qu'on a sciemment contrefait une marque de commerce, ni pour établir une confusion pouvant fonder une conclusion à la contrefaçon réputée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42.
Partnerships and Business Names Registration Act,
R.S.N.S. 1967, c. 225.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 7, 19, 20.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc., [1989] 2
F.C. 451; (1989), 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.
(1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11
F.T.R. 139 (F.C.T.D.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.*
(1989), 26 C.P.R. (3d) 481; 28 F.T.R. 124 (F.C.T.D.);
Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oats Co. of Can.
(1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

NWL Ltd v Woods, [1979] 3 All ER 614 (H.L.); *Imperi-
al Chemical Industries PLC v. Apotex Inc.*, [1989] 2
F.C. 608; (1989), 22 C.I.P.R. 201; 23 C.P.R. (3d) 1; 26
F.T.R. 31 (T.D.); *Universal City Studios, Inc. v. Zellers
Inc.*, [1984] 1 F.C. 49; (1983), 73 C.P.R. (2d) 1 (T.D.).

REFERRED TO:

Munsingwear, Inc. v. Juvena Produits de Beauté SA *f*
(1985), 5 C.P.R. (3d) 244 (Opp. Bd.); *Asbjorn Horgard
A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544;
(1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R.
(3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.); *Sarah
Coventry, Inc. v. Abrahamian et al.* (1984), 1 C.P.R. (3d)
238 (F.C.T.D.); *Beam of Canada Inc. v. Arnold Holdings
Ltd.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 475; 18 F.T.R. 241
(F.C.T.D.); *Popsicle Industries Ltd. v. Ault Foods Ltd.*
(1987), 17 C.I.P.R. 86; 17 C.P.R. (3d) 1; 16 F.T.R. 186
(F.C.T.D.); *Cochrane-Dunlop Hardware Ltd. v. Capital
Diversified Industries Ltd.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 176
(Ont. C.A.).

COUNSEL:

Diane E. Cornish for plaintiff.
Michael V. Coyle for defendant.

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for
plaintiff.
Thorpe, Buntain, Muttart & Forse, Kentville,
Nova Scotia, for defendant.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985),
chap. T-13, art. 6, 7, 19, 20.
Partnerships and Business Names Registration Act,
R.S.N.S. 1967, chap. 225.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc., [1989] 2
C.F. 451; (1989), 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.
(1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11
F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.); *Syntex Inc. c. Novopharm
Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 481; 28 F.T.R. 124 (C.F. 1^{re}
inst.); *Maple Leaf Mills Ltd. c. Quaker Oats Co. of Can.*
(1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

NWL Ltd v Woods, [1979] 3 All ER 614 (H.L.); *Impe-
rial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc.*, [1989] 2
C.F. 608; (1989), 22 C.I.P.R. 201; 23 C.P.R. (3d) 1; 26
F.T.R. 31 (1^{re} inst.); *Universal City Studios, Inc. c.
Zellers Inc.*, [1984] 1 C.F. 49; (1983), 73 C.P.R. (2d) 1
(1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Munsingwear, Inc. c. Juvena Produits de Beauté SA
(1985), 5 C.P.R. (3d) 244 (Comm. des opp.); *Asbjorn
Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3
C.F. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263;
14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.);
Sarah Coventry, Inc. c. Abrahamian et autres (1984), 1
C.P.R. (3d) 238 (C.F. 1^{re} inst.); *Beam of Canada Inc. c.
Arnold Holdings Ltd.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 475; 18
F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.); *Popsicle Industries Ltd. c.
Ault Foods Ltd.* (1987), 17 C.I.P.R. 86; 17 C.P.R. (3d)
1; 16 F.T.R. 186 (C.F. 1^{re} inst.); *Cochrane-Dunlop
Hardware Ltd. v. Capital Diversified Industries Ltd.*
(1976), 30 C.P.R. (2d) 176 (C.A. Ont.).

AVOCATS:

Diane E. Cornish pour la demanderesse.
Michael V. Coyle pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour la
demanderesse.
Thorpe, Buntain, Muttart & Forse, Kentville,
Nouvelle-Écosse, pour la défenderesse.

The following are the reasons for order rendered in English by

MACKAY J.: This is an application for an interlocutory injunction pending trial of an action already initiated. Relief is sought to restrain the respondent, until trial or other disposition of the action, from:

(i) offering to perform, performing or advertising the services of the operation of a retail store selling women's clothing and accessories or similar wares in association with the trade marks and trade names "Eleanor's" or "Eleanor's Fashion Gallery";

(ii) using or advertising those trade marks and trade names or any other that is confusing with the trade mark and trade name "Eleanor A.";

(iii) infringing Canadian trade mark registration no. 563,184; and,

(iv) directing public attention to its services or business in such a way as to cause confusion with the wares, services and business of the applicant.

The basis of the action and of this application is a claim that the respondent has infringed and is deemed to have infringed the applicant's exclusive right to the use throughout Canada of its registered trade mark "Eleanor A."; that the respondent has directed and continues to direct public attention to its wares, services and business in such a way as to cause confusion between those and the wares, services or business of the applicant and the respondent's use of the trade marks and trade names "Eleanor's" and "Eleanor's Fashion Gallery" is confusing with the applicant's registered trade marks; that, if its activities continue, the applicant will suffer irreparable harm; and that the balance of convenience with respect to the interlocutory injunction sought is in favour of the applicant.

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

LE JUGE MACKAY: Il s'agit d'une requête visant à obtenir une injonction interlocutoire en attendant que soit instruite une action qui a déjà été entamée. La requérante sollicite une réparation en vue d'interdire à l'intimée, jusqu'au procès ou jusqu'à ce qu'il soit autrement statué sur l'action:

(i) d'offrir d'exécuter, d'exécuter ou d'annoncer les services liés à la gestion d'un magasin de vente au détail de vêtements et d'accessoires pour dames ou d'autres marchandises similaires en liaison avec les marques de commerce ou les noms commerciaux «Eleanor's» et «Eleanor's Fashion Gallery»;

(ii) d'employer ou d'annoncer les marques de commerce et noms commerciaux en question ou toute autre marque de commerce ou tout autre nom commercial créant de la confusion avec la marque de commerce et le nom commercial «Eleanor A.»;

(iii) de violer l'enregistrement canadien de marque de commerce n° 563 184;

(iv) d'appeler l'attention du public sur ses services ou son entreprise de manière à causer de la confusion avec les marchandises, les services et l'entreprise de la requérante;

Au soutien de l'action et de la présente requête, la requérante prétend que l'intimée a violé et est réputée avoir violé le droit exclusif de la requérante à l'emploi, dans tout le Canada, de sa marque de commerce enregistrée «Eleanor A.» Elle allègue également que l'intimée a appelé et continue d'appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services et son entreprise de manière à causer de la confusion entre ses marchandises, ses services et son entreprise et ceux de la requérante, et que l'emploi par l'intimée des marques de commerce et des noms commerciaux «Eleanor's» et «Eleanor's Fashion Gallery» crée de la confusion avec les marques de commerce enregistrées de la requérante. Elle affirme en outre que si l'intimée poursuit ses activités, la requérante subira un préjudice irréparable et qu'en ce qui concerne l'injonction interlocutoire sollicitée, la prépondérance des inconvénients favorise la requérante.

Background

Since June 1986, the applicant, Eleanor A. Consulting Ltd., a company incorporated in Ontario, has operated a retail store in Kentville, Nova Scotia, selling women's clothing and accessories, body care preparations, cosmetics and colour and fashion analysis services, as well as cosmetic consultation. This business is operated under the trade name "Eleanor A." That trade name is frequently presented in script form, written on one horizontal line, and is so used on the sign identifying the store in its window, on business cards, newsletters, in advertisements, on labels affixed to cosmetics, and within the second of two registered trade marks as used on hangtags affixed to items of clothing. The plaintiff [applicant] states that its trade marks are often associated with the colour pink which is often used as a background for the trade mark and the trade name. That colour is said to be featured in its store premises, a feature questioned in regard to the store by the secretary-manager of the respondent.

The first mark registered by the applicant is "Eleanor A.", Canadian registration number 346,759, applied for in May 1986 and registered October 21, 1988, for use in association with perfumes, cosmetics, cosmetic brushes, bags and accessories, body care preparations and the operation of colour analysis and cosmetic consultation services. I note for the record that the certificate of registration includes the trade mark "Eleanor A." in printed capital letters, not in script form and that no design for use of the trade mark is included in the registration certificate. The second trade mark of the applicant is "Palettes by Eleanor A.", Canadian application number 563,184, applied for in May 1986, registration of which was still pending in June 1989 when this action commenced. This second trade mark was applied for use in association with clothing and accessories, and the

Genèse de l'instance

Depuis le mois de juin 1986, la requérante Eleanor A. Consulting Ltd., une compagnie qui a été constituée en personne morale en Ontario, exploite un magasin de détail à Kentville, en Nouvelle-Écosse. Elle vend des vêtements et des accessoires pour dames, des produits pour le corps, des produits de beauté et des services d'analyse de couleurs et de mode et de consultation en matière de produits de beauté. L'entreprise est exploitée sous le nom commercial de «Eleanor A.» Ce nom commercial est fréquemment écrit en script, sur une ligne horizontale, et apparaît sous cette forme sur l'enseigne par laquelle la requérante identifie le magasin dans sa vitrine, ainsi que sur ses cartes professionnelles, ses communiqués de presse, dans sa publicité, sur les étiquettes apposées sur les produits de beauté, et à l'intérieur de la seconde de deux marques de commerce enregistrées qui est employée sur les étiquettes volantes fixées sur les vêtements. La demanderesse [requérante] affirme que ses marques de commerce sont souvent associées à la couleur rose qui est souvent utilisée comme fond pour la marque de commerce et le nom commercial. Elle prétend que cette couleur apparaît dans son magasin, ce que conteste la secrétaire générale de l'intimée.

La première marque enregistrée par la requérante est la marque «Eleanor A.» (numéro d'enregistrement canadien 346 759), dont l'enregistrement a été demandé en mai 1986 et a été obtenu le 21 octobre 1988, pour être employée en liaison avec des parfums, des produits de beauté, des pinceaux à maquillage, des sacs et des accessoires, des produits pour le corps et l'exploitation de services d'analyse de couleurs et de consultation en matière de produits de beauté. Je signale pour mémoire que, dans le certificat d'enregistrement, la marque de commerce «Eleanor A.» est inscrite en lettres majuscules imprimées et non en écriture script et que le certificat d'enregistrement ne comprend pas de dessin pour l'utilisation de la marque de commerce. La seconde marque de commerce de la requérante est la marque «Palettes by Eleanor A.» (numéro d'enregistrement canadien 563 184), dont l'enregistrement a été demandé en mai 1986 et était encore en instance en juin 1989 lorsque la présente action a été introduite. Cette seconde marque a été demandée pour être employée en

operation of a business of fashion analysis, personal shopping and wardrobe planning, as well as a retail business dealing in clothing and accessories.

Since June 1986 the applicant has offered for sale and has sold, in its Kentville store, women's clothing and accessories bearing a number of different trade marks. In May 1987 it began introducing its own line of fashion clothing sold under its trade marks. Initially the marks were used in association with sweaters, in June 1988 in association with women's casual clothing and lingerie and in October 1988 with dresses. Both trade marks are said to have been used in association with this line of fashion clothing with a pink hangtag bearing the trade marks attached to each item of clothing.

In the three years from July 1986 to June 1989 the applicant's revenues from sales exceeded a total of \$63,000 for services and wares, some \$28,000 in the first year and in excess of \$17,000 in each of the second and third years. Revenues attributable to sales of women's clothing vary from 28 to 39 percent for these years, which I calculate as about 35 percent or \$22,000 for the entire period. The clothing and accessories sold is said to include ready-to-wear garments bearing different trade marks, but since the introduction of its own line of fashion clothing in May 1987, now a feature of the applicant's business, customers also choose from a relatively small number of samples of the applicant's design or from the applicant's catalogue. From this choice garments are then custom-made to fill a customer's order. This selection may follow a consultation service that advises on the most suitable choice of colours for the customer and on wardrobe planning.

Since March 1989, the respondent, Eleanor's Fashions Limited, has operated a retail women's

liaison avec des vêtements et des accessoires et pour l'exploitation d'une entreprise d'analyse de mode, de planification d'employettes et de garde-robe personnelles, et de vente au détail de vêtements et d'accessoires.

Depuis juin 1986, la requérante offre en vente et vend, à son magasin de Kentville, des vêtements et des accessoires pour dames portant plusieurs marques de commerce différentes. En mai 1987, elle a lancé ses propres vêtements mode sous ses marques de commerce. Au début, les marques étaient employées en liaison avec des tricotés, puis, à partir de juin 1988, en liaison avec des vêtements sport et de la lingerie pour dames, et, à compter d'octobre 1988, avec des robes. On dit que les deux marques de commerce ont été utilisées en liaison avec les vêtements mode en question, auxquels est fixée une étiquette volante rose portant les marques de commerce apposées sur chaque vêtement.

Au cours des trois exercices qui se sont écoulés entre le mois de juillet 1986 et le mois de juin 1989, le chiffre d'affaires de la requérante a dépassé 63 000 \$ au titre des services et des marchandises; il s'établissait à environ 28 000 \$ pour le premier exercice et à plus de 17 000 \$ pour le deuxième et le troisième exercice respectivement. Les recettes imputables à la vente de vêtements pour dames représentaient entre 28 et 39 pour cent du chiffre d'affaires au cours des exercices en question, ce qui, selon mes calculs, équivaut à environ 35 % ou 22 000 \$ pour toute la période. On dit que les vêtements et les accessoires qui sont vendus comprennent du prêt-à-porter arborant différentes marques de commerce, mais depuis que la requérante a lancé, en mai 1987, ses propres vêtements mode qui font partie intégrante de son entreprise, les clientes peuvent aussi choisir sur échantillons des modèles dessinés par la requérante—dont le nombre est relativement restreint—ou consulter le catalogue de la requérante. Après que ce choix a été fait, les vêtements sont ensuite confectionnés sur mesure pour exécuter la commande d'une cliente. Cette sélection fait parfois suite à une séance de consultation au cours de laquelle on conseille la cliente au sujet du choix de couleurs qui lui convient le mieux et au sujet de la planification de sa garde-robe.

Depuis le mois de mars 1989, l'intimée Eleanor's Fashions Limited dirige un magasin de détail de

clothing store in New Minas, approximately 2.5 miles from the applicant's Kentville premises, operating under the trade name "Eleanor's Fashion Gallery". It is not clear whether it uses its registered corporate name "Eleanor's Fashions Limited" for some corporate purposes.

The respondent company was incorporated under the Nova Scotia *Companies Act*, R.S.N.S. 1967, c. 42 as amended, in November 1988 and in December of that year the respondent registered the business name "Eleanor's Fashion Gallery" under the Nova Scotia *Partnerships and Business Names Registration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 225. That business name or trade name is featured on the sign identifying the respondent's premises at New Minas, on business cards, invoices and other business forms, and in advertisements placed and packaging used by the respondent. Generally the name is used with the word "Eleanor's" in script form on slight angle rising to the right and underlined, with the words "Fashion Gallery" immediately following in larger block capital print on a horizontal line. The name is often used in association with a colour which the applicant here characterizes as similar to the pink colour it has used in association with its trade mark, a comparison not accepted by the respondent who denies using pink and describes the colour it uses as plum.

In contrast to the applicant's business, the respondent sells only ready-to-wear "designer label" women's clothing and accessories. When this matter was heard in September 1989 the store was said to contain stock in excess of \$100,000. In its first few months of operation the respondent's sales of women's clothing ranged from \$14,000 to \$20,000 per month and projected annual sales for the first year were \$240,000.

In February 1989 the bank, in error, debited the applicant's account with a charge which upon enquiry was attributable to the issue of a letter of credit on behalf of a business using the name "Eleanor" which was expected to open in New

vêtements pour dames à New Minas, à environ 2,5 milles de l'établissement que possède la requérante à Kentville. L'intimée fait affaire sous le nom commercial de «Eleanor's Fashion Gallery». On ne sait pas avec certitude si elle utilise sa raison sociale enregistrée «Eleanor's Fashions Limited» pour poursuivre l'un des buts qu'elle s'est assignés à sa fondation.

La compagnie intimée a été constituée en personne morale en novembre 1988 sous le régime de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 42, modifiée. En décembre de la même année, l'intimée a fait enregistrer sa raison sociale «Eleanor's Fashion Gallery» en vertu de la *Partnerships and Business Names Registration Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 225. Cette raison sociale ou ce nom commercial figure sur l'enseigne qui identifie l'établissement de l'intimée à New Minas, sur des cartes professionnelles, des factures et d'autres imprimés commerciaux, ainsi que dans la publicité et sur les emballages utilisés par l'intimée. En règle générale, le mot «Eleanor's» est inscrit en écriture script légèrement inclinée vers la droite et est souligné, et il est immédiatement suivi des mots «Fashion Gallery», écrits en caractères majuscules d'imprimerie plus gros sur une ligne horizontale. Le nom est souvent employé en liaison avec une couleur que la requérante à l'instance qualifie de semblable à la couleur rose qu'elle emploie en liaison avec sa marque de commerce. L'intimée n'accepte pas cette comparaison et nie qu'elle utilise la couleur rose et affirme qu'elle emploie la couleur prune.

Par contraste avec l'entreprise de la requérante, l'intimée ne vend que du prêt-à-porter et des accessoires pour dames qui sont «griffés». On dit qu'au moment de l'audition de la présente affaire en septembre 1989, le magasin contenait plus de 100 000 \$ en marchandises. Au cours de ses premiers mois d'activité, l'intimée a tiré de la vente de vêtements pour dames des recettes qui variaient entre 14 000 \$ et 20 000 \$ par mois et elle prévoyait atteindre un chiffre d'affaires annuel de 240 000 \$ pour son premier exercice.

En février 1989, la banque a par erreur débité le compte de la requérante de frais qui, après enquête, se sont avérés imputables à une lettre de crédit délivrée au nom d'une entreprise employant le nom «Eleanor» qui devait ouvrir ses portes à

Minas. In early March the applicant's president, Eleanor A. Lynch, became aware of the existence of the respondent when she saw a newspaper advertisement concerning the opening of the respondent's store in New Minas. At that time, she became concerned that there might be some confusion in the minds of customers in regard to the two establishments because of the use of the name "Eleanor" which is common to both businesses, and incidentally is the common name of the principals involved in the two corporate parties in this application. She felt justified in this opinion when some customers and friends congratulated her on the opening of the new store believing it to be another store of the applicant company.

On March 23, 1989, the applicant's counsel wrote to the respondent, bringing to its attention the applicant's registered trade mark and use of the trade name "Eleanor A.", expressing concern about the respondent's use of its name as likely to cause confusion and infringement of the applicant's rights, and urging that use by the respondent of the names "Eleanor's" and "Eleanor's Fashion Gallery" cease. When no settlement of the matter was achieved, the applicant commenced this action on June 7, 1989. In July this application for interlocutory relief was filed.

In certain paragraphs of the statement of claim initiating action in this matter the applicant alleges, as grounds for the relief sought and in relation to the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13:

13. At the time the Defendant commenced use of the trade-marks and trade-names "ELEANOR'S" and "ELEANOR'S FASHIONS GALLERY", it did so with knowledge of the Plaintiff's trade-mark and trade-name "ELEANOR A." and with the intention of trading on the reputation built up by the Plaintiff in its trade-mark and trade-name.

14. Each of the trade-marks and trade-names "ELEANOR'S" and "ELEANOR'S FASHION GALLERY" as used in Canada by the Defendant as alleged in paragraph 12 is, and at all material times has been, confusing with the Plaintiff's trade-mark and trade-name "ELEANOR A."

15. Each of the trade-marks and trade-names "ELEANOR'S" and "ELEANOR'S FASHION GALLERY" as used in Canada by the Defendant as alleged in paragraph 12 is, and at

New Minas. Au début de mars, la présidente de la requérante, Eleanor A. Lynch, a appris l'existence de l'intimée en voyant une publicité dans un journal concernant l'ouverture du magasin de l'intimée à New Minas. À l'époque, elle craignait qu'une confusion ne soit créée dans l'esprit des clients au sujet des deux établissements à cause de l'emploi du nom «Eleanor» qui est commun aux deux entreprises, et qui, soit dit en passant, est le prénom des dirigeantes des deux personnes morales en cause en l'espèce. Elle a conclu que ses craintes étaient fondées lorsque certains clients et amis l'ont félicitée de l'ouverture du nouveau magasin, croyant qu'il s'agissait d'un autre magasin de la compagnie requérante.

Le 23 mars 1989, l'avocate de la requérante a écrit à l'intimée une lettre dans laquelle elle a appelé son attention sur la marque de commerce enregistrée de la requérante et sur l'emploi du nom commercial «Eleanor A.». L'avocate a précisé qu'en utilisant ce nom l'intimée risquait de créer de la confusion et de violer les droits de la requérante, et elle a instamment demandé à l'intimée de cesser d'utiliser les noms «Eleanor's» et «Eleanor's Fashion Gallery». À la suite de l'échec des tentatives de conciliation des parties, la requérante a introduit la présente action le 7 juin 1989. En juillet, la présente requête en injonction interlocutoire a été déposée.

Dans certains des paragraphes de la déclaration introductive d'instance, la requérante invoque les moyens suivants au soutien de la réparation qu'elle sollicite en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), chap. T-13:

[TRADUCTION] 13. Au moment où la défenderesse a commencé à employer les marques de commerce et les noms commerciaux «ELEANOR'S» et «ELEANOR'S FASHIONS GALLERY», elle connaissait l'existence de la marque de commerce et du nom commercial «ELEANOR A.» de la demanderesse et elle avait l'intention de profiter de la réputation que la demanderesse s'était acquise grâce à sa marque de commerce et à son nom commercial.

14. Les marques de commerce et les noms commerciaux «ELEANOR'S» et «ELEANOR'S FASHION GALLERY» que la défenderesse emploie au Canada de la manière alléguée au paragraphe 12 créent, et créaient à toutes les époques en cause, de la confusion avec la marque de commerce et le nom commercial «ELEANOR A.» de la demanderesse.

15. Les marques de commerce et les noms commerciaux «ELEANOR'S» et «ELEANOR'S FASHION GALLERY» que la défenderesse emploie au Canada de la manière mention-

all material times has been, confusing with the Plaintiff's trade-mark "PALETTES BY ELEANOR A."

16. By its acts referred to in paragraph 12, the Defendant has directed public attention to the operation of its retail store selling women's clothing and accessories in such a way as to cause confusion in Canada between the Defendant's wares, services and business and the wares, services and business of the Plaintiff contrary to the provisions of section 7(b) of the Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13.

17. By its acts referred to in paragraph 14, the Defendant has infringed and is deemed to have infringed, the exclusive rights of the Plaintiff referred to in paragraph 10.

Relief sought in the action yet to be tried includes an interlocutory and a permanent injunction, damages or an accounting of profits, an order for delivery up and destruction of signs and any printed matter in the respondent's possession or control which are marked with the names objected to here, and a declaration that the respondent has infringed the applicant's exclusive rights in and to its registered trade mark "Eleanor A."

In its motion for an interlocutory injunction the applicant states the grounds as follows:

1. that the Plaintiff has a strong prima facie case that the Defendant has directed and intends to continue to direct public attention to its wares, services and business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada between its wares, services or business and the wares, services or business of the Plaintiff;
2. that the Plaintiff has a strong prima facie case that the Defendant has infringed and intends to continue to infringe the Plaintiff's exclusive right to use throughout Canada the trade-mark "ELEANOR A." registered under No. 346,759;
3. that the Plaintiff will suffer irreparable harm if the interlocutory injunction sought herein is not granted; and
4. the balance of convenience with respect to the interlocutory injunction sought herein is in favour of the Plaintiff.

I note that in her affidavit opposing this application, the Secretary, Manager and principal of the respondent company, Eleanor Graves, states that the only occasion on which the use of the word "Eleanor's" has been without the words "Fashion Gallery" in relation to the respondent's business, was in one advertisement in the local *Kentville Advertiser*, a newspaper, made in error by the

née au paragraphe 12 créent, et créaient à toutes les époques en cause, de la confusion avec la marque de commerce «PALETTES BY ELEANOR A.» de la demanderesse.

16. Par les actes mentionnés au paragraphe 12, la défenderesse a appelé l'attention du public sur son entreprise de détail en vendant des vêtements et des accessoires pour dames de manière à causer de la confusion au Canada entre ses marchandises, ses services et son entreprise et ceux de la demanderesse, en violation des dispositions de l'alinéa 7b) de la Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13.

17. Par les actes mentionnés au paragraphe 14, la défenderesse a violé, et est réputée avoir violé, les droits exclusifs de la demanderesse mentionnés au paragraphe 10.

Dans l'action qui n'a pas encore été instruite, la demanderesse sollicite, à titre de réparation, une injonction interlocutoire et permanente, des dommages-intérêts ou une reddition de compte des profits, une ordonnance portant remise et destruction des enseignes et imprimés qui se trouvent en la possession ou sous l'autorité de l'intimée et qui portent les noms contestés en l'espèce, ainsi qu'un jugement déclarant que l'intimée a violé les droits exclusifs que possède la requérante sur sa marque de commerce enregistrée «Eleanor A.»

Dans sa requête en injonction interlocutoire, la requérante invoque les moyens suivants:

[TRADUCTION]

1. La demanderesse a une forte apparence de droit qui lui permet d'affirmer que la défenderesse a appelé et a l'intention de continuer à appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services et son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux de la demanderesse;
2. La demanderesse a une forte apparence de droit qui lui permet d'affirmer que la défenderesse a violé et continue de violer le droit exclusif que possède la demanderesse d'employer dans tout le Canada la marque de commerce «ELEANOR A.» enregistrée sous le numéro 346 759;
3. La demanderesse subira un préjudice irréparable si l'injonction interlocutoire sollicitée en l'espèce ne lui est pas accordée;
4. La prépondérance des inconvénients, en ce qui concerne l'injonction interlocutoire sollicitée en l'espèce, favorise la demanderesse.

Je constate que dans l'affidavit qu'elle a produit pour contester la présente requête, la secrétaire, gestionnaire et dirigeante de la compagnie intimée, Eleanor Graves, déclare que la seule fois où le mot «Eleanor's» a été employé sans les mots «Fashion Gallery» dans le cadre de l'entreprise de l'intimée, c'était dans une publicité parue dans le journal local *Kentville Advertiser*, à la suite d'une erreur

publisher, for which error apology was subsequently made. The only use made or authorized by the respondent of its name is the total name "Eleanor's Fashion Gallery".

At the hearing of this application counsel indicated that the applicant would give the usual undertaking to meet any damages arising to the detriment of the respondent if the granting of an interlocutory injunction should be found unwarranted by the outcome of the trial. Further, to meet the respondent's questioning of the applicant's ability to meet this undertaking, counsel indicated the applicant's willingness to post a bond if that be necessary. Counsel for the respondent advised at the same time that the respondent had filed an undertaking to keep records and accounts as a basis for determination of damages or an accounting of profits in the event the plaintiff is successful at trial.

Legislation

The relief claimed by the applicant is based on the *Trade-marks Act*, and in particular sections 6, 7(b), 19 and 20, which provide:

6. (1) For the purposes of this Act, a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion with the last mentioned trade-mark or trade-name in the manner and circumstances described in this section.

(2) The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(3) The use of a trade-mark causes confusion with a trade-name if the use of both the trade-mark and trade-name in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the trade-mark and those associated with the business carried on under the trade-name are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(4) The use of a trade-name causes confusion with a trade-mark if the use of both the trade-name and trade-mark in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the business carried on under

de l'éditeur, qui a par la suite présenté ses excuses. Le seul emploi que l'intimée fait ou autorise de son nom est celui du nom intégral «Eleanor's Fashion Gallery».

À l'audition de la présente requête, l'avocate a précisé que la requérante prendrait l'engagement habituel pour répondre des dommages que l'intimée pourrait subir si l'octroi de l'injonction interlocutoire était jugé injustifié à l'issue du procès. De plus, en réponse aux questions posées par l'intimée au sujet de la capacité de la requérante de respecter cet engagement, l'avocate a déclaré que la requérante était prête à fournir au besoin un cautionnement. L'avocat de l'intimée a par ailleurs précisé que l'intimée s'était engagée à tenir une comptabilité pour faciliter le calcul des dommages-intérêts ou une reddition de compte des profits pour le cas où la demanderesse obtiendrait gain de cause au procès.

Les dispositions législatives

La réparation sollicitée par la requérante est fondée sur la *Loi sur les marques de commerce*, et en particulier sur l'article 6, l'alinéa 7b) et les articles 19 et 20, qui disposent:

6. (1) Pour l'application de la présente loi, une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial en premier lieu mentionnés cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial en dernier lieu mentionnés, de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

(2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

(3) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec un nom commercial, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à cette marque et les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à cette marque et les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(4) L'emploi d'un nom commercial crée de la confusion avec une marque de commerce, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les

the trade-name and those associated with the trade-mark are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(5) In determining whether trade-marks or trade-names are confusing, the court or the Registrar, as the case may be, shall have regard to all the surrounding circumstances including

- (a) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;
- (b) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;
- (c) the nature of the wares, services or business;
- (d) the nature of the trade; and
- (e) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

7. No person shall

- (b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

19. Subject to sections 21 and 32, the registration of a trade-mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner of the trade-mark the exclusive right to the use throughout Canada of the trade-mark in respect of those wares or services.

20. The right of the owner of a registered trade-mark to its exclusive use shall be deemed to be infringed by a person not entitled to its use under this Act who sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade-mark or trade-name, but no registration of a trade-mark prevents a person from making

- (a) any *bona fide* use of his personal name as a trade-name, or
- (b) any *bona fide* use, other than as a trade-mark,
 - (i) of the geographical name of his place of business, or
 - (ii) of any accurate description of the character or quality of his wares or services,

in such a manner as is not likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching to the trade-mark.

Arguments of the Parties

The applicant states that the central issue in this application, as in the action which seeks a permanent injunction, is confusion created by the respondent by its use of the trade names "Eleanor's" and "Eleanor's Fashion Gallery" in associa-

marchandises liées à cette marque sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les services liés à cette marque sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(5) En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, le tribunal ou le registraire, selon le cas, tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris:

- a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;
- b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;
- c) le genre de marchandises, services ou entreprises;
- d) la nature du commerce;
- e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

7. Nul ne peut:

- b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise ou ceux d'un autre;

19. Sous réserve des articles 21 et 32, l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi, dans tout le Canada, de cette marque de commerce en ce qui regarde ces marchandises ou services.

20. Le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est réputé être violé par une personne non admise à l'employer selon la présente loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion. Toutefois, aucun enregistrement d'une marque de commerce ne peut empêcher une personne:

- a) d'utiliser de bonne foi son nom personnel comme nom commercial;
- b) d'employer de bonne foi, autrement qu'à titre de marque de commerce:
 - (i) soit le nom géographique de son siège d'affaires,
 - (ii) soit toute description exacte du genre ou de la qualité de ses marchandises ou services,

d'une manière non susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce.

Prétentions et moyens des parties

La requérante affirme que, tant dans la présente requête que dans l'action dans laquelle elle sollicite une injonction permanente, la question centrale est celle de la confusion créée par l'emploi par l'intimée des noms commerciaux «Eleanor's» et «Elea-

tion with the services of selling women's clothing and the applicant's use of its trade marks and trade name "Eleanor A." in association with its wares and services. Counsel submits that, not only can the applicant demonstrate a serious question to be tried, but also, it has a strong *prima facie* case for confusion.

Counsel's arguments to support this contention are based mainly on the premise that the applicant's use of its "Palettes by Eleanor A." trade mark in association with women's clothing constitutes simultaneous use of its "Eleanor A." trade mark. In the alternative, she cites *Munsingwear, Inc. v. Juvena Produits de Beauté SA* (1985), 5 C.P.R. (3d) 244 (Opp. Bd.) to argue that the cosmetics and associated wares and services associated with the registered trade mark "Eleanor A." and the clothing associated with the respondent's trade name are of the same general class of wares and services, in the women's fashion trade. As a result, use of a similar mark in association with these kinds of articles can lead to confusion as to their source.

Counsel further argues that the respondent's use of the word "Eleanor" is a use of the essential features or substantially all of the applicant's registered trade mark "Eleanor A." The addition of the descriptive words "Fashion Gallery" does not avoid confusion and does not warrant the respondent's use of the applicant's trade mark. It is submitted that the name "Eleanor" remains the dominant feature of the respondent's trade name.

Counsel submits that, based on a first impression of the totality of the trade marks and trade names in question, confusion exists. The Court should not analyze the two marks in detail for differences. Rather, on first impression, script and accentuation of the word "Eleanor" and the colour used in association with it in the respondent's trade name all contribute to confusion and an association of the two businesses in the minds of the public and of customers.

nor's Fashion Gallery» en liaison avec des services de vente de vêtements pour dames et l'emploi par la requérante de ses marques de commerce et du nom commercial «Eleanor A.» en liaison avec ses marchandises et ses services. L'avocate prétend que non seulement la requérante est en mesure de démontrer que la question à trancher est sérieuse, mais encore qu'elle a une forte apparence de droit qui lui permet d'affirmer qu'il y a confusion.

Les moyens invoqués par l'avocate au soutien de cette prétention sont fondés principalement sur la prémisse que l'emploi par la requérante de la marque de commerce «Palettes by Eleanor A.» en liaison avec des vêtements pour dames constitue un emploi simultané de sa marque de commerce «Eleanor A.». À titre subsidiaire, elle invoque la décision *Munsingwear, Inc. c. Juvena Produits de Beauté SA* (1985), 5 C.P.R. (3d) 244 (Comm. des opp.) pour prétendre que les produits de beauté et les marchandises et services connexes liés à la marque de commerce «Eleanor A.» et les vêtements liés au nom commercial de l'intimée font partie de la même catégorie générale de marchandises et de services, à savoir la mode féminine. En conséquence, l'emploi d'une marque similaire en liaison avec ce genre d'articles peut créer de la confusion quant à l'origine de ceux-ci.

L'avocate soutient en outre que l'emploi que l'intimée fait du mot «Eleanor» est un emploi des caractéristiques essentielles ou de la quasi-totalité de la marque de commerce enregistrée «Eleanor A.». L'ajout des mots descriptifs «Fashion Gallery» ne permet pas d'éviter la confusion et ne justifie pas l'emploi que l'intimée fait de la marque de commerce de la requérante. Elle prétend que le nom «Eleanor» demeure la caractéristique dominante du nom commercial de l'intimée.

L'avocate prétend qu'il ressort à première vue de l'ensemble des marques de commerce et des noms commerciaux en question qu'il y a confusion. La Cour ne devrait pas analyser en détail les deux marques pour en déceler les différences. À première vue, l'écriture script, le soulignement du mot «Eleanor» et la couleur qui est employée en liaison avec le nom commercial de l'intimée contribuent tous à créer de la confusion et à amener le public et les clients à associer dans leur esprit les deux entreprises.

In addition, the applicant submits evidence in the form of supporting affidavits by third parties and other incidents related by the affiant, Eleanor A. Lynch, which it claims demonstrates actual confusion. It cites *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544 (C.A.) to assert that this evidence is persuasive to support an inference of a likelihood of confusion.

As I understand the essence of the applicant's case, it is that the respondent's use of the names "Eleanor's" and "Eleanor's Fashion Gallery" creates a strong *prima facie* case of confusion with the registered trade mark "Eleanor A.", within the meaning of section 6 of the *Trade-marks Act*, a use prohibited by paragraph 7(b) and a deemed infringement under section 20. It submits that infringement of the proprietary right in a registered trade mark, *per se*, constitutes irreparable harm not redressable in damages. That harm may have several aspects including the loss of the applicant's right to exclusive use of its registered trade mark, opening the door to attack on the validity of the registration on grounds that it is not distinctive, the implied recognition of a licence to the respondent, and implicitly to others, to use trade marks confusingly similar to the applicant's. That harm also includes the loss of goodwill and reputation which place the very existence of the applicant's business in jeopardy since all aspects of the business are operated in association with the "Eleanor A." trade mark.

For its part, the respondent denies that the applicant has made a strong *prima facie* case. This is mainly because the applicant's trade mark, consisting largely of a common first name, is an inherently weak mark, not entitled to a wide ambit of protection and the trade marks or trade names can be scrutinized in detail. Small differences in the respondent's use of the name "Eleanor" are sufficient to distinguish it from the applicant's mark. The respondent cites *Sarah Coventry, Inc. v.*

De surcroît, la requérante soumet des éléments de preuve sous forme d'affidavits à l'appui qui ont été souscrits par des tiers et d'autres incidents relatés par la déposante, Eleanor A. Lynch, qui démontrent, selon elle, qu'il y a effectivement confusion. Elle invoque l'arrêt *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544 (C.A.) pour prétendre que ces éléments de preuve sont suffisamment convaincants pour permettre de conclure à une probabilité de confusion.

Si j'ai bien compris, la requérante soutient essentiellement qu'en raison de l'emploi que l'intimée fait des noms «Eleanor's» et «Eleanor's Fashion Gallery», la requérante possède une forte apparence de droit qui lui permet d'affirmer que cet emploi crée de la confusion avec la marque de commerce enregistrée «Eleanor A.» au sens de l'article 6 de la *Loi sur les marques de commerce*, que cet emploi est interdit par l'alinéa 7b) et qu'il y a violation présumée au sens de l'article 20. Elle prétend qu'en soi, la violation d'un droit de propriété dans une marque de commerce enregistrée constitue un préjudice irréparable dont on ne peut être indemnisé par des dommages-intérêts. Ce préjudice peut se traduire de diverses manières, notamment par la perte du droit de la requérante à l'usage exclusif de sa marque de commerce enregistrée, par le fait que la validité de l'enregistrement risque d'être contestée au motif que la marque n'est pas distinctive, ou par l'autorisation implicite accordée à l'intimée et à d'autres personnes d'employer des marques de commerce qui ressemblent à celle de la requérante au point de créer de la confusion. Ce préjudice peut également se manifester par une perte d'achalandage et de réputation, ce qui compromet l'existence même de l'entreprise de la requérante, étant donné que tous les aspects de son entreprise sont exploités en liaison avec la marque de commerce «Eleanor A.»

Pour sa part, l'intimée nie que la requérante ait démontré qu'elle possède une forte apparence de droit. Cela tient principalement au fait que la marque de commerce de la requérante, qui est composée en grande partie d'un prénom commun, est une marque intrinsèquement faible, qu'elle n'a pas droit à une protection étendue, et que les marques de commerce ou les noms commerciaux peuvent être analysés en détail. Les légères différences qui existent dans l'emploi que l'intimée fait

Abrahamian et al. (1984), 1 C.P.R. (3d) 238 (F.C.T.D.) in support of its position.

The respondent further asserts that what the applicant calls incidents of actual confusion are in some cases not evidence of confusion at all, and to the extent there may be any confusion it is directly the result of the inherently weak and indistinctive mark registered by the applicant. Moreover, it is urged that if there be any confusion it does not go to the source of the wares and services, as required by section 6 of the *Trade-marks Act*. Rather, any confusion relates to the trade mark and trade name, *per se*.

In addition, the respondent submits that the nature of the two businesses, as well as the wares sold, are sufficiently different as to avoid any confusion.

Finally, the respondent argues that the principle in *NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.) is applicable to the present case. Given the nature and size of its business, the geographical area and the financial factors involved, it claims that it would not be worthwhile to continue the matter to trial, if an injunction is granted. Indeed, in that event, counsel asserts that the respondent will not pursue the matter.

Counsel for the respondent interprets the jurisprudence to mean that, where the principle in *Woods* is applicable, the applicant must demonstrate at least a *prima facie* case in order to meet the threshold test for an injunction. It is submitted that a *prima facie* case is not made out in this instance, and thus the application should be dismissed.

Finally, counsel asserts that, should the injunction be granted, the respondent's business is likely to fail due to the cost in reputation, as well as in financial terms, that would result from a change in trade name. He submits that, regardless of its undertaking, the applicant would not have the

du nom «Eleanor» suffisent pour la distinguer de la marque de la requérante. L'intimée invoque à l'appui de sa thèse le jugement *Sarah Coventry, Inc. c. Abrahamian et autres* (1984), 1 C.P.R. (3d) 238 (C.F. 1^{re} inst.).

L'intimée affirme en outre que certains des incidents que la requérante qualifie de cas concrets de confusion ne permettent aucunement de conclure à la confusion, et que dans la mesure où il peut y avoir confusion, celle-ci résulte directement du caractère intrinsèquement faible et non distinctif de la marque enregistrée de la requérante. Elle soutient en outre que s'il existe une confusion, elle ne concerne pas l'origine des marchandises et des services, ainsi que l'exige l'article 6 de la *Loi sur les marques de commerce*. La confusion porte plutôt sur la marque de commerce et le nom commercial eux-mêmes.

L'intimée prétend de plus que les deux entreprises, ainsi que les marchandises qui sont vendues, sont d'une nature suffisamment différente pour éviter toute confusion.

Finalement, l'intimée soutient que le principe dégagé dans l'arrêt *NWL Ltd v Woods*, [1979] 3 All ER 614 (H.L.) s'applique à la présente affaire. Compte tenu de la nature et de la taille de son entreprise, de la région géographique et des facteurs financiers en jeu, elle prétend qu'il ne vaudrait pas la peine de faire passer l'affaire en jugement, si une injonction était prononcée. De fait, l'avocat déclare que dans ce cas l'intimée ne poursuivra pas l'affaire.

Suivant l'interprétation que l'avocat de l'intimée fait de la jurisprudence, il ressort de cette dernière que, lorsque le principe de l'arrêt *Woods* s'applique, le requérant doit établir à tout le moins une apparence de droit suffisante pour satisfaire au critère préliminaire applicable en matière d'injonctions. L'avocat affirme qu'en l'espèce, la requérante ne justifie pas d'une apparence de droit suffisante et qu'elle devrait en conséquence être déboutée de sa requête.

Finalement, l'avocat affirme que si l'injonction devait être accordée, l'entreprise de l'intimée ferait probablement faillite à cause de ce qu'il lui en coûterait, en réputation et sur le plan financier, si elle changeait de nom commercial. Il prétend que, indépendamment de l'engagement qu'elle a pris, la

financial resources to compensate the respondent for a failed business in the event that the applicant did not succeed at trial.

Criteria for an Interlocutory Injunction

This Court is bound by the decision in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.) where Stone J.A. set out the threshold test for interlocutory injunctions in trade mark matters as "a serious question to be tried", not a *prima facie* case. Beyond this threshold the Court assesses the balance of convenience, including the respective claims of the parties as to the likelihood of irreparable harm, not compensable in damages, from the refusal or the granting of an injunction at this stage, before trial.

In my opinion, this threshold test is not altered by the principle in *Woods, supra*, that where the grant or refusal of an injunction would dispose of the action finally, that result should be avoided. Stone J.A., in *Turbo Resources* at pages 462-463 and 475-476, recognizes this principle in exceptional cases and indicates that the Court may then forego further weighing of the balance of convenience. He does not hold that the threshold test is altered. See also, *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 481 (F.C.T.D.), at page 495. In *Woods, supra*, at pages 625-626, Lord Diplock expresses the principle as a key element in weighing the balance of convenience, not as an exception to the threshold test.

That the *Woods* decision, adopted by *Turbo Resources*, should not affect the threshold test is logical in view of the rationale behind the rejection of a *prima facie* test. It is not the task of the interlocutory court to resolve conflicts of evidence as to facts or to decide difficult questions of law. In other words, it should not decide on the merits of the case: see *Turbo Resources, supra*, at pages

requérante n'aurait pas les moyens financiers nécessaires pour indemniser l'intimée de la perte de son entreprise pour le cas où la requérante n'obtiendrait pas gain de cause au procès.

^a Critères applicables en matière d'injonctions interlocutoires

La Cour est liée par l'arrêt *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.), dans lequel le juge Stone, J.C.A. déclare que le critère préliminaire auquel il doit être satisfait en ce qui concerne la délivrance des injonctions interlocutoires dans les affaires de marques de commerce est le critère de la «question sérieuse à trancher» et non celui de l'apparence de droit. Une fois qu'il a été satisfait à ce critère préliminaire, la Cour procède à l'évaluation de la prépondérance des inconvénients, et examine les prétentions avancées par chacune des parties au sujet de la probabilité que le refus ou l'octroi d'une injonction en cet état de la cause, avant le procès, cause un préjudice irréparable dont on ne pourrait être indemnisé par des dommages-intérêts.

^e À mon avis, ce critère préliminaire n'est pas modifié par le principe posé dans l'arrêt *Woods*, précité, suivant lequel il ne faut pas prononcer une injonction si cela aurait pour effet de régler le sort de l'action de façon définitive. Dans l'arrêt *Turbo Resources*, aux pages 462-463 et 475-476, le juge Stone, J.C.A. reconnaît que ce principe s'applique dans des circonstances exceptionnelles et précise que le tribunal peut ensuite s'abstenir d'évaluer plus à fond la prépondérance des inconvénients. Il ne dit pas que le critère préliminaire est modifié. Voir également le jugement *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 481 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 495. Dans l'arrêt *Woods*, précité, aux pages 625 et 626, lord Diplock estime que le principe constitue un élément clé de l'appréciation de la prépondérance des inconvénients, et non une exception au critère préliminaire.

ⁱ Il est logique que l'arrêt *Woods*, qui a été adopté dans l'arrêt *Turbo Resources*, ne modifie pas le critère préliminaire, compte tenu du raisonnement à la base du rejet du critère de l'apparence de droit. Le tribunal qui est saisi d'une requête interlocutoire n'a pas à résoudre les contradictions de la preuve quant aux faits ou à trancher d'épineuses questions de droit. En d'autres termes, le tribunal

462-463. The principle in *Woods* is consistent with this approach to avoid a ruling prior to trial of the issues, which would decide the merits of the case for all practical purposes.

The Threshold Test

To assess whether an application raises a serious question to be tried, recourse is had to the pleadings in light of the evidence presented: see *Turbo Resources*, *supra*, at page 468. The causes of action in the present case are infringement of exclusive rights to a registered trade mark provided by section 19 of the *Trade-marks Act*, deemed infringement pursuant to section 20 and passing off pursuant to paragraph 7(b) of the Act. Confusion, as it relates to these provisions, involves difficult issues of fact and law. In this case, assessments must be made as to how the differences in the wares and services offered by the parties affect the likelihood of confusion; whether the respondent's use of the name "Eleanor" consists of use of the applicant's registered trade mark "Eleanor A.", or is deemed use because of confusion; whether the applicant's mark is sufficiently known to make it distinctive and entitled to wide protection; what knowledge the respondent had, when it commenced use of its trade name, of the existence of the applicant's trade mark or trade name. It cannot be said, then, that the applicant's case is frivolous or vexatious. I have no doubt that these are serious issues to be tried and their determination will depend on the evidence adduced at trial.

The Woods Principle

As noted previously, counsel for the respondent asserts that, if an injunction is granted, there would be nothing left in his client's interest to warrant proceeding to trial, and indeed, he states categorically that the respondent will not go to trial.

ne doit pas statuer sur le fond du litige (voir l'arrêt *Turbo Resources*, précité, aux pages 462 et 463). Le principe posé dans l'arrêt *Woods* s'accorde avec cette manière de voir, qui veut qu'on évite de rendre une décision avant l'instruction des points litigieux, ce qui, à toutes fins utiles, reviendrait à statuer sur le fond du litige.

Le critère préliminaire

Pour établir si une demande soulève une question sérieuse à trancher, on examine les actes de procédure à la lumière des éléments de preuve présentés (voir l'arrêt *Turbo Resources*, précité, à la page 468). En l'espèce, les causes d'action sont la violation des droits exclusifs sur une marque de commerce que confère l'article 19 de la *Loi sur les marques de commerce*, la violation réputée prévue à l'article 20, et le *passing-off* dont il est question à l'alinéa 7b) de la Loi. La confusion soulève, par rapport à ces dispositions, d'épineuses questions de fait et de droit. En l'espèce, il faut déterminer dans quelle mesure les différences qui existent entre les marchandises et les services offerts par les parties ont une incidence sur la probabilité de confusion. Il faut établir si, par l'emploi qu'elle fait du nom «Eleanor», l'intimée utilise la marque de commerce enregistrée «Eleanor A.» de la requérante ou s'il s'agit d'un emploi réputé en raison d'une confusion. Il échet également de déterminer si la marque de la requérante est suffisamment connue pour la rendre distinctive et pour lui donner droit à une protection étendue, et d'établir si l'intimée était au courant de l'existence de la marque de commerce ou du nom commercial de la requérante lorsqu'elle a commencé à employer son nom commercial. On ne peut alors dire que la cause de la requérante est futile ou vexatoire. Je suis convaincu qu'il s'agit là de questions sérieuses à trancher et la décision qui sera rendue à leur sujet dépendra des éléments de preuve qui seront présentés au procès.

Le principe dégagé dans l'arrêt Woods

Comme je l'ai déjà signalé, l'avocat de l'intimée affirme que si une injonction est prononcée, sa cliente n'aura plus d'intérêt pour justifier une instruction, et en fait, il déclare catégoriquement que l'intimée ne poursuivra pas l'affaire jusqu'au procès.

In *Turbo Resources, supra*, at page 476, Stone J.A., quoting Lord Diplock in *Woods*, states that the principle applies in a case in which the grant or refusal of an injunction “would, in effect dispose of the action finally in favour of whichever party was successful in the application, because there would be nothing left on which it was in the unsuccessful party’s interest to proceed to trial”. It does not depend upon whether or not the unsuccessful party is likely to elect not to proceed to trial. That is a decision within its own discretion. Rather, the principle applies where in the circumstances of the case and on the evidence presented at the interlocutory stage, there would be nothing to be gained by the unsuccessful party in the event of its ultimate success at trial.

In my view the circumstances and the evidence thus far presented do not warrant the application of the *Woods* principle. If the interlocutory injunction here sought is not granted the applicant claims it will suffer irreparable harm and loss of goodwill and reputation. It would, however, stand to gain, both in damages and in the award of a permanent injunction, if it proceeds to trial and is then successful. As for the representations of counsel for the respondent about the likely course of events if an injunction were now granted, mere representations of these concerns do not bring the case within the *Woods* principle. Here there was no evidence of costs anticipated if the respondent, as a result of an interlocutory injunction were required to change signs, stationary and business forms. There was no evidence of costs or difficulties of having to change the respondent’s name or its trading name. Nor was there evidence that in the retail trade in women’s clothing, sales of designer label clothing depend largely, or at all, on association with the trade name of the retailer in a way that would seriously affect the viability of sales if the retailer’s name were changed. Finally, in view of the respondent’s expectations for its business growth in its first year, it would perhaps be greatly in its interest to proceed to trial if an injunction at this stage were seen to cause it loss

Dans l’arrêt *Turbo Resources*, précité, à la page 476, le juge Stone, J.C.A. qui cite les propos formulés par lord Diplock dans l’arrêt *Woods*, déclare que le principe s’applique lorsque l’octroi ou le refus d’une injonction «aurait effectivement réglé l’action d’une manière définitive en faveur de la partie qui aurait eu gain de cause dans la demande, parce que la partie perdante n’aurait plus eu d’intérêt pour justifier une instruction».

b L’application du principe ne dépend pas de la question de savoir si la partie qui succombe choisira probablement de ne pas faire instruire le litige. C’est une décision qui est laissée à son appréciation. Le principe s’applique plutôt lorsque, eu égard aux circonstances de l’affaire et des éléments de preuve présentés à l’étape interlocutoire, la partie qui succombe n’aurait rien à gagner si elle obtenait finalement gain de cause au procès.

d À mon avis, les circonstances et les éléments de preuve qui ont été présentés jusqu’à maintenant ne justifient pas l’application du principe dégagé dans l’arrêt *Woods*. La requérante prétend que si l’injonction interlocutoire qu’elle sollicite en l’espèce ne lui est pas accordée elle subira un préjudice irréparable et une perte d’achalandage et de réputation. Elle aurait cependant intérêt à poursuivre l’affaire jusqu’à l’instruction, tant en raison des dommages-intérêts qu’elle pourrait obtenir qu’à cause de l’injonction permanente qui pourrait lui être accordée, dans le cas où elle obtiendrait ensuite gain de cause. Quant aux observations formulées par l’avocat de l’intimée au sujet de la suite probable des événements si la Cour prononçait une injonction interlocutoire maintenant, le seul fait de formuler de telles préoccupations n’est pas suffisant pour faire tomber la présente affaire sous le coup du principe posé dans l’arrêt *Woods*.

e En l’espèce, on n’a pas présenté de preuve au sujet des coûts que l’intimée prévoit devoir engager si, par suite du prononcé d’une injonction interlocutoire, elle devait changer ses enseignes, sa papeterie et ses imprimés commerciaux. On n’a déposé aucune preuve au sujet des frais et des difficultés qu’entraînerait pour l’intimée le fait de devoir changer son nom ou sa raison sociale. On n’a pas non plus présenté de preuve démontrant que, dans le domaine de la vente au détail de vêtements pour dames, la vente de vêtements griffés dépend à ce point de son association avec le nom commercial du détaillant que le changement apporté au nom

and it is ultimately successful at trial. I conclude that this case is simply not within the *Woods* principle.

Balance of Convenience and Irreparable Harm

In *Turbo Resources, supra*, at pages 473-474, Mr. Justice Stone outlines the factors which are to be weighed in the balance of convenience as follows:

- (a) Where a plaintiff's recoverable damages resulting in the continuance of the defendant's activities pending trial would be an adequate remedy that the defendant would be financially able to pay, an interlocutory injunction should not normally be granted;
- (b) where such damages would not provide the plaintiff an adequate remedy but damages (recoverable under the plaintiff's undertaking) would provide the defendant with such a remedy for the restriction on his activities, there would be no ground for refusing an interlocutory injunction;
- (c) where doubt exists as to the adequacy of these remedies in damages available to either party, regard should be had to where the balance of convenience lies;
- (d) where other factors appear to be evenly balanced, it is prudent to take such measures as will preserve the *status quo*;
- (e) where the evidence on the application is such as to show one party's case to be disproportionately stronger than the other's, this factor may be permitted to tip the balance of convenience in that party's favour provided the uncompensatable disadvantage to each party would not differ widely;
- (g) [*sic*] other unspecified special factors may possibly be considered in the particular circumstances of individual cases.

These factors do not represent water-tight compartments to be considered consecutively; rather, they tend to overlap. Strength in one factor can compensate for weakness in another. Yet, a key factor identified by Stone J.A. at the beginning is that, barring exceptional cases, no injunction should issue unless the applicant can demonstrate

du détaillant nuirait sérieusement à la viabilité des ventes. Finalement, compte tenu des attentes formulées par l'intimée au sujet de la croissance de son entreprise au cours de son premier exercice, il a serait peut-être grandement dans son intérêt de faire instruire le litige si elle avait l'impression que le prononcé d'une injonction à cette étape-ci lui causerait un préjudice et qu'elle obtenait finalement gain de cause au procès. Je conclus que le principe dégagé dans l'arrêt *Woods* ne s'applique tout simplement pas à la présente affaire.

La prépondérance des inconvénients et le préjudice irréparable

Dans l'arrêt *Turbo Resources*, précité, aux pages 473 et 474, le juge Stone énumère les facteurs dont on doit tenir compte pour évaluer la prépondérance des inconvénients:

- (a) lorsque les dommages-intérêts que le demandeur pourrait obtenir à l'égard de la poursuite par le défendeur de ses activités pendant l'instance indemnifieraient adéquatement le demandeur et seraient à la mesure des moyens financiers du défendeur, l'injonction interlocutoire ne devrait normalement pas être accordée;
- (b) lorsque de tels dommages-intérêts n'indemnifieraient pas le demandeur adéquatement mais que des dommages-intérêts (recouvrables en vertu de l'engagement du demandeur) suffiraient à compenser le préjudice subi par le défendeur à la suite de la limitation de ses activités, il n'existerait aucun motif justifiant le refus d'une injonction interlocutoire;
- (c) lorsqu'il est douteux que le redressement en dommages-intérêts pouvant s'offrir à l'une ou à l'autre partie soit adéquat, il doit être tenu compte de la répartition des inconvénients;
- (d) lorsque les autres facteurs en jeu tendent à s'équilibrer, il est prudent de prendre des mesures qui préserveront le statu quo;
- (e) lorsque les éléments de preuve présentés avec la requête font apparaître la cause d'une partie comme beaucoup plus forte que celle de l'autre, la répartition des inconvénients pourra être considérée comme favorisant cette première partie pourvu que les préjudices irréparables subis par les parties respectivement ne soient pas très disproportionnés;
- (g) [*sic*] d'autres facteurs particuliers qui ne sont pas précisés peuvent être considérés dans les circonstances particulières des différentes espèces.

Ces facteurs ne représentent pas des catégories étanches qui doivent être examinées consécutivement; elles ont plutôt tendance à se chevaucher. La force d'un des facteurs peut compenser pour la faiblesse d'un autre. Pourtant, l'un des facteurs clés qu'a commencé par exposer le juge Stone, J.C.A. est que, sauf dans des cas exceptionnels,

some irreparable harm, not appropriately remedied in damages, from the continuation of the respondent's activities.

In this application there is little evidence adduced upon which a finding of irreparable harm to either party could be based, except for the applicant's argument of assumed irreparable harm from infringement or deemed infringement of its registered trade mark. Aside from that important issue it would seem to me that this case is one where any injury to either party from the activities of the other can be adequately addressed by damages, or if the plaintiff [applicant] is successful by an accounting of profits, to be determined after all the evidence is in and considered at trial.

That conclusion, however, depends upon consideration of the applicant's argument that infringement or deemed infringement of its registered trade mark "Eleanor A." in itself results in irreparable harm. For reasons dealt with in *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.*, supra, it is my view that the unauthorized use of a registered trade mark results in irreparable harm. It is insufficient, however, to merely plead an infringement of a trade mark in order to establish such harm. Unless the applicant can demonstrate infringement of its registered trade mark at this stage there must be other evidence of irreparable harm if an interlocutory injunction is to be warranted, regardless of the other factors considered in the balance of convenience.

In the cases cited by the applicant where the Court has found infringement resulting in irreparable harm, there was, in addition to the use of the applicant's trade mark, knowledge on the part of the alleged infringer of the applicant's trade mark and that its own acts were unauthorized uses that might well be found to constitute infringement. (See: *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres*

l'injonction interlocutoire ne devrait être accordée que si le requérant peut démontrer que si l'intimé poursuit ses activités, le requérant subira un préjudice irréparable, dont il ne pourra être indemnisé convenablement par des dommages-intérêts.

Dans la présente requête, on a présenté peu d'éléments de preuve sur lesquels on pourrait fonder une conclusion de préjudice irréparable pour l'une ou l'autre partie, exception faite de la prétention de la requérante suivant laquelle la violation ou la violation réputée de sa marque de commerce enregistrée «Eleanor A.» lui causerait un préjudice irréparable. Hormis cet important point litigieux, il me semble qu'en l'espèce, le préjudice que les activités qu'une partie est susceptible de causer à l'autre partie peut être convenablement réparé par des dommages-intérêts ou, si la demanderesse [requérante] obtient gain de cause, par une reddition de compte des profits, qui devront être calculés après que tous les éléments de preuve auront été présentés et examinés au procès.

Cette conclusion dépend toutefois de l'examen de la prétention de la requérante suivant laquelle la violation ou la violation réputée de sa marque de commerce enregistrée «Eleanor A.» crée en elle-même un préjudice irréparable. Pour les motifs exposés dans le jugement *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.*, précité, je suis d'avis que l'usage non autorisé d'une marque de commerce enregistrée crée un préjudice irréparable. Mais il ne suffit pas de se contenter d'invoquer la contrefaçon d'une marque de commerce pour établir l'existence d'un tel préjudice. À moins qu'elle ne réussisse à démontrer à cette étape-ci que sa marque de commerce enregistrée a été contrefaite, la requérante doit présenter d'autres éléments de preuve établissant un préjudice irréparable pour justifier l'octroi d'une injonction interlocutoire, indépendamment des autres facteurs qui entrent en ligne de compte lors de l'appréciation de la prépondérance des inconvénients.

Dans les décisions citées par la requérante dans lesquelles la Cour a conclu que la contrefaçon avait causé un préjudice irréparable, le contrefacteur présumé avait non seulement utilisé la marque de commerce du requérant, mais il connaissait aussi cette marque et savait que ses propres actes constituaient des usages non autorisés qui pouvaient fort bien justifier une conclusion de contre-

Wines Ltd. (1987), 16 C.I.P.R. 131 (F.C.T.D.); *Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oats Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33 (F.C.T.D.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.*, *supra*, at pages 501, 508).

By copying a trade mark or by commencing an activity known to be a possible infringement of a trade mark, a person takes a calculated risk that he will not be infringing another's property rights. That a court may then give more credence, at this stage, to evidence pointing to infringement is part of that risk.

This element of knowledge appears, not only in the cases cited by the applicant, but also in a number of other trade mark cases where infringement was found to cause irreparable harm: see, for example, *Beam of Canada Inc. v. Arnold Holdings Ltd.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 475 (F.C.T.D.); *Popsicle Industries Ltd. v. Ault Foods Ltd.* (1987), 17 C.I.P.R. 86 (F.C.T.D.). In addition, a number of other cases dealing with intellectual property, in patent and copyright, which I cited in *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.*, *supra*, in support of the principle that infringement itself may constitute irreparable harm, also contain the element of knowledge. For example, in *Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc.*, [1989] 2 F.C. 608 (T.D.), the respondent was a compulsory licensee of the applicant's patented drug. A change in the *Patent Act* [R.S.C. 1970, c. P-4 (as am. by S.C. 1987, c. 41)] meant that it could no longer sell this drug for consumption in Canada as a compulsory licensee. Yet it continued to do so. In *Universal City Studios, Inc. v. Zellers Inc.*, [1984] 1 F.C. 49 (T.D.), the copyright infringement involved a counterfeit E.T. doll. When an article is so like one protected by copyright as to be termed counterfeit, deliberate copying and infringement may be assumed.

façon de la part du tribunal (voir: *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131 (C.F. 1^{re} inst.); *Maple Leaf Mills Ltd. c. Quaker Oats Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33 (C.F. 1^{re} inst.); *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.*, précité, aux pages 501 et 508).

En plagiant une marque de commerce ou en entreprenant une activité alors qu'elle sait que cette activité risque de constituer une contrefaçon d'une marque de commerce, une personne prend, en toute connaissance de cause, le risque de ne pas violer les droits de propriété d'une autre personne. Elle s'expose ainsi à ce que le tribunal ajoute ensuite davantage foi, en cet état de la cause, aux éléments de preuve permettant de conclure à une contrefaçon.

Cet élément de connaissance apparaît non seulement dans la jurisprudence citée par la requérante, mais également dans plusieurs autres affaires de marques de commerce dans lesquelles on a conclu que la contrefaçon causait un préjudice irréparable (voir, par exemple, les jugements *Beam of Canada Inc. c. Arnold Holdings Ltd.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 475 (C.F. 1^{re} inst.) et *Popsicle Industries Ltd. c. Ault Foods Ltd.* (1987), 17 C.I.P.R. 86 (C.F. 1^{re} inst.). En outre, plusieurs des autres affaires portant sur la propriété intellectuelle, en matière de brevets et de droit d'auteur, que j'ai citées dans le jugement *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* précité, à l'appui du principe que la contrefaçon peut constituer en elle-même un préjudice irréparable, contiennent également l'élément de connaissance. Par exemple, dans le jugement *Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc.*, [1989] 2 C.F. 608 (1^{re} inst.), l'intimée était un preneur de licence obligatoire du médicament breveté de la requérante. À la suite d'une modification à la *Loi sur les brevets* [S.R.C. 1970, chap. P-4 (mod. par L.C. 1987, chap. 41)], il ne lui était plus possible de vendre ce médicament pour la consommation au Canada à titre de preneur de licence obligatoire. Elle a pourtant continué de le faire. Dans le jugement *Universal City Studios, Inc. c. Zellers Inc.*, [1984] 1 C.F. 49 (1^{re} inst.), la violation du droit d'auteur concernait une poupée E.T. contrefaite. Lorsqu'un article ressemble à un autre article protégé par le droit d'auteur au point d'être qualifié de contrefait, on peut présumer que le plagiat et la contrefaçon étaient délibérés.

In this case the applicant alleges in paragraph 13 of its statement of claim that "At the time the Defendant commenced use of the trade-marks and trade-names 'Eleanor's' and 'Eleanor's Fashions Gallery', it did so with knowledge of the plaintiff's trade-mark and trade-name 'Eleanor A.' and with the intention of trading on the reputation built up by the Plaintiff in its trade-mark and trade-name". No evidence of knowledge on the part of the respondent is offered to support this allegation except the "cease and desist" letter from the applicant's solicitor dated March 23, 1989, after the respondent completed planning and preparations for its business, which must have begun not later than the date of its incorporation in November 1988, and after it had begun operations apparently early in March. The applicant's president does describe in her affidavit the various means used to advertise the business in Kentville since 1986 and that may lead to an inference, after trial of the issues, about knowledge on the part of the respondent at some earlier date, but I cannot at this stage make any finding of this sort.

In my view, the alleged infringer should be shown to be aware that his acts may constitute infringement, or that he is copying, when he commences the activity. Only then can he be said to have taken a calculated risk.

In both *Maple Leaf Mills* and *Syntex*, *supra*, upon which the applicant relies, an interlocutory injunction was granted where the registered trade mark of the applicant was known to the respondent who chose to use it, taking a calculated risk that the mark would be held invalid or that infringement would not be found. In *Seagram*, *supra*, upon which the applicant also relies, the registered trade mark was not copied or used in its entirety, but again there was evidence of the respondent's knowledge of that mark when it commenced use of its own mark or name utilizing much of the registered mark.

En l'espèce, la requérante allègue au paragraphe 13 de sa déclaration qu'«Au moment où la défenderesse a commencé à employer les marques de commerce et les noms commerciaux "Eleanor's" et "Eleanor's Fashions Gallery", elle connaissait l'existence de la marque de commerce et du nom commercial "Eleanor A." de la demanderesse et elle avait l'intention de profiter de la réputation que la demanderesse s'était acquise grâce à sa marque de commerce et à son nom commercial.» Cette allégation n'est appuyée d'aucun élément de preuve tendant à démontrer une connaissance de la part de l'intimée, sauf la «mise en demeure» envoyée par l'avocate de la requérante le 23 mars 1989 après que l'intimée eut terminé la planification et les préparatifs de son entreprise, lesquels ont dû commencer au plus tard à la date de sa constitution en personne morale en novembre 1988, et après avoir vraisemblablement commencé ses activités au début de mars. La présidente de la requérante explique dans son affidavit les divers moyens qui ont été utilisés pour faire la publicité de l'entreprise à Kentville depuis 1986 et cela pourrait amener, après l'instruction des points litigieux, à conclure que l'intimée connaissait déjà la marque de la requérante, mais je ne puis, à cette étape-ci, tirer une telle conclusion.

À mon avis, le requérant est tenu de démontrer que lorsqu'il a commencé ses activités, le contre-facteur présumé savait que ses actes pouvaient constituer une contrefaçon, ou encore qu'il plagiait. Ce n'est que dans ce cas qu'on peut dire qu'il a pris un risque en toute connaissance de cause.

Tant dans la décision *Maple Leaf Mills* que dans le jugement *Syntex*, précités, sur lesquels la requérante se fonde, le tribunal a accordé une injonction interlocutoire alors que la marque de commerce enregistrée de la requérante était connue de l'intimée, qui avait choisi de l'employer, en prenant en toute connaissance de cause le risque que la marque soit jugée invalide ou que la contrefaçon ne soit pas découverte. Dans le jugement *Seagram*, précité, que la requérante invoque aussi, la marque de commerce enregistrée n'a pas été plagiée ou utilisée intégralement, mais là encore, il y avait des éléments de preuve tendant à démontrer que l'intimée connaissait la marque lorsqu'elle avait commencé à utiliser sa propre marque ou son propre nom en se servant d'une grande partie de la marque enregistrée.

In this case I conclude that at this stage there is no evidence of knowledge on the part of the respondent of the applicant's trade mark or its trade name or even of its existence at the relevant time, that is, before the respondent commenced activities using the trade name it adopted.

There is also no evidence, and no allegation of the respondent's use of the registered trade mark "Eleanor A." The circumstances are different from those in *Maple Leaf Mills* and *Syntex*, *supra*. They are more closely parallel to those in *Seagram*, *supra*, where Cullen J. found use of the substantial features of a registered trade mark, though that use was not copying. In my view, however, the lack of evidence, at this stage, of knowledge on the part of the respondent at the relevant time, so that it cannot here be said the respondent took a calculated risk in using its trade name, is sufficient to distinguish the case from *Seagram*. In addition, in the latter case, the wares bearing the mark found to be infringing a registered mark, were sold through the same outlets, provincial retail outlets for alcoholic beverages, as would carry the applicant's wares with its registered mark.

In my view, at this stage, the evidence does not warrant a finding that the exclusive proprietary right of the applicant under section 19 of the Act is infringed by the activities of the respondent that give rise to this application, and thus irreparable harm is not established from acts that are clearly infringements of the applicant's rights.

This leaves the central arguments of the applicant to be dealt with, that is, that there is in this case deemed infringement of the applicant's rights as provided by section 20 of the Act, arising from the respondent's use of a confusing trade mark or trade name, and infringement of this sort supports a conclusion that irreparable harm is caused to the applicant by the respondent continuing that use.

En l'espèce, je conclus qu'à cette étape-ci, rien ne permet de penser que l'intimée connaissait la marque de commerce ou le nom commercial de la requérante ni même qu'elle était au courant de son existence à l'époque en cause, c'est-à-dire avant que l'intimée ne commence ses activités en utilisant le nom commercial qu'elle a adopté.

On ne nous a pas non plus présenté d'éléments de preuve ou d'allégations au sujet de l'emploi par l'intimée de la marque de commerce enregistrée «Eleanor A.» Les circonstances sont différentes de celles des affaires *Maple Leaf Mills* et *Syntex*, précitées. Elles s'apparentent davantage à celles du jugement *Seagram*, précité, dans lequel le juge Cullen a conclu que des caractéristiques essentielles de la marque de commerce enregistrée avaient été utilisées, même si cet emploi ne constituait pas un plagiat. J'estime toutefois que le manque d'éléments de preuve, à cette étape-ci, quant à la connaissance qu'aurait eue l'intimée à l'époque en cause nous empêche d'affirmer qu'en l'espèce l'intimée a pris en toute connaissance de cause un risque en employant son nom commercial et que ce manque d'éléments de preuve suffit pour qu'on établisse une distinction entre la présente affaire et l'espèce *Seagram*. D'ailleurs, dans cette dernière affaire, les marchandises arborant la marque qui contrefaisait une marque enregistrée étaient vendues par l'entremise des mêmes points de vente, en l'occurrence des magasins provinciaux de vente au détail d'alcool, que ceux où étaient vendues les marchandises de la requérante sur lesquelles apparaissait sa marque enregistrée.

À mon avis, à cette étape-ci, la preuve ne permet pas de conclure que le droit de propriété exclusif que possède la requérante en vertu de l'article 19 de la Loi est violé par les activités de l'intimée qui sont à l'origine de la présente requête, et la requérante n'a donc pas établi que des actes qui constituent de toute évidence une violation de ses droits lui causent un préjudice irréparable.

Il nous reste à examiner les prétentions essentielles de la requérante, qui affirme qu'il y a en l'espèce violation réputée de ses droits au sens de l'article 20 de la Loi, en raison de l'emploi par l'intimée d'une marque de commerce ou d'un nom commercial créant de la confusion, et qu'une violation de cette sorte permet de conclure que la poursuite des activités de l'intimée causerait un

Alleged confusion is also the basis of the applicant's claim that the respondent here has violated paragraph 7(b) of the Act.

Section 6 of the Act deals with confusing trade marks and trade names. In all of the circumstances there set out for determining when a mark or a name is confusing the test is whether use of the trade mark or trade name would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with them are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person whether or not the wares or services are of the same general class. As noted earlier, the respondent here argues, in relation to the evidence of confusion adduced by affidavits in support of this application, that if these are indicative of confusion in any way that is not confusion about the source of the wares sold by the parties here but only about their trade marks and trade names themselves. For the applicant, as also noted earlier, it is submitted that the evidence presented supports a conclusion of use by the respondent of marks or names confusing with the applicant's registered trade mark, "Eleanor A."

The question of use of a trade mark or trade name in a manner likely to cause confusion with another trade mark raises difficult questions of fact and of law, not easily resolved until trial when all of the evidence and argument has been considered by the trial judge. Subsection 6(5) of the Act sets out the principal factors to be considered in "all the surrounding circumstances". It is useful to briefly review those factors and some issues which arise on the basis of the affidavit evidence presented at this stage. The following are these principal factors.

(a) Inherent distinctiveness of the trade marks or trade names and the extent to which they have become known.

préjudice irréparable à la requérante. La requérante invoque aussi la confusion présumée pour prétendre que l'intimée à l'instance a violé l'alinéa 7b) de la Loi.

a L'article 6 de la Loi porte sur les marques de commerce et les noms commerciaux qui créent de la confusion. Dans toutes les circonstances qui y sont énumérées pour déterminer si une marque ou un nom crée de la confusion, le critère consiste à se demander si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à cette marque sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à cette marque sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale. Comme nous l'avons déjà signalé, l'intimée à l'instance prétend, en ce qui concerne les éléments de preuve de confusion présentés dans les affidavits produits à l'appui de la présente requête, que si ceux-ci sont indicatifs d'une confusion, celle-ci ne porte nullement sur l'origine des marchandises vendues par les parties à l'instance, mais seulement sur leurs marques de commerce et leurs noms commerciaux eux-mêmes. Comme nous l'avons également déjà fait remarquer, la requérante prétend que la preuve présentée permet de conclure que l'intimée emploie des marques ou des noms qui créent de la confusion avec la marque de commerce enregistrée de la requérante, «Eleanor A.»

g La question de l'emploi d'une marque de commerce ou d'un nom commercial d'une manière qui est susceptible de causer de la confusion avec une autre marque de commerce soulève d'épineuses questions de fait et de droit qui ne peuvent être facilement réglées avant la tenue d'un procès, tant que le juge du fond n'aura pas examiné tous les éléments de preuve et toutes les prétentions. Le paragraphe 6(5) de la Loi énonce les principaux facteurs dont il faut tenir compte parmi «toutes les circonstances de l'espèce». Il est utile de revoir brièvement ces facteurs et certains des points litigieux que soulève la preuve par affidavit présentée à cette étape-ci. Voici ces facteurs principaux:

j a) Le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus.

To assess this in this case requires conclusions about the protection to be afforded to a trade mark largely comprised of a common first name of women and the evidence of extensive use of the mark or the name in light of the applicant's claim, in relation to women's clothing, that its second registered trade mark, "Palettes by Eleanor A.", used in association with its designed clothing, is a use of its first trade mark, "Eleanor A." Consideration must also be given to the record of advertising by the applicant, much of it in relation to cosmetics and colour analysis services, in determining the extent to which its name has become known, especially in view of its record over three years of limited revenues and particularly revenues attributable to sales of women's clothing.

(b) Length of time the trade marks or trade names have been in use.

On this relatively straight-forward aspect one can draw certain conclusions about the applicant's use of its registered trade marks and perhaps certain inferences about the respondent's use of its trade name. A conclusion may have to be drawn about the applicant's use of its trade mark "Eleanor A." within the mark "Palettes by Eleanor A." in association with sales of women's clothing and accessories. The evidence, even about the time of use of its name by the respondent is not complete or precise at this stage. While it may be that the Court may assume that a mark long used has gained the reputation and goodwill that the Act is designed to protect (see: *Cochrane-Dunlop Hardware Ltd. v. Capital Diversified Industries Ltd.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 176 (Ont. C.A.) at page 185), this assumption cannot hold if there be evidence to the contrary. While the apparent longer use of its trade marks by the applicant in this case would tend to favour an inference that it has become established and gained a reputation and goodwill what is the significance for such an inference of the applicant's limited revenues from sales of clothes when compared with

Pour évaluer ce facteur dans le cas qui nous occupe, il faut tirer des conclusions au sujet de la protection à accorder à une marque de commerce qui est composée en grande partie d'un prénom de femme commun et au sujet des éléments de preuve relatifs à l'usage répandu de la marque ou du nom en fonction de la prétention de la requérante qui affirme, en ce qui concerne les vêtements pour dames, que sa seconde marque de commerce enregistrée, «Palettes by Eleanor A.», qui est employée en liaison avec ses vêtements griffés, constitue un emploi d'une première marque de commerce, la marque «Eleanor A.» Il faut également tenir compte de la publicité qu'a faite la requérante, dont une grande partie a porté sur ses produits de beauté et ses services d'analyse de couleurs, pour établir la mesure dans laquelle son nom est devenu connu, compte tenu en particulier des recettes modestes qu'elle a réalisées sur une période de trois ans, et notamment des recettes attribuables aux ventes de vêtements pour dames.

b) La période pendant laquelle les marques de commerce ou les noms commerciaux ont été en usage.

Sur cet aspect relativement simple, on peut tirer certaines conclusions au sujet de l'emploi que la requérante a fait de ses marques de commerce enregistrées et peut-être certaines inférences sur l'emploi que l'intimée fait de son nom commercial. Il se peut qu'on doive tirer une conclusion au sujet de l'emploi que la requérante fait de sa marque de commerce «Eleanor A.» à l'intérieur de la marque «Palettes by Eleanor A.», en liaison avec la vente de vêtements et d'accessoires pour dames. La preuve n'est pas complète ou précise à cette étape-ci, même en ce qui concerne la durée de l'utilisation de son nom par l'intimée. Bien qu'il soit possible que la Cour puisse présumer qu'une marque qui est en usage depuis longtemps s'est acquise la réputation et l'achalandage que la Loi vise à protéger (voir: *Cochrane-Dunlop Hardware Ltd. v. Capital Diversified Industries Ltd.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 176 (C.A. Ont.), à la page 185), cette présomption ne tient pas lorsqu'il existe des éléments de preuve contraires. Même si l'emploi vraisemblablement plus long que la requérante a fait de sa marque de commerce aurait tendance en l'espèce à favoriser une inférence que la

the respondent's significantly greater monthly sales volume in its first few months of operation?

(c) The nature of the wares, services or business.

Here the Court must compare the activities of the two parties in selling wares and services. Whether they are of the same general class may be useful to assess, for though section 6 of the Act provides that it is not necessary that they be so, if that is not the case the respondent's argument that there is no confusion as to the source of the wares or services may have greater weight. While both parties may be considered to serve women's fashion interests, is the likelihood of confusion more relevant among prospective customers than among other members of the public? The customer group is unlikely to find similarity between the respondent's designer label clothing and accessories and the applicant's creative, designed clothing, cosmetics and associated services.

(d) The nature of the trade.

While both parties operate retail businesses which generally may be described as serving the women's fashion trade, differences, if any, in the clientele sought and served by each may have some significance.

(e) The degree of resemblance between the trade marks or trade names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

Perhaps this factor could be assessed at this stage but only the applicant has addressed this issue in argument.

This cursory review of the principal factors to be assessed in considering a claim concerning confusing use indicates a number of matters on which evidence and argument are as yet incomplete. This

requérante s'est solidement implantée et qu'elle s'est acquise une réputation et un achalandage, quelle importance doit-on accorder à une telle inférence, qui repose sur les recettes limitées que la requérante a réalisées avec ses ventes de vêtements, compte tenu du volume de ventes beaucoup plus important que l'intimée a obtenu au cours de ses premiers mois d'activité?

c) Le genre de marchandises, services ou entreprises.

En l'espèce, la Cour doit comparer les activités exercées par les deux parties en ce qui concerne la vente des marchandises et des services. Il peut être utile de déterminer si elles font partie de la même catégorie générale, car même si l'article 6 de la Loi dispose qu'il n'est pas nécessaire qu'elles le soient, dans le cas contraire, la prétention de l'intimée suivant laquelle il n'existe pas de confusion au sujet de l'origine des marchandises ou des services peut avoir une plus grande valeur. Bien que les deux parties puissent être considérées comme servant les intérêts de la mode féminine, la probabilité de confusion concerne-t-elle davantage les clients éventuels que les autres citoyens? Il est peu probable que la clientèle trouve une similitude entre les vêtements griffés et les accessoires de l'intimée et les créations, les produits de beauté et les services connexes de la requérante.

d) La nature du commerce.

Bien que les deux parties exploitent des entreprises de détail qu'on peut généralement qualifier d'entreprises spécialisées dans la mode féminine, les différences, s'il en est, dans la clientèle qui est recherchée et qui est desservie par chacune peut avoir une certaine importance.

e) Le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

Ce facteur pourrait peut-être être évalué à cette étape-ci mais seule la requérante a abordé cette question lors des débats.

Cet examen superficiel des principaux facteurs à évaluer lorsqu'on examine une demande dans laquelle on prétend qu'un emploi crée de la confusion nous permet de constater qu'il y a plusieurs

is the heart of the applicant's case as thus far developed. Some of these factors could be assessed at this stage more readily than others, but taken together all the relevant factors are not now fully dealt with in evidence and argument. It is my conclusion that rather than attempt assessments based on inferences, which would prejudice issues that are central to the case for relief sought in the action, those matters are best left to the judge at trial.

At this stage evidence of confusion is inadequate to base a finding of deemed infringement under section 20 of the Act. Thus, for this interlocutory proceeding I conclude that irreparable harm cannot be assumed, despite the assertions of the applicant about the likelihood of such harm, in the absence of evidence about that harm claimed. Thus, on the question of irreparable harm I have not been persuaded by arguments of the applicant that it will suffer such harm if the interlocutory relief sought is not granted.

Conclusion

I am left with the conclusion that any loss to both parties pending trial in this case can be adequately addressed by damages. This is not an appropriate case for the award of an interlocutory injunction.

Other matters raised about factors to be weighed in the balance of convenience, that is, the need to maintain the *status quo*, the significance of a stronger case claimed by the applicant, while they may require determination by the trial judge, are irrelevant for my conclusion.

At the hearing of this matter counsel indicated that the respondent had filed an undertaking and was prepared to maintain an accounting of its business until trial resolves the matter, in order to have records available for assessment of damages

points sur lesquels la preuve et les plaidoiries ne sont pas encore complètes. C'est l'essentiel de la thèse de la requérante telle qu'elle a été exposée jusqu'à maintenant. Certains de ces facteurs pourraient être évalués à cette étape-ci plus facilement que d'autres, mais, dans l'ensemble, les facteurs pertinents n'ont pas encore été examinés à fond dans la preuve et dans les plaidoiries. J'en arrive à la conclusion qu'au lieu d'essayer de fonder cette évaluation sur des inférences, ce qui préjugerait les points litigieux qui sont cruciaux en ce qui concerne les moyens invoqués pour obtenir la réparation sollicitée en l'espèce, il est préférable de laisser ces questions au juge du fond.

À cette étape-ci, les éléments de preuve invoqués au sujet de la confusion sont insuffisants pour justifier une conclusion de violation réputée au sens de l'article 20 de la Loi. Ainsi donc, pour ce qui est de la présente instance interlocutoire, je conclus qu'on ne peut présumer que la requérante subirait un préjudice irréparable, malgré les assertions que la requérante a avancées au sujet de la probabilité d'un tel préjudice, vu l'absence de preuve au sujet du préjudice allégué. Ainsi donc, sur la question du préjudice irréparable, les prétentions de la requérante ne m'ont pas convaincu qu'elle subirait un préjudice irréparable si la réparation interlocutoire ne lui était pas accordée.

Dispositif

Je suis forcé de conclure que toute perte que l'une ou l'autre partie pourrait subir d'ici le procès peut être adéquatement réparée par des dommages-intérêts. Il ne convient pas en l'espèce de prononcer une injonction interlocutoire.

Pour en venir à cette conclusion, il est sans intérêt que j'examine les autres points qui ont été soulevés au sujet des facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer la prépondérance des inconvénients, c'est-à-dire la nécessité de préserver le *statu quo* et l'importance des arguments plus solides que la requérante prétend posséder, même s'il se peut que le juge du procès doive se prononcer sur ces questions.

Lors de l'audition de la présente affaire, l'avocat a déclaré que l'intimée avait déposé un engagement et qu'elle était prête à tenir une comptabilité au sujet de son entreprise jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée au procès, afin de mettre à la disposi-

or an accounting of profits, if relief of that sort were ultimately awarded to the applicant. The order dismissing this application will direct that the respondent do so in keeping with its undertaking.

tion de la Cour des registres permettant d'évaluer les dommages-intérêts ou de rendre compte des profits, si une réparation de ce genre était finalement octroyée à la requérante. L'ordonnance ^a déboutant la requérante de sa requête enjoindra à l'intimée de se conformer à cet engagement.

90-T-612

90-T-612

Jose Ismael Abraham (Applicant)**Jose Ismael Abraham (requérant)**

v.

c.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)**

INDEXED AS: ABRAHAM v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: ABRAHAM c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, MacKay J.—Toronto, September 11; Ottawa, September 20, 1990.

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 11 septembre; Ottawa, 20 septembre 1990.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Inquiry finding no credible basis for Convention refugee claim — Applicant's agent not licensed to practice law in Canada — Motion for leave to commence proceeding under Federal Court Act, s. 18 for declaration legislated definitions of "counsel" (including agent) void as unconstitutional — Leave already granted by Court of Appeal to commence proceedings to set aside inquiry's decision — Trial Division without jurisdiction under s. 28(3) to entertain proceeding seeking declaratory relief in respect of same decision subject to review in Court of Appeal proceedings — If constitutional arguments advanced in Court of Appeal, same effect as if relief declaratory — Application dismissed.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — À la suite d'une enquête, on a conclu à l'absence de fondement minimum à l'égard d'une demande de statut de réfugié au sens de la Convention — Le mandataire du requérant ne détenait aucun permis l'autorisant à exercer le droit au Canada — Requête en vue d'obtenir l'autorisation d'intenter une action fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale afin de faire déclarer nulles les définitions législatives du mot «conseil» (qui comprend le mandataire) pour le motif qu'elles sont inconstitutionnelles — La Cour d'appel a déjà accordé l'autorisation d'engager des poursuites en vue de faire annuler la décision rendue à la suite de l'enquête — La Section de première instance n'a pas la compétence voulue en vertu de l'art. 28(3) pour statuer sur une demande visant à obtenir un jugement déclaratoire à l'égard de la même décision qui fait l'objet d'une révision devant la Cour d'appel — Si des arguments de nature constitutionnelle sont invoqués devant la Cour d'appel, la décision s'y rapportant aura le même effet que si la réparation demandée était un jugement déclaratoire — Demande rejetée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS

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.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 28.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 44 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 46.1 (as enacted *idem*), 82.1 (as enacted *idem*, s. 19).

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 28.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14), 46.1 (édicte, *idem*), 82.1 (édicte, *idem*, art. 19).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

JURISPRUDENCE

APPLIED:

i

DÉCISION APPLIQUÉE:

Penner v. Representation Commissioner for Canada, [1977] 1 F.C. 147 (T.D.).

Penner c. Le commissaire à la représentation du Canada, [1977] 1 C.F. 147 (1^{re} inst.).

REFERRED TO:

j

DÉCISION CITÉE:

Fisher v. The Queen, [1978] 1 F.C. 300 (T.D.).

Fisher c. La Reine, [1978] 1 C.F. 300 (1^{re} inst.).

COUNSEL:

Rocco Galati for applicant.
John Vaissi Nagy for respondent.

SOLICITORS:

Rocco Galati, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

MACKAY J.: In this motion the applicant seeks leave, pursuant to section 82.1 [added by R.S.C. 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as amended (the Act) to commence a proceeding under section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 for an order for declaratory relief.

The application arises following proceedings of an inquiry held pursuant to sections 44 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] to 46.01 [as enacted *idem*] of the Act, a “credible basis hearing” to consider the applicant’s claim to be permitted to remain in Canada as a Convention refugee. The inquiry commenced November 21, 1989; it continued on four other days concluding on February 5, 1990 when the decision of the inquiry tribunal was rendered, finding no credible basis for the applicant’s claim to refugee status.

In the course of the inquiry proceedings, which were held in Toronto, the applicant was represented when evidence was presented relating to his claim to refugee status, but not at the last session which was limited to the decision of the inquiry, by an agent. The agent was a person, not qualified to practice law in Ontario, or in any other part of Canada, who claimed a degree in law from Argentina, who advertised in the local Spanish press in Toronto and described herself at the opening session of the inquiry as a lawyer with a foreign degree. At the beginning of the opening session the inquiry asked the applicant whether he had been

AVOCATS:

Rocco Galati pour le requérant.
John Vaissi Nagy pour l’intimé.

a

PROCUREURS:

Rocco Galati, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l’intimé.

b

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

LE JUGE MACKAY: Dans la présente requête, le requérant cherche à obtenir l’autorisation, conformément à l’article 82.1 [ajouté par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19] de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2 et ses modifications (la Loi), d’engager des poursuites fondées sur l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, en vue d’obtenir un jugement déclaratoire.

La demande découle d’une enquête tenue conformément aux articles 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14] à 46.01 [édicte, *idem*] de la Loi, plus précisément une «audience sur le minimum de fondement», qui visait à examiner la demande présentée par le requérant en vue d’obtenir l’autorisation de rester au Canada comme réfugié au sens de la Convention. L’enquête a débuté le 21 novembre 1989; elle s’est poursuivie pendant quatre autres jours et s’est terminée le 5 février 1990, date à laquelle le tribunal qui a présidé l’enquête a décidé qu’il n’y avait pas de fondement minimum à l’appui de la demande de statut de réfugié au sens de la Convention du requérant.

Au cours de l’enquête, dont l’audience a eu lieu à Toronto, le requérant était représenté par un mandataire lors de la présentation de la preuve concernant sa demande de statut de réfugié, sauf lors de la dernière séance, qui a porté uniquement sur la décision du tribunal. La mandataire était une personne qui n’était pas habilitée à exercer le droit en Ontario ou ailleurs au Canada, qui soutenait être titulaire d’un diplôme en droit de l’Argentine, qui s’annonçait dans les journaux espagnols de Toronto et qui s’est décrite, au début de l’enquête, comme avocate titulaire d’un diplôme obtenu à l’étranger. Au début de la première jour-

informed of his "right to be represented by a barrister, solicitor or other counsel" at this hearing. He responded affirmatively, was asked if he had obtained counsel and he introduced the person, who thereafter represented him, as his counsel. The adjudicator asked that person if she was licensed to practice in Ontario as a barrister and solicitor, to which she responded "no", that her degree was from Argentina. She declined to accept the appellation "immigration consultant" suggested by the adjudicator and described herself as a "lawyer with a foreign degree".

After a few other preliminary procedural matters were dealt with, the inquiry commenced with the person then introduced by the applicant as his counsel representing him. Counsel did not call to testify any of the persons whose affidavits were subsequently filed in this Court in support of the applicant's claim for leave and his claim to refugee status. The decision of the inquiry at the end of the hearing included the following statements:

Mr. Abraham, we are of the opinion that your testimony is credible . . .

. . . we have given full weight to all of your testimony (Transcript of Inquiry, p. 74)

Nevertheless, the inquiry concluded that the applicant's fear of returning to his homeland was not rationally based, apparently because despite his testimony of persecution by police and other authorities he had also testified of the help provided by others on more than one occasion of serious predicament. The inquiry found no credible basis for his claim to refugee status.

Following that decision the applicant retained a barrister qualified to practice law in Ontario as his counsel and applications were then filed on behalf of the applicant for leave (a) to commence proceedings pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* in the Federal Court of Appeal to review and set aside the decision of the inquiry, and (b) this application to commence proceedings in the Trial Division for a declaration. The

née de l'enquête, le tribunal a demandé au requérant s'il avait été avisé de son «droit d'être représenté par un avocat, procureur ou autre conseil» à l'audience. Après avoir répondu par l'affirmative, le requérant s'est fait demander s'il avait obtenu les services d'un conseil et il a présenté la personne qui l'a représenté par la suite comme son avocat. L'arbitre a demandé à cette personne si elle était autorisée à exercer le droit en Ontario comme avocate et procureur et elle a répondu «non», précisant qu'elle avait obtenu son diplôme en Argentine. Elle a refusé la désignation «conseillère en immigration» que l'arbitre a suggérée et s'est décrite comme «avocate titulaire d'un diplôme obtenu à l'étranger».

Après le règlement de quelques autres questions de procédure préliminaires, l'enquête a débuté avec la personne que le requérant avait alors présentée comme son conseil. L'avocate (ou le conseil) n'a fait témoigner aucune des personnes dont les affidavits ont subséquemment été déposés auprès de notre Cour à l'appui de la demande d'autorisation et de la demande de statut de réfugié du requérant. La décision que le tribunal a rendue à la fin de l'enquête comprenait les déclarations suivantes:

[TRANSCRIPTION] Monsieur Abraham, nous sommes d'avis que votre témoignage est crédible . . .

. . . nous avons pleinement tenu compte de la totalité de votre témoignage (Transcription de l'enquête, p. 74)

Néanmoins, le tribunal a conclu que la crainte du requérant de retourner dans sa patrie n'était pas fondée sur des motifs rationnels, apparemment parce que, même s'il a parlé de la persécution de la part des autorités policières et autres, il a également mentionné l'aide que lui ont apportée d'autres personnes à plusieurs occasions où il a eu de graves ennuis. À la fin de l'enquête, il a été décidé qu'il n'y avait pas de fondement minimum à l'appui de la demande de statut de réfugié.

À la suite de cette décision, le requérant a retenu les services d'un avocat habilité à exercer le droit en Ontario et des demandes ont ensuite été déposées au nom du requérant, soit a) une demande d'autorisation d'engager des poursuites fondées sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* devant la Cour d'appel fédérale en vue d'annuler la décision du tribunal et b) une demande d'autorisation d'engager des poursuites

applications were made to the two Divisions of the Court, both dated February 18, 1990 and were filed on or about February 20. On April 4 the Court of Appeal granted leave to commence an application under section 28, a proceeding which was commenced by application filed April 17, 1990 and which has not been completed.

This motion, heard in Toronto on September 11, 1990, seeks leave to apply for declaratory relief on grounds that the applicant's claim was negligently brought forward by an incompetent and misleading "agent" as permitted under the Act; that as a result the applicant was denied a full and fair hearing, his rights under 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]] were denied, and the denial of a credible basis for his claim to Convention refugee status resulted in good part because of the incompetent representation of the "agent"; and finally, that permitting other than barristers and solicitors to give legal advice, conduct quasi-judicial proceedings which affect the life of the individual represented or otherwise to have a *de facto* licence to practice immigration law under the Act is *ultra vires* the legislative competence of the Parliament of Canada.

The applicant seeks declaratory relief in the nature of:

1. a Declaration that section 69 of the Immigration Act, as amended, and section 2 of the Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/88-1026*, as amended, both of which define "counsel" of the claimant as meaning,

"... counsel or an agent ..."

be declared of no force or effect insofar as "or an agent" is concerned as it is inconsistent with sections 91 and 92 of the Constitution Act, 1867, as well as sections 7 and 52 of the Constitution Act, 1982; and

2. a further Declaration that "counsel" as set out in the Immigration Act shall mean a barrister or solicitor admitted to the Bar of a Province in Canada; or

devant la Section de première instance en vue d'obtenir une déclaration (la présente demande). Les demandes qui étaient toutes deux datées du 18 février 1990, ont été présentées devant les deux sections de la Cour et déposées vers le 20 février. Le 4 avril, la Cour d'appel a accordé l'autorisation de présenter une demande fondée sur l'article 28; cette demande a été déposée le 17 avril 1990 et la cause n'est pas encore terminée.

Par la présente requête, qui a été entendue à Toronto le 11 septembre 1990, le requérant désire obtenir l'autorisation de demander un jugement déclaratoire pour le motif que la demande du requérant a été présentée de façon négligente par un «mandataire» incompetent qui a agi d'une manière trompeuse, comme l'autorise la Loi; que, par conséquent, le requérant s'est vu refuser le droit à une audience complète et impartiale et les droits dont il dispose selon 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], que le rejet du fondement minimum à l'appui de sa demande de statut de réfugié au sens de la Convention découlait en grande partie du fait qu'il avait été représenté de façon non compétente par le «mandataire» et, enfin, que le fait de permettre à des personnes autres que des avocats et procureurs de donner des avis juridiques, d'agir dans une enquête quasi judiciaire qui touche la vie de la personne représentée ou autrement d'exercer le droit de l'immigration selon la Loi dépasse la compétence législative du Parlement du Canada.

Le requérant demande un jugement déclaratoire comme suit:

[TRADUCTION] 1. Une déclaration selon laquelle l'article 69 de la Loi sur l'immigration et ses modifications ainsi que l'article 2 des Règles de la section du statut de réfugié, DORS/88-1026* et ses modifications, qui définissent tous deux le mot «conseil» du demandeur comme désignant

«... un conseil ou mandataire...»

sont nuls et nonavenus en ce qui a trait aux mots «ou mandataire», puisqu'ils sont incompatibles avec les articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 et avec les articles 7 et 52 de la Loi constitutionnelle de 1982;

2. une déclaration selon laquelle le mot «conseil» utilisé dans la Loi sur l'immigration désigne un avocat ou procureur admis au barreau d'une province du Canada;

* Editor's Note: SOR/89-103.

* Note de l'arrêviste: DORS/89-103.

3. in the alternative to 1. and 2. above, a Declaration that "agent" under the Convention Refugee Determination Division Rules shall be interpreted mean "agent" of a "counsel" acting for a claimant and not "agent" of the claimant himself; and

4. such further or alternative declaratory relief as counsel may advise and this Honourable Court permit.

In a subsequent notice of motion dated September 4 and filed the following day the applicant sets out in somewhat different form claims to essentially the same relief as was claimed in the original notice of motion, and adds additional relief now sought if leave to commence proceedings in this Division of the Court is granted. The additional relief sought includes an order prohibiting the Immigration and Refugee Board from allowing "not-Barristers and Solicitors" to appear on behalf of claimants to Convention refugee status, a declaration that the applicant's right to counsel under the Charter was breached in this case, and if the alternative relief in item 3 outlined in the original notice of motion be granted, then there also be an order in the nature of *mandamus* to order the Immigration and Refugee Board to advise refugee claimants, prior to commencing a hearing, as to the difference between "agent" and "barrister and solicitor", and the availability or access to legal aid.

In response to the applicant's motion the respondent first raises a preliminary question of jurisdiction under subsection 28(3) of the *Federal Court Act* which provides:

28. ...

(3) Where the Court of Appeal has jurisdiction under this section to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order.

The respondent relies upon *Penner v. Representation Commissioner for Canada*, [1977] 1 F.C. 147 (T.D.) where Thurlow A.C.J., as he then was, held the Trial Division had no jurisdiction to entertain a motion for an interlocutory injunction to restrain the Representation Commissioner from dealing with a draft representation order under the *Electoral Boundaries Readjustment Act* [R.S.C. 1970, c. E-2] until an application under section 28

3. subsidiairement aux déclarations mentionnées aux paragraphes 1 et 2 qui précèdent, une déclaration selon laquelle le mot «mandataire» utilisé dans les Règles de la section du statut de réfugié désigne un «mandataire» d'un «conseil» agissant pour un demandeur et non un «mandataire» du demandeur lui-même; et

4. toute déclaration supplémentaire ou subsidiaire que l'avocat juge appropriée et que cette honorable Cour autorise.

Dans un avis de requête subséquent daté du 4 septembre et déposé le lendemain, le requérant expose d'une façon un peu différente des demandes de réparation à peu près identiques à celles qu'il a présentées dans l'avis de requête initial et ajoute une autre demande pour le cas où l'autorisation d'engager des poursuites devant notre Section serait accordée. La réparation supplémentaire demandée comprend une ordonnance interdisant à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de permettre à des personnes «autres que des avocats et procureurs» de comparaître au nom des demandeurs du statut de réfugié au sens de la Convention, une déclaration selon laquelle le droit du requérant d'être représenté par un avocat, lequel droit est énoncé dans la Charte, a été violé en l'espèce et, pour le cas où la réparation subsidiaire énoncée au paragraphe 3 de l'avis de requête initial serait accordée, une ordonnance de *mandamus* enjoignant à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'aviser les requérants du statut de réfugié, avant le début d'une audience, de la différence entre un «mandataire» et un «avocat et procureur» et de la possibilité de recourir à l'aide juridique.

En réponse à la requête du requérant, l'intimé soulève d'abord une question de compétence en invoquant le paragraphe 28(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, dont le libellé est le suivant:

28. ...

(3) La Section de première instance ne peut connaître des demandes de révision et d'annulation de décisions ou d'ordonnances qui, aux termes du présent article, ressortissent à la Cour d'appel.

L'intimé se fonde sur l'arrêt *Penner c. Le commissaire à la représentation du Canada*, [1977] 1 C.F. 147 (1^{re} inst.), où le juge Thurlow, alors juge en chef adjoint, a décidé que la Section de première instance n'avait pas la compétence voulue pour connaître d'une demande d'injonction interlocutoire visant à interdire au commissaire à la représentation de statuer sur un projet d'ordonnance de représentation selon la *Loi sur la révision*

to the Court of Appeal for review and setting aside a decision or order of the Electoral Boundaries Commission of Ontario was heard and determined. The learned Associate Chief Justice concluded that the Trial Division lacked jurisdiction where relief is sought in aid or as an adjunct of a proceeding in the Court of Appeal under section 28, and further that subsection 28(3) applies where the only basis put forward for relief in the Trial Division is the alleged invalidity of the order which is the subject of the section 28 application.

In reply the applicant points to the relief sought in this application, declaratory relief, which is not available through section 28 proceedings in the Court of Appeal. Counsel for the applicant also urges that the issue raised by the notice of motion is an important one, not yet dealt with in any court, and one which has great significance for all claimants for Convention refugee status. In short, the applicant submits that there is a serious issue to be tried in proceedings for declaratory relief here sought.

In my view, the decision of Thurlow A.C.J. in *Penner, supra*, while dealing with an application for a different form of relief, emphasizes the basis for denying jurisdiction in the Trial Division under subsection 28(3) where the Court of Appeal is seized of the same matter. That basis is that the proceeding in this Division is in substance and in fact a proceeding in respect of the decision subject to review in the Court of Appeal, or where the ground for relief sought in this Division is the validity of the order subject to review in the Court of Appeal under section 28. (See also: *Fisher v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 300 (T.D.), at pages 305-306, *per* Walsh J.)

That is the case here for leave has now been granted for application under section 28 to pro-

des limites des circonscriptions électorales [S.R.C. 1970, chap. E-2] avant l'audition et le règlement d'une demande fondée sur l'article 28 et présentée à la Cour d'appel en vue de réviser et d'annuler une décision ou ordonnance de la Commission de délimitation des circonscriptions électorales de l'Ontario. Le savant juge en chef adjoint a conclu que la Section de première instance n'avait pas la compétence voulue lorsque la réparation est demandée comme redressement accessoire ou supplémentaire à une procédure présentée devant la Cour d'appel et fondée sur l'article 28 et que le paragraphe 28(3) s'applique lorsque le seul motif invoqué à l'appui de la réparation demandée devant la Section de première instance est l'invalidité de l'ordonnance qui fait l'objet de la demande fondée sur l'article 28.

En réponse, le requérant souligne que la réparation recherchée dans la présente demande, c'est-à-dire un jugement déclaratoire, ne peut être demandée au moyen de poursuites fondées sur l'article 28 et engagées devant la Cour d'appel. L'avocat du requérant ajoute que la question soulevée par l'avis de requête est une question importante qui n'a pas encore été tranchée par un tribunal et qui a de grandes conséquences pour tous les demandeurs du statut de réfugié au sens de la Convention. Bref, le requérant soutient qu'il y a une question sérieuse à trancher dans la présente demande de jugement déclaratoire.

À mon avis, bien que la décision que le juge en chef adjoint Thurlow a rendue dans l'arrêt *Penner*, précité, porte sur une demande de réparation différente, elle fait ressortir le fondement à l'appui du refus de permettre à la Section de première instance d'examiner le cas selon le paragraphe 28(3) lorsque la Cour d'appel est saisie du même litige. Ce fondement est le fait que la demande présentée devant notre Section est essentiellement et effectivement une demande relative à la décision portée en appel devant la Cour d'appel ou le fait que le motif à l'appui de la réparation demandée devant notre Section est la validité de l'ordonnance portée en appel devant la Cour d'appel conformément à l'article 28 (voir également *Fisher c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 300 (1^{re} inst.), aux pages 305 et 306, le juge Walsh.)

C'est le cas en l'espèce, étant donné que l'autorisation a déjà été accordée à l'égard d'une demande

ceed, seeking review and setting aside of the decision which also gives rise to this motion for declaratory relief. While that form of relief will not be obtained through the application now proceeding in the Court of Appeal, the effect of any decision relating to constitutional arguments, if they are advanced in the Court of Appeal, will be essentially the same for the applicant, and by implication for all others, as if the relief sought were declaratory. I note that in the notice of motion for leave to commence proceedings in the Court of Appeal, dated February 18, the grounds for this application for leave to seek declaratory relief are alluded to, though in different terms. Whether constitutional arguments concerning the validity of the inquiry's decision are raised in the proceedings in the Court of Appeal will be for the applicant and his counsel to determine. Even if they are not there raised, since the validity of the decision of the inquiry is under review in the Court of Appeal, that same issue cannot be pursued in this Division of the Court even though it is declaratory relief that is here sought.

In view of subsection 28(3) of the *Federal Court Act*, leave having been granted by the Court of Appeal for the applicant herein to commence proceedings under section 28, the Trial Division has no jurisdiction to entertain a proceeding seeking declaratory relief in respect of the same decision subject to review in the proceedings of the Court of Appeal.

Accordingly, this application for leave to commence proceedings pursuant to section 18 is dismissed. As costs were not sought it seems appropriate in this case that costs not be awarded.

fondée sur l'article 28 en vue de réviser et d'annuler la décision qui donne également lieu à la présente demande d'ordonnance déclaratoire. Même si cette forme de réparation ne sera pas obtenue au moyen de la demande dont la Cour d'appel est actuellement saisie, l'effet de toute décision concernant les arguments constitutionnels, si des arguments de cette nature sont invoqués devant la Cour d'appel, sera essentiellement le même pour le requérant et, par conséquent, pour toutes les autres personnes, que si la réparation demandée était une déclaration. Je souligne que, dans l'avis de requête en vue d'obtenir l'autorisation d'engager des poursuites devant la Cour d'appel, lequel avis est daté du 18 février, les motifs à l'appui de la présente demande d'autorisation de soumettre une demande de jugement déclaratoire sont également mentionnés, bien qu'en des termes différents. Il incombera au requérant et à son avocat de déterminer si des arguments constitutionnels concernant la validité de la décision du tribunal sont soulevés dans l'action intentée devant la Cour d'appel. Même s'ils ne sont pas soulevés, étant donné que la validité de la décision rendue par le tribunal est soumise à l'examen de la Cour d'appel, cette même question ne pourra être portée devant notre Section, même si c'est un jugement déclaratoire qui est demandé en l'espèce.

Compte tenu du paragraphe 28(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel fédérale ayant autorisé le requérant aux présentes à engager des poursuites fondées sur l'article 28, la Section de première instance n'a pas la compétence voulue pour connaître d'une demande de jugement déclaratoire à l'égard de la même décision qui a été portée en appel devant la Cour d'appel.

En conséquence, la présente demande en vue d'obtenir l'autorisation d'engager des poursuites conformément à l'article 18 est rejetée. Étant donné qu'il n'y a pas eu de demande de dépens, il semble approprié de ne pas accorder de dépens en l'espèce.

A-537-87

A-537-87

Her Majesty the Queen (*Appellant*) (*Defendant*)

v.

Philip Conway (*Respondent*) (*Plaintiff*)INDEXED AS: *WEATHERALL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)*
(C.A.)Court of Appeal, Heald, Marceau and Desjardins
J.J.A.—Ottawa, May 1, 2 and July 13, 1990.

Penitentiaries — Unannounced presence of female guards in male inmates' living areas ("winds") and frisk searches of male inmates by female guards in penitentiary not contrary to Charter, ss. 7, 8 or 15 — Reasonableness of search under s. 8 determined by balancing public interest in providing equal opportunities for women and enhancing quality of life in prisons against individual's loss of privacy — Whether mere viewing or surveillance constituting search.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Penitentiaries — Appeal from trial judgment holding unannounced presence of female guards in male inmates' living areas during daytime in non-emergency situations violation of Charter, s. 8 as unreasonable searches — Appeal allowed — Public interest in prison security, equal opportunities for women, and enhancing quality of life in prisons outweighing individual's loss of privacy — Trial Judge correctly holding frisk searches of male inmates by female guards not breaching Charter, s. 8 as trivial intrusion of privacy.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Alleged inequality of treatment between male and female inmates as only males subjected to cross-gender frisk searches and surveillance — Not created by law, but by hiring policy — Not so prejudicial as to amount to discrimination — Conforming to societal differences between sexes — Charter, s. 15(2) only validating inequality inherent in affirmative action program itself.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Charter, s. 7 not applicable to frisk searches and presence of female guards in male inmates' living areas in penitentiaries.

This was an appeal from the Trial Judge's declaration that at Collins Bay Penitentiary it is unlawful, except in emergencies, for female guards to view male inmates in their cells without their express or implied consent where such viewing is neither

Sa Majesté la Reine (*appelante*) (*défenderesse*)

c.

a

Philip Conway (*intimé*) (*demandeur*)RÉPERTORIÉ: *WEATHERALL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)*
(C.A.)Cour d'appel, juges Heald, Marceau et Desjardins,
J.C.A.—Ottawa, 1^{er} et 2 mai et 13 juillet 1990.

Pénitenciers — La présence non annoncée de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles de détenus du sexe masculin («rondes éclairs») et la fouille par palpation de ces mêmes détenus par des gardiens du sexe féminin dans un pénitencier ne sont pas contraires aux art. 7, 8 ou 15 de la Charte — Pour déterminer si une fouille est abusive au sens de l'art. 8, il faut mettre en balance l'intérêt qu'a le public à garantir aux femmes l'égalité d'accès à l'emploi et à améliorer la qualité de la vie carcérale et l'intrusion dans la vie privée des particuliers — Une simple observation ou surveillance constitue-t-elle une fouille?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Appel d'un jugement par lequel la Section de première instance a jugé que la présence non annoncée de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles de détenus du sexe masculin durant la journée dans des situations ne présentant pas de caractère d'urgence contrevenait à l'art. 8 de la Charte parce qu'elle constitue une fouille abusive — L'appel est accueilli — L'intérêt qu'a le public à l'égard de la sécurité en milieu carcéral, de l'égalité d'accès à l'emploi pour les femmes et de l'amélioration de la qualité de la vie carcérale l'emporte sur l'intrusion dans la vie privée des particuliers — C'est à bon droit que le juge de première instance a statué que la fouille par palpation des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin ne portait pas atteinte à l'art. 8 de la Charte parce qu'il s'agit d'une intrusion négligeable dans la vie privée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — On prétend qu'il y a une inégalité de traitement entre les détenus du sexe masculin et ceux du sexe féminin car seuls les premiers font l'objet de fouilles par palpation et de rondes de surveillance de la part de personnes du sexe opposé — Cette présumée inégalité n'est pas créée par la loi, mais par une politique d'embauche — Elle n'est pas préjudiciable au point de constituer une discrimination — Elle respecte les différences sociales entre les hommes et les femmes — L'art. 15(2) de la Charte ne valide que les inégalités inhérentes au programme d'action positive lui-même.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 7 de la Charte ne s'applique pas aux fouilles par palpation et à la présence de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus du sexe masculin dans les pénitenciers.

Il s'agit d'un appel du jugement par lequel le juge de première instance a déclaré qu'au pénitencier de Collins Bay les gardiens du sexe féminin ne peuvent légalement observer les détenus du sexe masculin dans leur cellule, sans leur consente-

previously scheduled nor announced. The respondent, an inmate at Collins Bay, did not complain about a specific incident, but about the general practices of frisk searching male inmates by female guards and the presence of female guards in the male inmates' living areas in non-emergency situations. Frisk searches are conducted routinely at certain points throughout the institution. The respondent contended that they were unreasonable simply because they were cross-gender. Guards enter the inmates' living areas for regular prisoner counts four times a day, for surveillance patrols (termed "winds") once per hour but at irregular times so as to maintain an element of surprise, and to escort prisoners elsewhere. The respondent complained that sometimes female guards saw male inmates undressed or performing such personal functions as using the toilet. The Trial Judge found that there were conflicts between inmates' right to privacy and the right of women to equal opportunities for employment in the federal prison system. He rejected the application of Charter, section 7, a more general section in view of the specificity of section 8, which protects against unreasonable search and seizure. He held that the activities complained of—the mandatory examination by public officers of premises, persons and activities for law enforcement purposes—qualified as a "search". In determining whether such searches were unreasonable, he held that reasonableness in execution included respect for normal standards of public decency to the extent that the constraints implicit in the situation reasonably permit. His view was that reasonable alternatives could be developed regarding the unscheduled visits. He concluded that, except in periods of emergencies, the day "winds" caused an unnecessary invasion of the privacy of male inmates (at night, prisoners could ensure that they were not indecently exposed). Routine frisk searches were found to constitute only trivial intrusions of privacy, and if more than trivial, the limited nature of the intrusion was offset by the public interest. As to the allegation of inequality of treatment because only men are subjected to cross-gender frisks and surveillance, the Trial Judge referred to the affirmative action program and to subsection 15(2). The inequality resulting from the absence of an affirmative action program for male employees in the federal women's prison was also protected by subsection 15(2).

Held, the appeal should be allowed.

Per Desjardins J.A. (Heald J.A. concurring): The guarantee of security from unreasonable search and seizure under Charter, section 8 only protects a reasonable expectation. An assessment had to be made as to whether the public's interest in being left alone by government has to give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order

ment formel ou implicite, lorsqu'une telle observation n'a été portée ni à la connaissance générale des détenus concernés, ni préalablement annoncée. L'intimé, qui est détenu à Collins Bay, ne s'est plaint d'aucun incident précis mais plutôt de deux usages généralement répandus, à savoir les fouilles par palpation effectuées sur les détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin et la présence des gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus du sexe masculin dans des situations ne présentant pas de caractère d'urgence. Les fouilles par palpation sont effectuées systématiquement à certains postes, partout dans l'établissement. L'intimé prétend que ces fouilles sont abusives du simple fait qu'elles sont effectuées par des personnes du sexe opposé. Les gardiens entrent à l'intérieur des unités résidentielles des détenus pour procéder au dénombrement régulier des prisonniers quatre fois par jour, pour effectuer des rondes de surveillance (qui sont qualifiées de «rondes éclairs»), lesquelles ont lieu toutes les heures mais à intervalles irréguliers afin de créer un élément de surprise, ou pour amener les prisonniers ailleurs. L'intimé s'est plaint du fait qu'il arrive aux gardiens du sexe féminin de voir des détenus du sexe masculin déshabillés, ou occupés à des activités intimes telles que l'utilisation des toilettes. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait un conflit entre le droit que possèdent les détenus à la protection de leur vie privée et le droit des femmes à l'égalité des chances en matière d'emploi au sein du système carcéral fédéral. Il a écarté l'application de l'article 7 de la Charte, qui est un article plus général, étant donné que l'article 8, qui protège contre les fouilles, les saisies et les perquisitions abusives, s'appliquait plus particulièrement à l'affaire. Il s'est dit d'avis que les activités reprochées—l'examen obligatoire, par des fonctionnaires, de locaux, de personnes et d'activités dans le but de faire respecter la loi—répondaient à la définition du mot «fouille». Pour déterminer si cette fouille était abusive, il a estimé que le caractère raisonnable de l'exécution comprenait le respect des règles normales de la décence dans la mesure où cela est normalement permis par les restrictions découlant implicitement de la situation. Il s'est dit d'avis que l'on pouvait trouver des solutions de rechange acceptables au sujet des visites à l'improviste. Il a conclu que, sauf en cas d'urgence, les «rondes éclairs» de jour constituaient une intrusion inutile dans la vie privée des détenus du sexe masculin (la nuit, les prisonniers peuvent prendre des précautions pour se couvrir). Il a jugé que la fouille par palpation ne donnait lieu qu'à une intrusion négligeable dans la vie privée et que même si l'intrusion n'était pas négligeable, son caractère très limité était contrebalancé par l'intérêt public. Quant à l'allégation d'inégalité de traitement découlant du fait que seuls les hommes font l'objet de fouilles et de rondes de surveillance de la part de personnes du sexe opposé, le juge de première instance a fait référence au programme d'action positive et au paragraphe 15(2). L'inégalité résultant de l'absence de programme d'action positive permettant aux hommes de travailler dans les prisons fédérales pour femmes était également protégée par le paragraphe 15(2).

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

Le juge Desjardins, J.C.A. (avec l'appui du juge Heald, J.C.A.): La garantie de protection prévue par l'article 8 contre les fouilles, les saisies et les perquisitions abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Il faut apprécier si le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie

to advance its goals, notably law enforcement. The Trial Judge was required to determine what a reasonable person would consider reasonable in the circumstances. While being viewed from the waist up at the time ablution facilities are used offends public decency and the privacy of the inmates to a certain extent, whether the guards are male or female, surveillance patrolling by means of counts or "winds" are necessary to maintain order and verify that prisoners are still alive. The Trial Judge's differentiation between day and nighttime cross-gender "winds" was not justified. Inmates may not necessarily be able to prevent being observed in embarrassing situations at night and announcing the "winds" would render them useless. The "vestibuling" of female guards while male guards patrol would create two classes of guards. The presence of female guards serves the public interest by allowing women access to jobs previously denied to them, and enhances the quality of life in the prisons and the rehabilitation of the inmates. Any reduction of the responsibilities of female guards might be more detrimental to the prison system than the intrusion of privacy complained of by the respondent. On balance, the goals pursued by the state override the concerns of the respondent. No breach of section 8 is committed when day "winds" are conducted by female guards. The presence, at all times, of female guards, in discharging their professional duties, in the living areas at the penitentiary is not unreasonable.

The Trial Judge was correct in not applying section 7 of the Charter. Frisk searches of male prisoners by female guards do not constitute a breach of the rights guaranteed by sections 7, 8 or 15.

Per Marceau J.A. (concurring in the result): A mere viewing or surveillance in plain view cannot constitute a search within the meaning of Charter section 8. Even if it were a search, the characteristics of the individual doing the viewing or surveillance, i.e. his or her sex, civil status, colour, social condition or age do not affect the "manner" in which the search is carried out, and therefore cannot make an otherwise reasonable search unreasonable. Finally, a person convicted of a crime punishable by confinement in a penitentiary, is not entitled to a reasonable expectation that the surveillance to which he will be subjected will be carried out by someone with characteristics acceptable to him. Once it is established that in a prison setting surveillance is necessary, the presence of professional female officers should have no further effect under section 8 than the presence of a female nurse in a hospital.

The Trial Judge confirmed the reasonableness of the frisk search under section 8 and the exceptional validation of any inequality under section 15 by considering the affirmative action program aimed at opening employment opportunities to women. That was an extraneous consideration to the balancing of the individual's reasonable expectation of privacy and the

privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. Le juge de première instance était tenu de déterminer ce qu'une personne raisonnable considérerait raisonnable dans les circonstances. Même si le fait d'être vu à partir de la ceinture lorsqu'on utilise les lavabos choque jusqu'à un certain point les convenances sociales et constitue une atteinte à la vie privée des détenus, que le gardien soit du sexe masculin ou du sexe féminin, les rondes de surveillance effectuées sous forme de dénombrements ou de «rondes éclairs» sont nécessaires pour maintenir l'ordre et pour s'assurer que les prisonniers sont vivants. La distinction que le juge de première instance a faite entre les «rondes éclairs» de jour et celles qui sont effectuées la nuit par des personnes du sexe opposé n'était pas justifiée. Les détenus ne sont pas toujours nécessairement capables de prendre des précautions pour éviter d'être vus dans des situations embarrassantes la nuit, et annoncer les «rondes éclairs» rendrait celles-ci inutiles. Le fait pour les gardiens du sexe féminin de «monter la garde» pendant que les gardiens du sexe masculin effectuent la ronde de surveillance créerait deux catégories de gardiens. La présence de gardiens du sexe féminin sert l'intérêt public parce qu'elle permet aux femmes d'occuper des emplois auxquels elles n'avaient jusqu'alors pas accès et parce qu'elle améliore la qualité de la vie carcérale et favorise la réadaptation des détenus. Toute diminution de la charge de travail des gardiens du sexe féminin pourrait nuire davantage au système carcéral que l'atteinte à la vie privée dont se plaint l'intimé. À tout prendre, les objectifs poursuivis par l'État l'emportent sur les préoccupations de l'intimé. Aucune violation de l'article 8 n'est commise lorsque les «rondes éclairs» de jour sont effectuées par des gardiens du sexe féminin. La présence continue de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles du pénitencier pour des raisons professionnelles n'est pas déraisonnable.

Le juge de première instance a eu raison de ne pas appliquer l'article 7 de la Charte. La fouille par palpation des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin ne constitue pas une violation des droits garantis par les articles 7, 8 ou 15.

Le juge Marceau, J.C.A. (motifs concordants quant au dispositif): Une simple observation ou surveillance effectuée à la vue de tous ne peut pas constituer une fouille au sens de l'article 8 de la Charte. Même si c'était une fouille, les caractéristiques de la personne qui effectue l'observation ou la surveillance, c'est-à-dire son sexe, son statut civil, sa couleur, sa condition sociale ou son âge, n'ont pas d'incidence sur la «façon» dont la fouille est effectuée et ne sont pas susceptibles de rendre abusive une fouille qui serait par ailleurs raisonnable. Finalement, une personne qui est reconnue coupable d'un crime punissable par l'incarcération dans un pénitencier n'a pas raisonnablement le droit de s'attendre à ce que la surveillance à laquelle elle sera assujettie sera effectuée par une personne qui possède des caractéristiques qu'elle juge acceptables. Une fois qu'on a établi qu'en milieu carcéral, la surveillance est nécessaire, la présence d'agents professionnels du sexe féminin n'a pas plus de conséquence pour l'application de l'article 8 que la présence d'infirmières dans un hôpital.

Le juge de première instance a confirmé le caractère raisonnable de la fouille par palpation au sens de l'article 8 et la validation exceptionnelle de toute inégalité en vertu de l'article 15 en tenant compte du programme d'action positive visant à offrir des chances d'emploi aux femmes. C'était un facteur étranger à la mise en balance du droit de l'individu de s'atten-

government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals. It was not linked to the search itself. Subsection 15(2) is there to validate only the inequality inherent in an affirmative action program itself.

If the Charter extended its protection to interference with personal feelings, it would only be through the concept of security of the person under section 7. The affirmative action program would then be considered under the fundamental justice requirement and the possible ill effect on the personal feelings of a few would easily be outbalanced by the other conflicting considerations of public interest, namely the promotion of employment equity and the enhancement of psychological conditions in the prison.

Section 15 does not apply merely because male inmates are subject to "cross-gender" frisk searches and surveillance and female inmates are not. This "inequality" is created by a hiring policy and a special directive and not by law. It does not prejudice men in a way significant enough to speak of discrimination, and is in keeping with societal differences between men and women.

dre raisonnablement à la protection de sa vie privée et du droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers dans le but de réaliser ses fins. Il n'était pas lié à la fouille elle-même. Le paragraphe 15(2) a pour seul but de valider l'inégalité inhérente au programme d'action positive lui-même.

^a Si la protection de la Charte s'étendait effectivement aux atteintes portées aux sentiments, ce ne pourrait être que par l'intermédiaire du concept de la sécurité de la personne prévu à l'article 7. Le programme d'action positive serait alors examiné en fonction de l'exigence de la justice fondamentale et les effets néfastes éventuels sur les sentiments personnels de quelques personnes seraient facilement contrebalancés par les autres considérations opposées relatives à l'intérêt public, à savoir la promotion de l'équité dans l'emploi et l'amélioration des conditions psychologiques au sein de la prison.

^b L'article 15 ne s'applique pas du simple fait que, contrairement aux détenus du sexe féminin, les détenus du sexe masculin font l'objet de fouilles par palpation et de surveillance de la part de personnes du sexe opposé. Cette «inégalité» est créée par une politique d'embauche et une directive spéciale et non par une règle de droit. Elle ne cause pas un préjudice aux hommes d'une façon suffisamment grave pour qu'on puisse parler de discrimination et elle respecte les différences sociales entre les hommes et les femmes.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 15, 24(2), 28.
Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251.

LOIS ET RÈGLEMENTS

^e *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 15, 24(2), 28.
^f *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 27.

REVERSED:

Weatherall v. Canada (Attorney General), [1988] 1 F.C. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (T.D.).

CONSIDERED:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *R. v. John* (1986), 28 C.C.C. (3d) 200; 24 C.R.R. 105; 40 M.V.R. 191 (B.C.C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

^g *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 27.

DÉCISION INFIRMÉE:

ⁱ *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

^j *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *R. v. John* (1986), 28 C.C.C. (3d) 200; 24 C.R. 105; 40 M.V.R. 191 (C.A.C.-B.).

REFERRED TO:

R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud, [1969] 1 O.R. 373; (1969), 2 D.L.R. (3d) 545; [1969] 1 C.C.C. 371; 5 C.R.N.S. 317 (C.A.); *R. v. Anderson* (1984), 45 O.R. (2d) 225; 7 D.L.R. (4th) 306; 10 C.C.C. (3d) 417; 39 C.R. (3d) 193; 2 O.A.C. 258 (C.A.); *R. v. Hebb* (1985), 66 N.S.R. (2d) 91; 152 A.P.R. 91; 17 C.C.C. (3d) 545; 33 M.V.R. 174 (C.A.); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Sub-Committee on the Penitentiary System in Canada. *Report to Parliament*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1977.

COUNSEL:

Brian J. Saunders for appellant (defendant).

Fergus O'Connor and *Donald Bailey* for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (defendant).

O'Connor, Ecclestone and Kaiser, Kingston, Ontario, for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A. (*concurring in the result*): I readily agree with Madame Justice Desjardins that this appeal must succeed, but the reasons which lead me to that conclusion differ so substantially from hers that I feel bound to express my personal views, if only briefly.

It would serve no purpose for me to go through yet another review of the facts and the proceedings: I simply refer to the reasons of my colleague. To introduce and make understandable the brief comments I wish to make, I need only repeat the essential aspects of the findings of the Trial Judge [[1988] 1 F.C. 369].

With respect to frisk searches of male inmates by female guards, the Trial Judge came to the

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud, [1969] 1 O.R. 373; (1969), 2 D.L.R. (3d) 545; [1969] 1 C.C.C. 371; 5 C.R.N.S. 317 (C.A.); *R. v. Anderson* (1984), 45 O.R. (2d) 225; 7 D.L.R. (4th) 306; 10 C.C.C. (3d) 417; 39 C.R. (3d) 193; 2 O.A.C. 258 (C.A.); *R. v. Hebb* (1985), 66 N.S.R. (2d) 91; 152 A.P.R. 91; 17 C.C.C. (3d) 545; 33 M.V.R. 174 (C.A.); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.).

DOCTRINE

Canada, Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. Sous-comité sur le Régime d'institutions pénitentiaires au Canada. *Rapport au Parlement*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services du Canada, 1977.

AVOCATS:

Brian J. Saunders pour l'appelante (défenderesse).

Fergus O'Connor et *Donald Bailey* pour l'intimé (demandeur).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (défenderesse).

O'Connor, Ecclestone and Kaiser, Kingston, Ontario, pour l'intimé (demandeur).

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (*motifs concordants quant au résultat*): Je conviens volontiers avec Madame le juge Desjardins que le présent appel doit être accueilli, mais les motifs qui m'amènent à cette conclusion diffèrent à ce point des siens que je m'estime obligé d'exprimer mes vues personnelles, ne serait-ce que brièvement.

Il ne servirait à rien que je passe à nouveau en revue les faits et la procédure: je m'en reporte simplement aux motifs de ma collègue. Pour introduire et rendre compréhensibles les brefs commentaires que je désire formuler, il me suffira de répéter les aspects essentiels des conclusions du juge de première instance [[1988] 1 C.F. 369].

En ce qui concerne les fouilles par palpation des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe

view that the intrusion on privacy they imply is too "trivial" to raise a problem under section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The inequality of treatment between women and men which results from the fact that only men are subjected to such cross-gender frisk searches could bring into play the prohibition of subsection 15(1), but it is validated, under subsection 15(2), by the affirmative action program adopted to enable women to have adequate job opportunities in the federal correctional service. With respect to the patrolling by female guards of the actual living areas of male prisoners, the Trial Judge found that, except in emergency situations, section 8 of the Charter protects inmates, during normal waking hours, from such unexpected surveillance patrols. Indeed, these "winds", in his view, were searches within the meaning of section 8 and, when conducted by female guards, they constituted an intrusion on human dignity by going against societal norms of decency. As to whether such an invasion into the privacy of male inmates could not be validated by the affirmative action program, he thought that it could not, since a prohibition of unscheduled or unannounced patrolling by female guards would neither cause serious administrative problems in institutions nor significantly impair the career opportunities of female officers. So, the Trial Judge saw fit to dispose of the action as follows:

It is hereby ordered and adjudged that

- (1) it be declared that at Collins Bay Penitentiary it is unlawful, except in emergency situations, for female guards to view male inmates in their cells without their express or implied consent where such viewing is neither previously scheduled to the general knowledge of inmates affected nor previously announced to them by reasonable means; and
- (2) there be no costs awarded.

féminin, le juge de première instance en est venu à la conclusion que l'atteinte à la vie privée qu'elles impliquaient était trop «négligeable» pour soulever un problème relativement à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. L'inégalité de traitement entre les femmes et les hommes qui résulte du fait que seuls les hommes font l'objet de fouilles par palpation de la part de personnes du sexe opposé pourrait mettre en jeu l'interdiction formulée au paragraphe 15(1), mais elle est validée, en vertu du paragraphe 15(2), par le programme d'action positive adopté pour permettre aux femmes de bénéficier de chances d'emploi adéquates au sein du service correctionnel fédéral. En ce qui concerne les rondes de surveillance effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les unités où résident effectivement les prisonniers du sexe masculin, le juge de première instance a conclu que, sauf en cas d'urgence, l'article 8 de la Charte protège les détenus, durant les heures normales de veille, de ces rondes de surveillances faites à l'improviste. De fait, ces «rondes éclairs» sont, à son avis, des fouilles au sens de l'article 8 et, lorsqu'elles sont effectuées par des gardiens du sexe féminin, elles constituent une atteinte à la dignité humaine parce qu'elles vont à l'encontre des normes sociales de la décence. Quant à la question de savoir si cette atteinte à la vie privée des détenus du sexe masculin ne pouvait être validée par le programme d'action positive, il a estimé qu'elle ne le pouvait pas, car l'interdiction des rondes de surveillance non prévues ou non annoncées effectuées par des gardiens du sexe féminin ne créerait pas de graves problèmes administratifs dans les établissements et ne nuirait pas de façon significative à la carrière des agents du sexe féminin. Ainsi donc, le juge de première instance a jugé bon de trancher l'action de la façon suivante:

i La Cour statue que:

- 1) au pénitencier de Collins Bay, les gardiennes ne peuvent pas légalement, sauf en cas d'urgence, observer des détenus de sexe masculin dans leur cellule, sans leur consentement formel ou implicite, lorsqu'une telle observation n'a été ni portée à la connaissance générale des détenus concernés, ni préalablement annoncée par des voies normales;
- 2) aucuns dépens ne sont adjugés.

Madame Justice Desjardins, as I read her reasons, accepts the approach of the Trial Judge and follows a reasoning that corresponds to his. Her disagreement comes, in effect, from a different appreciation of the relative importance of the competing interests involved. More particularly, she attaches more weight than the Trial Judge to the affirmative action program—the evidence having shown that not only had the program fulfilled its prime goal of opening job opportunities to women but it had significantly improved the atmosphere in the institutions—and she does not think, on the basis of the evidence adduced, that a prohibition as ordered by the Trial Judge would leave the program intact.

My objections to the reasoning and findings of the Trial Judge are much more substantial than those of my colleague, and the approach I would adopt to dispose of the action differs markedly from hers.

I will start with difficulties I have with the form of the declaration as issued. These are only minor, of course, but I mention them because they remain part of my reaction, and in fact are not without some connection with the more substantial points I will come to afterwards.

It seems to me that the declaration as formulated could not be fully effective and did not quite correspond to the findings to which it was meant to give effect. On the one hand, the conditions and limitations to which the prohibition was subject would have made the order extremely difficult to apply. The notions of “implied consent” and “reasonable means” are in themselves quite evasive, but more particularly the term “to view” does not appear, in the circumstances, wholly appropriate. A declaration of unconstitutionality should, I would have thought, be more definitive and more precise. On the other hand, the limitation to the Collins Bay Penitentiary did not correspond to the prayer for relief¹ and was not fully in keeping with the evidence. It is not clear on what basis it could be said that the “viewing” at Collins Bay could be

Si j'ai bien compris ses motifs, le juge Desjardins accepte l'approche du juge de première instance et suit un raisonnement qui correspond au sien. Son désaccord provient, en fait, d'une appréciation différente de l'importance relative des intérêts opposés en présence. Plus particulièrement, elle attache plus d'importance que le juge de première instance au programme d'action positive—étant donné que la preuve démontrait que non seulement le programme avait atteint son objectif premier d'offrir des chances d'emploi aux femmes mais qu'il avait amélioré de façon considérable le climat carcéral—et elle ne croit pas, d'après la preuve produite, qu'une interdiction comme celle qu'a ordonné le juge de première instance laisserait le programme intact.

Mes objections au raisonnement et aux conclusions du juge de première instance sont beaucoup plus importantes que celles de ma collègue, et l'approche que j'adopterais pour trancher l'action diffère de façon marquée de la sienne.

Je débiterai avec les objections que je désire formuler au sujet de la forme du jugement déclaratoire qui a été prononcé. Ces objections sont minimes, évidemment, mais je les mentionne parce qu'elles font partie de ma réaction, et qu'en fait elles ne sont pas sans rapport avec les points plus importants que j'aborderai par la suite.

Il me semble que tel qu'il est formulé, le jugement déclaratoire ne pouvait être pleinement exécutoire et qu'il ne correspondait pas tout à fait aux conclusions auxquelles il était censé donner effet. D'une part, les conditions et les restrictions auxquelles l'interdiction a été assujettie auraient rendu l'ordonnance très difficile à appliquer. Les notions de «consentement implicite» et de «voies normales» sont en elles-mêmes très vagues, mais, plus particulièrement, le terme «observer» ne semble pas, dans les circonstances, parfaitement approprié. Une déclaration d'inconstitutionnalité aurait, à mon sens, eu un caractère plus définitif et plus précis. D'autre part, le fait que l'ordonnance ne s'applique qu'à Collins Bay ne correspond pas aux conclusions de la demande¹ et ne s'accorde pas parfaitement avec la preuve. On ne sait pas avec

¹ For convenience, I set out here how the prayer for relief read:

(Continued on next page)

¹ Par souci de commodité, je reproduis le texte des conclusions de la demande:

(Suite à la page suivante)

different from that at other penitentiaries and, if the assessment has to be confined to Collins Bay, it is not clear why the balancing of the conflicting interests involved should bring into play the advantage of opening employment opportunities to women elsewhere than at Collins Bay.

I come now to my real objections to the judgment of the learned Trial Judge.

First and foremost, I cannot accept the *ratio decidendi* supporting the declaration, I mean this finding that the unexpected viewing or surveillance by female guards of male inmates in their living quarters would constitute a breach of section 8 of the Charter. Here is why.

It does not appear to me that a mere viewing or surveillance in plain view can constitute a search within the meaning of section 8 of the Charter. A search, it seems to me, implies an effort to find what is concealed, to get past the shield surrounding privacy, to defeat the efforts of an individual to keep hidden certain elements pertaining to his life or personality. It is true that during a surveillance period or in the course of a patrol in a penitentiary, a search may be initiated as a result of suspicious observations. It is also true that in a prison environment, an inmate loses much of his control over what he may wish to conceal and keep away from public scrutiny. But that does not make a mere surveillance a search (comp. *R. v. Hebb* (1985), 66 N.S.R. (2d) 91 (C.A.)).

Assuming, *arguendo*, that it is a search, I don't see how I could convince myself that the charac-

(Continued from previous page)

- I. A Declaration that frisk searching by female guards upon male inmates involving bodily contact in non-emergency situations is unlawful; and
- II. For female guards to be present or to be assigned to duties which would, in the normal course, put them in a position to view male inmates in lavatory facilities or otherwise in states of undress, is unlawful; and
- III. It is unlawful, except in emergency situations, for female guards to patrol the actual living areas of male prisoners; . . .

certitude sur quel fondement on peut prétendre que l'«observation» faite à Collins Bay pourrait être différente de celle qui aurait lieu dans d'autres pénitenciers et, si l'appréciation doit se borner à Collins Bay, on ne sait pas exactement pourquoi on devrait tenir compte de l'avantage d'offrir des chances d'emploi aux femmes ailleurs qu'à Collins Bay pour apprécier l'importance relative des intérêts opposés en présence.

Je passe maintenant aux véritables objections que je crois devoir formuler au sujet du jugement du juge de première instance.

D'abord et avant tout, je ne peux souscrire au fondement du jugement déclaratoire, en l'occurrence la conclusion que l'observation ou la surveillance à l'improviste des détenus du sexe masculin dans leurs unités résidentielles par des gardiens du sexe féminin constituerait une violation de l'article 8 de la Charte. Voici pourquoi.

Il ne me semble pas qu'une simple observation ou surveillance effectuée à la vue de tous puisse constituer une fouille au sens de l'article 8 de la Charte. À mon avis, une fouille suppose un effort en vue de découvrir quelque chose de caché, pour forcer le bouclier qui protège ce qu'on cherche à tenir secret, pour faire échouer les tentatives que fait une personne pour garder cachés certains éléments se rapportant à sa vie ou à sa personnalité.

Il est vrai que durant une période de surveillance ou au cours d'une ronde de patrouille dans un pénitencier, on peut entreprendre une fouille à la suite d'observations ayant éveillé des soupçons. Il est également vrai que dans le milieu carcéral, le détenu perd en grande partie son droit de regard sur ce qu'il peut désirer cacher et soustraite à un examen minutieux public. Mais cela ne fait pas une fouille d'une simple surveillance (comparer avec *R. v. Hebb* (1985), 66 N.S.R. (2d) 91 (C.A.)).

Si l'on suppose, pour les fins du débat, qu'il s'agit d'une fouille, je ne vois pas comment je

(Suite de la page précédente)

[TRADUCTION] Un jugement déclarant illégales:

- I. Les fouilles par palpation effectuées par des gardiens du sexe féminin sur des détenus du sexe masculin et impliquant un contact corporel dans des situations non urgentes;
- II. La présence de gardiens du sexe féminin ou leur affectation à des tâches qui leur permettraient normalement d'observer des détenus du sexe masculin dans les salles de toilette ou dans un endroit où ils sont dévêtus;
- III. Sauf dans des situations d'urgence, les rondes effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des prisonniers du sexe masculin; . . .

teristics of the individual doing the viewing or the surveillance, for example his or her sex or civil status or colour or social condition or age, could be seen as factors affecting the "manner" in which the search is carried out and therefore capable of making what is otherwise a reasonable search unreasonable. And I will go a step further to express completely my thinking. Even if I were to be convinced that a surveillance is a search and that the individual characteristics of the person doing the surveillance go to the manner in which the search is carried out and may render the search unreasonable within section 8 of the Charter, I think I could never accept that an individual convicted of a crime punishable by confinement in a penitentiary has a reasonable expectation that the surveillance to which he will necessarily be subjected will be carried out only by someone with characteristics acceptable to him. In my view, if the Charter may be interpreted as guaranteeing protection for personal interests and feelings such as those here invoked, be they linked to natural modesty, cultural background, or religious concerns, it is not through section 8. Once it is established that, in a prison setting, surveillance, including unannounced patrols of the living areas, is necessary, the presence of professional female officers should have no further effect under section 8 than should the presence of a female nurse in a hospital setting.

I also have difficulties with the reasoning on the basis of which the Trial Judge rejected the contention that a frisk search of a male inmate by a female guard would violate the prohibition of section 8 of the Charter as being unreasonable and that of section 15 of the Charter as creating an inequality between men and women. It is, it will be remembered, by taking into consideration the affirmative action program aimed at opening employment opportunities to women that the Trial Judge confirmed the reasonableness of the search under section 8 and the exceptional validation of any inequality under section 15.

pourrais me convaincre que les caractéristiques de l'individu qui effectue l'observation ou la surveillance, comme par exemple son sexe, son statut civil, sa couleur, sa condition sociale ou son âge, pourraient être considérées comme des facteurs qui ont une incidence sur la «façon» dont la fouille est effectuée et qui sont en conséquence susceptibles de rendre abusive une fouille qui serait par ailleurs raisonnable. Et j'irais plus loin pour exprimer à fond ma pensée. Même si je devais être convaincu qu'une surveillance constitue une fouille et que les caractéristiques individuelles de la personne qui effectue la surveillance ont une incidence sur la façon dont la fouille est effectuée et qu'elles peuvent rendre la fouille abusive au sens de l'article 8 de la Charte, je pense que je ne pourrais jamais accepter qu'une personne qui est reconnue coupable d'un crime punissable par l'incarcération dans un pénitencier s'attende raisonnablement à ce que la surveillance à laquelle elle sera nécessairement assujettie sera effectuée uniquement par une personne qui possède des caractéristiques qu'elle juge acceptables. À mon avis, si la Charte peut être interprétée comme garantissant la protection des intérêts personnels et des sentiments comme ceux qui sont invoqués en l'espèce, qu'ils se rattachent à la modestie naturelle, au milieu culturel ou à des préoccupations d'ordre religieux, ce n'est pas par l'intermédiaire de l'article 8. Une fois qu'on a établi qu'en milieu carcéral, la surveillance, y compris les rondes de patrouille faites à l'improviste dans les unités résidentielles, est nécessaire, la présence d'agents professionnels du sexe féminin n'a pas plus de conséquence pour l'application de l'article 8 que la présence d'infirmières ne devrait en avoir en milieu hospitalier.

Il me paraît également difficile d'accepter le raisonnement qu'a suivi le juge de première instance pour rejeter la prétention que la fouille par palpation d'un détenu du sexe masculin par un gardien du sexe féminin violerait l'interdiction énoncée à l'article 8 de la Charte parce qu'une telle fouille est abusive, et celle de l'article 15 de la Charte, parce qu'elle crée une inégalité entre les hommes et les femmes. C'est, on s'en souviendra, en tenant compte du programme d'action positive visant à offrir des chances d'emploi aux femmes que le juge de première instance a confirmé le caractère raisonnable de la fouille au sens de l'article 8 et la validation exceptionnelle de toute inégalité en vertu de l'article 15.

The Supreme Court in the landmark case of *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, has indicated that to appreciate the reasonableness of a search under section 8, a balancing had to be made between the individual's reasonable expectation of privacy, i.e. his reasonable expectation that he will be "left alone by government", and "the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement" (at pages 159-160). The opening of job opportunities for women is, it seems to me, an extraneous consideration in such an analysis; it is obviously not directly linked to the search itself. If a search is unreasonable because it offends a reasonable expectation of privacy, how can it then be rendered reasonable by the fact that it contributes to the opening of job opportunities.

And to try to validate the alleged inequality of treatment under subsection 15(1) of the Charter by speaking of the affirmative action program and referring to subsection 15(2) appears to me no more acceptable. As I understand it, subsection 15(2) is there to validate the inequality inherent in an affirmative action program itself and no other. For instance, the fact that male guards are not treated exactly as female guards in so far as they are excluded from women's penitentiaries will be directly excused by subsection 15(2). But again I do not see how subjecting male inmates to a treatment allegedly more harsh than that reserved to female inmates could be redeemed by a desire to give women more job opportunities.

In my view, the action should have been dismissed on the basis of a straightforward reasoning revolving around only a few simple propositions.

It is very doubtful that the Charter, which is concerned with the most basic personal rights, could be interpreted as protecting from any interference with feelings, reactions or sensibilities of the type here involved, however noble, understandable and common they may be.

Dans l'arrêt de principe *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour suprême du Canada a précisé que pour déterminer si une fouille est raisonnable au sens de l'article 8, il fallait mettre en balance le droit de l'individu de s'attendre raisonnablement à la protection de sa vie privée, c'est-à-dire sons droit de s'attendre raisonnablement à «ne pas être importuné par le gouvernement», et le «droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi» (aux pages 159 et 160). L'offre de chances d'emploi aux femmes est, il me semble, un facteur étranger à cette analyse; elle n'est manifestement pas liée directement à la fouille elle-même. Si une fouille est abusive parce qu'elle porte atteinte au droit du particulier de s'attendre raisonnablement à la protection de sa vie privée, comment le fait qu'elle contribue à offrir des chances d'emploi peut-il rendre cette fouille raisonnable?

Et d'essayer de valider l'inégalité présumée de traitement dont il est question au paragraphe 15(1) de la Charte en parlant du programme d'action positive et en invoquant le paragraphe 15(2) ne me semble pas davantage acceptable. À mon sens, le paragraphe 15(2) a pour seul but de valider l'inégalité inhérente au programme d'action positive lui-même. Ainsi, le fait que les gardiens du sexe masculin ne sont pas traités exactement comme les gardiens du sexe féminin dans la mesure où ils sont exclus des pénitenciers pour femmes sera directement excusé par le paragraphe 15(2). Mais, là encore, je ne vois pas comment l'assujettissement des détenus du sexe masculin à un traitement que l'on prétend plus sévère que celui qui est réservé aux détenus du sexe féminin pourrait être racheté par le désir d'accorder aux femmes davantage de chances d'emploi.

À mon avis, l'action aurait dû être rejetée sur le fondement d'un raisonnement simple tournant autour de quelques principes élémentaires.

Il est très douteux que la Charte, qui vise les droits de la personne les plus fondamentaux, puisse être interprétée comme protégeant contre toute atteinte des sentiments, réactions ou sensibilités du genre de ceux qui sont en cause en l'espèce, aussi nobles, compréhensibles et répandus soient-ils.

If the Charter does extend its protection to interests of that type, it can only be, it seems to me, through the concept of security of the person under section 7 (see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, for a detailed consideration of section 7 rights). Then, through the analysis of the fundamental justice requirement (or if necessary in applying section 1 provided a law is seen to be involved), the affirmative action program will have to be considered and, of course, the consideration of possible ill effect on the personal feelings of a few would easily be outbalanced by the other conflicting considerations of public interest, namely the promotion of employment equity and the enhancement of psychological conditions within the prison.

Finally, I do not think that section 15 of the Charter is brought into play merely by the fact that male inmates are not treated exactly as female inmates since only they are subject to "cross-gender" frisk searches and surveillance. Not only is this so-called inequality created by a hiring policy and a special directive and not by law (cf. *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.)), it does not appear to me to prejudice men in a way significant enough to speak of discrimination and besides, it is in complete keeping with societal differences between men and women.

I would dispose of the appeal as suggested by my colleague.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DESJARDINS J.A.: This is an appeal from a judgment of the Honourable Mr. Justice Barry L. Strayer dated June 9, 1987 whereby he declared that at Collins Bay Penitentiary ("Collins Bay") it is unlawful, except in emergencies, for female guards to view male inmates in their cells without their express or implied consent where such viewing is neither previously scheduled to the general knowledge of the inmates affected nor previously announced to them by reasonable means.

Si la protection de la Charte s'étend effectivement à des intérêts de ce genre, ce ne peut être, il me semble, que par l'intermédiaire du concept de la sécurité de la personne prévu à l'article 7 (voir l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, pour un examen détaillé des droits prévus par l'article 7). Ensuite, par le biais de l'analyse de l'exigence de la justice fondamentale (ou, au besoin, par l'application de l'article premier, à condition qu'on estime qu'une règle de droit est en jeu), le programme d'action positive devra être examiné et, évidemment, le facteur des effets néfastes éventuels sur les sentiments personnels de quelques personnes sera facilement contrebalancé par les autres considérations opposées relatives à l'intérêt public, à savoir la promotion de l'équité dans l'emploi et l'amélioration des conditions psychologiques au sein de la prison.

Finalement, je ne pense pas que l'article 15 de la Charte entre en jeu du simple fait que les détenus du sexe masculin ne sont pas traités exactement comme les détenus du sexe féminin puisqu'ils sont les seuls à faire l'objet de fouilles par palpation et de surveillance de la part de personnes du sexe opposé. Non seulement cette prétendue inégalité est-elle créée par une politique d'embauche et une directive spéciale et non par une règle de droit (cf. *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18 (C.A.)), mais elle ne me semble pas causer un préjudice aux hommes d'une façon suffisamment grave pour parler de discrimination, d'autant plus qu'elle respecte parfaitement les différences sociales entre les hommes et les femmes.

Je trancherais l'appel de la manière suggérée par ma collègue.

* * *

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: La Cour statue sur l'appel interjeté du jugement rendu le 9 juin 1987 par lequel le juge Barry L. Strayer a déclaré qu'au pénitencier de Collins Bay («Collins Bay») les gardiens du sexe féminin ne peuvent légalement observer les détenus du sexe masculin dans leur cellule, sans leur consentement formel ou implicite, lorsqu'une telle observation n'a été ni portée à la connaissance générale des détenus concernés, ni préalablement annoncée par des voies normales.

The respondent is cross-appealing the decision on two grounds, namely that the declaration is too restricted because the Trial Judge failed to declare unlawful all patrolling of the actual living areas of male prisoners by female guards, and also on the ground that the Trial Judge erred in concluding that routine frisk searches conducted by female guards are lawful, thereby dismissing the respondent's request for a declaration that such activity was unlawful.

An order issued in the Trial Division on September 7, 1986, directed that the action giving rise to this appeal be tried consecutively with *Weatherall v. Attorney General of Canada* and *Spearman v. The Disciplinary Tribunal of Collins Bay Penitentiary, Namely Peter Radley et al.* Mr. Justice Strayer issued one set of reasons which was reported and indexed as *Weatherall v. Canada (Attorney General)*.² The conclusions of the Trial Judge with regard to *Weatherall* were appealed from and were the object of a decision of this Court in *Weatherall v. Canada (Attorney General)*.³ We are here only concerned with that part of the Trial Judge's decision dealing with the respondent Conway.

The appeal and the first ground of the cross-appeal deal with the patrolling of the living quarters of male prisoners by female guards. The second ground of the cross-appeal deals with frisk searches. The order issued was carefully limited by the Trial Judge to Collins Bay and should not be extended to any other federal institution since the complaint and the evidence concerns that institution only.

BACKGROUND

The presence of female guards in federal penitentiary institutions where men are incarcerated is at the source of the issues raised. As a background

² [1988] 1 F.C. 369 (T.D.).

³ [1989] 1 F.C. 18 (C.A.).

L'intimé invoque deux moyens au soutien de l'appel incident qu'il forme contre la décision, à savoir que le jugement déclaratoire est trop restrictif parce que le juge de première instance n'a pas déclaré illégale toute surveillance des unités résidentielles des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin, et que le juge de première instance s'est trompé en concluant que les fouilles par palpation de routine effectuées par des gardiens du sexe féminin sont légales, déboutant de ce fait l'intimé de sa demande de jugement déclarant cette activité illégale.

La Section de première instance a ordonné le 7 septembre 1986 que l'action à l'origine du présent appel soit instruite immédiatement après les affaires *Weatherall c. Procureur général du Canada* et *Spearman c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Collins Bay, c'est-à-dire Peter Radley et autre*. Le juge Strayer a prononcé des motifs qui ont été publiés et répertoriés sous l'intitulé *Weatherall c. Canada (Procureur général)*.² Les conclusions tirées par le juge de première instance dans l'affaire *Weatherall* ont fait l'objet d'un appel et d'une décision de notre Cour dans l'arrêt *Weatherall c. Canada (Procureur général)*.³ En l'espèce, seule la partie de la décision du juge de première instance qui a trait à l'intimé Conway nous intéresse.

L'appel et le premier moyen de l'appel incident portent sur la surveillance des unités résidentielles des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin. Le second moyen de l'appel incident concerne les fouilles par palpation. Le juge de première instance a pris soin de limiter à Collins Bay la portée de son ordonnance, laquelle ne devrait pas être appliquée à d'autres établissements fédéraux puisque la plainte et la preuve ne concernent que cet établissement.

GENÈSE DE L'INSTANCE

La présence de gardiens du sexe féminin dans les établissements pénitentiaires fédéraux dans lesquels des hommes sont incarcérés est à l'origine

² [1988] 1 C.F. 369 (1^{re} inst.).

³ [1989] 1 C.F. 18 (C.A.).

to the case, the Trial Judge indicates⁴ that at one time women were completely excluded from employment as custodians in federal penal institutions for men. In 1977 a Parliamentary Committee recommended that women should have the opportunity for such employment. The Committee's report⁵ said the following on this subject at pages 601-602:

Women Employees

316. Some women are already employed by the Penitentiary Service in institutions for male offenders. Most are in classification, education, psychology, or clerical positions. However, they do not have the career opportunities available to male correctional officers. In the United States, women and men perform the same correctional duties. That includes custody, training, shop instructing, and security complete with the frisk on entry to the prison. (Such frisking is done objectively and without any self-consciousness. Women do not do skin frisks). The administration and most male correctional officers have welcomed the new dimension of women serving inside the institutions. No justification exists for excluding competent, stable and mature women from the full spectrum of the Penitentiary Service. The principal benefits for the service are a pool of new talent and a healthier correctional environment.

Recommendation 17

Women should be employed on the same basis as men in the Penitentiary Service. Selection must be according to the same criteria used for men to ensure that recruits have the aptitude, maturity, stability and self-discipline required for penitentiary work.

After a pilot project, such policy was introduced in 1980 in respect of minimum-security and medium-security institutions. In 1983, the Government of Canada adopted an affirmative action program which had the effect of setting targets for employment of women in various categories in Correctional Services, and ensuring their admission to such posts by restricting access of male candidates or transferees. With respect to the two categories of employees, the CX-COF (Custodial Officers) and CX-LUF (Living Unit Officers), the target

⁴ At pp. 375-376.

⁵ Report to Parliament of Sub-Committee on the Penitentiary System of Canada, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, 1977.

des questions litigieuses soulevées. Pour situer l'affaire dans son contexte, le juge de première instance a précisé⁴ qu'à une certaine époque, les femmes ne pouvaient d'aucune façon exercer les fonctions de gardiennes dans les établissements pénitentiaires fédéraux pour hommes. En 1977, un comité parlementaire a recommandé que les femmes aient la possibilité d'occuper un tel emploi. À ce sujet, le rapport du comité⁵ précisait, aux pages 601 et 602:

Les employées

316. Quelques femmes travaillent déjà pour le Service canadien des pénitenciers et occupent des postes dans des institutions où se trouvent des délinquants de sexe masculin. La plupart d'entre elles occupent des postes dans les domaines du classement, de l'éducation, de la psychologie ou du travail de bureau. Cependant, aucune d'entre elles n'a accès à la gamme complète des possibilités de carrière offertes à leurs collègues masculins. Aux États-Unis, les hommes et les femmes remplissent les mêmes fonctions correctionnelles, qu'il s'agisse de la détention, de la formation, de l'instruction dans les ateliers ou de la sécurité, y compris les fouilles à l'arrivée dans la prison (ces fouilles sont faites avec objectivité et sans gêne; elles ne font cependant pas les fouilles à «poil»). L'administration et la plupart des agents correctionnels masculins ont bien accepté cette nouvelle dimension qu'offre la présence des femmes travaillant dans les établissements. Rien ne justifie que l'on empêche les femmes faisant preuve de maturité et de stabilité de participer également à tous les aspects du Service des pénitenciers. Les principaux avantages qu'en retirera le Service seront d'avoir de nouveaux talents et un milieu correctionnel plus sain.

Recommandation 17

Que les femmes et les hommes soient traités sur un pied d'égalité en ce qui concerne les emplois dans le Service canadien des pénitenciers. La sélection doit se faire de la même façon que pour les hommes pour garantir que les candidates ont l'aptitude, la maturité et la maîtrise personnelle nécessaires au travail pénitentiaire.

À la suite d'un projet-pilote, une telle politique a été instaurée en 1980 à l'égard des institutions pénitentiaires à sécurité minimale et à sécurité moyenne. En 1983, le gouvernement du Canada a adopté un programme d'action positive qui a eu pour effet d'établir des objectifs concernant l'emploi des femmes dans diverses catégories de services correctionnels, et d'assurer leur admission à ces postes en restreignant l'embauche ou les mutations de candidats de sexe masculin. En ce qui a trait aux deux catégories en cause, les CX-COF (les

⁴ Aux p. 375 et 376.

⁵ Rapport au Parlement du sous-comité sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, 1977.

was set at 19% of all such officers to be women by 1988. As of October 31, 1986, 12.4% of all correctional officers in federal institutions were women. At Collins Bay (Kingston), a medium-security institution, the actual numbers and percentages of females at the end of October 1986 were CX-COF, 21 (14.5%) and CX-LUF, 0 (0%), there being no "Living Units" at Collins Bay.⁶ Since the female officers have been hired fairly recently, not very many have gone beyond the CX1 level which is the lowest classification and where searching is a requirement. A higher proportion of female officers find themselves, therefore, at a level where most of the searching is done.⁷ At Collins Bay, at the time of the trial, 100 of the 147 correctional officer positions were at CX1 level. Female guards held approximately 25 of these CX1 positions. One held a CX3 position. There was none at the CX5 level.⁸ With minor exceptions, female officers are expected to perform the same duties as male officers and are routinely rotated throughout various assignments on successive shifts of officers.

The respondent is serving a sentence at Collins Bay. He complained not of specific incidents but of two general practices involving the performance of certain duties by female guards. These duties, which equally devolve upon female guards because of their regular rotation throughout all custodial posts for which their rank qualifies them, are frisk searching,⁹ and entry within the male inmates' living areas in non-emergency situations.

⁶ A.B., at p. 360.

⁷ Transcript for December 9, 1986, vol. 2, p. 251.

⁸ Transcript for December 10, 1986, vol. 3, pp. 429-430.

⁹ which the Trial Judge describes as searching a fully clothed inmate by the guard running his or her hands over the inmate's clothing looking for any unusual signs that might indicate the

(Continued on next page)

gardiens) et les CX-LUF (les agents d'unités résidentielles), le pourcentage visé de femmes occupant ces fonctions a été fixé à 19 % d'ici 1988. Au 31 octobre 1986, 12,4 % de tous les agents correctionnels des établissements fédéraux étaient des femmes. À Collins Bay (Kingston), un établissement à sécurité moyenne, voici le nombre et le pourcentage de femmes à la fin d'octobre de 1986: CX-COF, 21 (14,5 %) et CX-LUF, 0 (0 %), parce qu'il n'y a pas d'«unités résidentielles» à Collins Bay⁶. Comme les agents du sexe féminin ont été engagés assez récemment, il y en a peu qui ont dépassé le niveau CX1, qui est la catégorie la moins élevée et où les fouilles font partie des caractéristiques du poste. Une proportion supérieure d'agents du sexe féminin se retrouve donc à un niveau où la plus grande partie des fouilles est effectuée⁷. À Collins Bay, au moment du procès, sur 147 postes d'agents correctionnels, 100 étaient du niveau CX1. Les gardiens du sexe féminin occupaient environ 25 de ces postes CX1. Une femme occupait un poste CX3. Il n'y en avait aucune au niveau CX5⁸. À de rares exceptions près, on s'attend à ce que les femmes qui occupent des postes d'agents exercent les mêmes fonctions que les agents du sexe masculin et elles sont affectées de façon systématique aux différents postes d'agents selon un système de rotation d'emplois.

L'intimé purge une peine à Collins Bay. Il ne se plaint d'aucun incident précis mais plutôt de deux usages généralement répandus dans l'établissement, concernant l'exécution de certaines fonctions par des gardiens du sexe féminin. Ces fonctions, qui peuvent être également exercées par des gardiennes, parce que celles-ci doivent occuper par roulement régulier tous les postes pour lesquels elles sont qualifiées, sont la fouille par palpation⁹ et l'entrée à l'intérieur des unités résidentielles des détenus du sexe masculin dans des situations ne présentant pas de caractère d'urgence.

⁶ Dossier d'appel, à la p. 360.

⁷ Transcription de l'audience du 9 décembre 1986, vol. 2, p. 251.

⁸ Transcription de l'audience du 10 décembre 1986, vol. 3, aux p. 429 et 430.

⁹ que le juge de première instance définit comme étant la fouille d'un détenu entièrement vêtu, par le gardien qui palpe ses vêtements à la recherche de signes inhabituels pouvant

(Suite à la page suivante)

Frisk searches are being conducted as a matter of routine at numerous posts throughout the institution. It is common, for example, for a frisk search to be required of every inmate passing certain points in the institution, such as in entering the administrative or hospital areas or in leaving the kitchen area after working there. No complaint was made of the particular way in which such searches were done other than that they are performed by females. The respondent's contention is that frisk searches are carried out in an unreasonable way if they are cross-gender, i.e. if they involve a female guard searching the person.

The purposes of the entries within the inmates' living areas are either for regular counts of prisoners four times a day (at 7:00 a.m., noon, 4:00 p.m. and 11:00 p.m.), for surveillance patrols which are performed about once every hour but at irregular times so as to maintain an element of surprise (they are known as "winds"), and to seek prisoners when their presence is required elsewhere, etc. No specific personal complaints were formulated as to the way the examining of the occupied cell of the respondent or of male inmates had been conducted by female guards. The concern arises from the presence of female guards in the living areas. Conway's main complaint was that female guards frequently would have occasion to look into an inmate's cell without warning and that it sometimes happened that they would see male inmates undressed or performing personal functions such as using the toilet. He said that on average he would be seen on the toilet one to three times a year by a female guard.¹⁰ There was no evidence

Les fouilles par palpation sont effectuées systématiquement à de nombreux postes, partout dans l'établissement. Il est courant, par exemple, d'exiger une fouille par palpation de tous les détenus passant à certains endroits de l'établissement, lorsque par exemple ils entrent dans les secteurs administratif ou hospitalier, ou quittent la cuisine après y avoir travaillé. L'intimé se plaint non pas de la façon dont ces fouilles sont effectuées, mais du fait que des femmes soient autorisées à effectuer de telles fouilles. L'intimé soutient que les fouilles par palpation sont abusives lorsqu'elles sont effectuées par une personne du sexe opposé, c'est-à-dire lorsqu'un gardien du sexe féminin fouille un détenu du sexe masculin.

Les gardiens entrent à l'intérieur des unités résidentielles des détenus pour procéder au dénombrement régulier des prisonniers (quatre fois par jour, à 7 h, midi, 16 h, et 23 h), pour effectuer des rondes de surveillance, lesquelles ont lieu à peu près toutes les heures mais à intervalles irréguliers afin de créer un élément de surprise (elles sont connues sous le nom de «rondes éclairs», ou pour aller chercher les prisonniers dont la présence est exigée ailleurs, etc. Aucune plainte personnelle précise n'a été formulée au sujet de la façon dont les gardiens du sexe féminin ont examiné la cellule de l'intimé ou celles des détenus du sexe masculin. Le problème découle de la présence de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles. Conway se plaint surtout du fait que les gardiens du sexe féminin ont souvent l'occasion de regarder dans la cellule des détenus sans avertissement, et qu'il leur arrive parfois de voir des détenus du sexe masculin déshabillés, ou occupés à des activités intimes telles que l'utilisation des toilettes. Il précise qu'un gardien du sexe féminin le voit utiliser les toilettes en moyenne une à trois fois par année¹⁰. Rien ne permet de conclure que d'autres atteintes à la vie

(Continued from previous page)

presence of a weapon or contraband (A.B., at p. 520). Section 7 of the Commissioner's Directive 800-2-07.1 defines the word "search" to include a frisk search and describes a frisk search in the following way:

a. frisk search—is a hand search from head to foot, down the front and rear of the body, around the legs and inside clothing folds, pockets and footwear and includes the methods of searching by use of hand held scanning devices.

¹⁰ A.B., at pp. 519-520.

(Suite de la page précédente)

révéler la présence d'une arme ou de contrebande (dossier d'appel, à la p. 520). L'article 7 de la directive du commissaire 800-2-07.1 précise que le mot «fouille» englobe la fouille par palpation, qu'il définit ainsi:

a. fouille par palpation—il s'agit d'une fouille effectuée à la main, le long du corps, de la tête aux pieds, à l'avant et à l'arrière, autour des jambes et à l'intérieur des plis des vêtements, des poches et des chaussures; elle comporte l'utilisation de détecteurs portatifs.

¹⁰ Dossier d'appel, aux p. 519 et 520.

of other interference with personal modesty, such as cross-gender viewing of inmates in showers.

The respondent sought declarations along the following lines:¹¹

- I. A Declaration that frisk searching by female guards upon male inmates involving bodily contact in non-emergency situations is unlawful; and
- II. For female guards to be present or to be assigned to duties which would, in the normal course, put them in a position to view male inmates in lavatory facilities or otherwise in states of undress, is unlawful; and
- III. It is unlawful, except in emergency situations, for female guards to patrol the actual living areas of male prisoners; . . .

THE DECISION OF THE TRIAL JUDGE

The Trial Judge indicated at the outset that the case involved conflicts, real or apparent, between the rights or aspirations of two categories of persons: a right of privacy for prison inmates to the extent that it was not necessarily incompatible with their situation as prisoners,¹² with those of women to equal opportunities for employment in the federal prison system. The disparity in the number of women inmates by comparison to male inmates in federal prisons, he said, made it such that if women were to have significant opportunities for employment as custodial staff in federal prisons, it was considered necessary, as explained in the excerpt from the Report of the Parliamentary Committee quoted above, that women be able to work the full spectrum of the Penitentiary Service.

He then dealt with sections 7, 8, 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which were invoked by counsel for the respondent.

¹¹ A.B. at pp. 520-521.

¹² He cited the Supreme Court of Canada in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 839;

. . . a person confined to prison retains all of his civil rights, other than those expressly or impliedly taken from him by law.

See also *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp*, *Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.), at pp. 378-379.

privée ont eu lieu, telle l'observation de détenus du sexe masculin aux douches par des gardiens du sexe féminin.

L'intimé a sollicité le jugement déclaratoire suivant¹¹:

[TRADUCTION] Un jugement déclarant illégaux:

- I. Les fouilles par palpation effectuées par des gardiens du sexe féminin sur des détenus du sexe masculin et impliquant un contact corporel dans des situations non urgentes;
- II. La présence de gardiens du sexe féminin ou leur affectation à des tâches qui leur permettraient normalement d'observer des détenus du sexe masculin dans les salles de toilette ou dans un endroit où ils sont dévêtus;
- III. Sauf dans des situations d'urgence, les rondes effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des prisonniers du sexe masculin; . . .

LA DÉCISION DU JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE

Le juge de première instance a précisé, d'entrée de jeu, que l'affaire soulevait des conflits, réels ou apparents, entre les droits ou les aspirations de deux catégories de personnes: le droit que possèdent les prisonniers à la protection de leur vie privée dans la mesure où cela n'est pas nécessairement incompatible avec leur situation de prisonniers¹², et ceux des femmes à l'égalité des chances en matière d'emploi dans le système carcéral fédéral. Le juge a expliqué qu'il résultait de l'écart qui existait entre le nombre de détenus du sexe féminin et celui des détenus du sexe masculin incarcérés dans les prisons fédérales que pour pouvoir bénéficier de possibilités appréciables d'emploi comme gardiennes dans les prisons fédérales pour hommes, les femmes devaient, comme il a été expliqué dans l'extrait du rapport du comité parlementaire précité, avoir la possibilité d'occuper toute la gamme des postes du service pénitencier.

Il a ensuite examiné les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que l'avocat de l'intimé invoquait.

¹¹ Dossier d'appel, aux p. 520 et 521.

¹² Il a cité la règle suivante énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839;

. . . une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi.

Voir également *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp*, *Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.), aux p. 378 et 379.

The Trial Judge rejected the application of section 7 of the Charter, which is a more general section, in view of the specificity of section 8 of the Charter to the case. He was of the view that the activities complained of by the respondent which invoke the mandatory examination by public officers of premises, persons and activities for purposes of law enforcement qualify as a "search". The issue then became whether, under section 8 of the Charter, the search was "unreasonable". Since a legal regime elaborated by the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.*¹³ was established for testing that particular kind of intrusion, by implication, other tests under the Charter were precluded. Thus, section 7 of the Charter could receive no application in the circumstances.

With regard to section 8 of the Charter, the Trial Judge took as definitive a statement of the Supreme Court of Canada in *R. v. Collins*:¹⁴

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

Reasonableness included that a search be carried out in a reasonable manner. Reasonability in execution included, in his view, respect for normal standards of public decency to the extent that the constraints implicit in the situation reasonably permit.¹⁵

He noted that the *Penitentiary Service Regulations* [C.R.C., c. 1251] were silent on the way frisk searches are to be conducted. Although the Commissioner's Directive 800-2-07.1 does not expressly preclude a search of the genital area, evidence before him indicated that the genital area was avoided. He felt there was no necessity however to make a finding on that matter since the respondent was attacking the conduct of any search by a female officer on a male inmate. He concluded that the routine frisk searches were the source of only trivial and unsubstantial intrusions of privacy. And if considered more than trivial, the limited

Le juge de première instance a écarté l'application de l'article 7 de la Charte, qui est un article plus général, étant donné que les dispositions de l'article 8 de la Charte s'appliquaient plus particulièrement à l'affaire. Il s'est dit d'avis que les activités dont l'intimé se plaignait et qui comportaient l'examen obligatoire, par des fonctionnaires, de locaux, de personnes et d'activités dans le but de faire respecter la loi répondaient à la définition du mot «fouille». Il fallait donc ensuite se demander si la fouille était «abusive» au sens de l'article 8 de la Charte. Étant donné que la Cour suprême du Canada a posé, dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*¹³, les critères juridiques permettant de vérifier cette forme particulière d'intrusion, le juge en a déduit qu'il fallait rejeter les autres critères fondés sur la Charte. Dans ces conditions, l'article 7 de la Charte ne s'appliquait donc pas.

En ce qui concerne l'article 8 de la Charte, le juge de première instance a déclaré que l'énoncé suivant fait par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Collins*¹⁴ faisait autorité en la matière:

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

Le juge de première instance s'est dit d'avis que pour qu'une fouille soit «raisonnable», il fallait aussi qu'elle soit effectuée d'une manière raisonnable. Le caractère raisonnable de l'exécution comprenait, à son avis, le respect des règles normales de la décence dans la mesure où cela est normalement permis par les restrictions découlant implicitement de la situation¹⁵.

Il a fait remarquer que le *Règlement sur le service des pénitenciers* [C.R.C., chap. 1251] était muet sur la façon dont devaient être effectuées les fouilles par palpation. Bien que la directive du commissaire 800-2-07.1 n'interdise pas formellement la fouille des organes génitaux, la preuve qui lui avait été soumise indiquait que l'on évitait de toucher aux organes génitaux. Il n'a toutefois pas jugé nécessaire de se prononcer sur cette question, car l'intimé contestait toute fouille par palpation des détenus du sexe masculin par des agents du sexe féminin. Il a conclu que les fouilles par palpation de routine ne donnaient lieu qu'à une intru-

¹³ [1984] 2 S.C.R. 145.

¹⁴ [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

¹⁵ A.B., at pp. 397-398.

¹³ [1984] 2 R.C.S. 145.

¹⁴ [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278.

¹⁵ Dossier d'appel, aux p. 397 et 398.

nature of the intrusion was more than offset by the public interest.

This is what he said [at pages 402-403]:

I have concluded that the routine frisk searches which are in question in these proceedings do not infringe rights protected by section 8 of the Charter. In the first place, such an invasion of privacy is by any standard of measurement trivial and "trivial or insubstantial" burdens do not give rise to Charter violations. Even if it is seen as something more than trivial, the very limited intrusion on privacy involved is more than offset by the public interest. First and foremost is a need for adequate security in these institutions and the evidence satisfies me that both routine and special frisk searches, conducted by someone, are an important element in maintaining that security. Secondly, I am satisfied that there is an important public interest to be served in the employment of women in federal penal institutions. This is a matter of fundamental fairness in allowing women equal access to employment in a sizeable sector of the federal Public Service. At Collins Bay, where the issue is relevant in the present cases, it appears to me that to deny female guards the ability to frisk search would preclude their employment. Of some 20 security posts there, all but 3 or 4 involve routine or occasional searching. And, according to the evidence, any officer working in contact with inmates must be able to perform such searches on an *ad hoc* basis. If female guards were unable to perform such duties their usefulness would be drastically limited with a very negative effect on their careers. Further, the evidence satisfies me that the presence of women officers in such an institution has an important beneficial effect on the attitude and conduct of most inmates and can contribute in an important way to assisting in their ultimate readjustment to society after release. I cannot of course, nor need I, express an opinion as to frisk searching in other institutions with respect to which I have neither complaints nor evidence before me.

With regard to the presence of female guards in the living areas of male inmates, he stated that for purposes of counts, of "winds", or even when visiting prisoners for special reasons, although most of the cells in Collins Bay had solid doors with a small window and the remainder had screens over three-quarters of the door opening, it was nevertheless possible for female guards to look into the cells and indeed it was their duty to do so when conducting a count or a "wind".

sion négligeable ou insignifiante dans la vie privée. Et même si l'intrusion n'était pas considérée comme négligeable, son caractère très limité était largement contrebalancé par l'intérêt public.

Voici ce qu'il a déclaré [aux pages 402 et 403]:

J'ai conclu que les fouilles par palpation de routine dont il est question en l'espèce ne portent pas atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la Charte. En premier lieu, une telle intrusion dans la vie privée est négligeable, quel que soit le critère d'évaluation sur lequel on se fonde, et un fardeau «négligeable ou insignifiant» ne constitue pas une violation de la Charte. Même si elle n'est pas considérée comme négligeable, l'intrusion très limitée dans la vie privée d'un détenu est largement contrebalancée par l'intérêt public. Il faut d'abord et avant tout assurer une sécurité adéquate dans ces établissements et la preuve me convainc que les fouilles par palpation, courantes et spéciales, effectuées par quelqu'un, sont un élément important du maintien de cette sécurité. En deuxième lieu, je suis convaincu qu'on sert l'intérêt public de façon importante en embauchant des femmes dans les établissements pénitentiaires fédéraux. C'est une question de justice fondamentale que de permettre aux femmes un accès égal aux emplois dans un secteur important de la fonction publique fédérale. À Collins Bay, où la question s'applique aux cas à l'étude, il me semble que les gardiennes ne pourraient être embauchées si on leur interdisait de procéder à des fouilles par palpation. Sur les vingt postes de sécurité, tous sauf trois ou quatre comportent une fouille courante ou occasionnelle. Et, d'après les témoignages, tout agent qui travaille auprès des détenus doit être capable de faire ces fouilles sur une base ponctuelle. Si les gardiennes ne pouvaient remplir ces fonctions, leur utilité se trouverait grandement réduite et cela aurait un effet très négatif sur leur carrière. De plus, la preuve me convainc que la présence d'agents féminins dans un tel établissement exerce un effet bénéfique important sur la conduite de la plupart des détenus et peut contribuer de façon importante à leur réadaptation à la société, une fois remis en liberté. Bien sûr, je ne peux ni ne dois me prononcer sur les fouilles par palpation dans d'autres établissements au sujet desquels ni plainte ni preuve ne m'ont été soumises.

En ce qui concerne la présence de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus du sexe masculin, il a déclaré que lorsqu'elles s'y trouvaient pour y faire le dénombrement des prisonniers, pour effectuer des «rondes éclairs» ou même pour y visiter des prisonniers pour des raisons particulières, même si la plupart des cellules de Collins Bay ont des portes pleines munies d'un petit guichet et si les autres cellules ont des écrans qui couvrent les trois quarts de l'ouverture de la porte, il était quand même possible pour les gardiennes de regarder dans les cellules, et que c'était même leur devoir lorsqu'elles effectuaient un dénombrement ou une «ronde éclair».

He was not concerned with the regular and known counts, since prisoners could prepare themselves knowing female guards might be present, neither was he concerned with the individual visits since female guards would indicate their presence on approaching. He was concerned with the unscheduled "winds", particularly during the day since at night the male prisoners could take measures to cover themselves properly. He was of the view that as far as the unscheduled or unannounced viewing was concerned, reasonable alternatives could be developed by the administrative authorities so as to balance the interests in conflict. One possible alternative was that a female officer conducting the "wind" could announce her presence as the "wind" begins. This happened anyway, according to the evidence, since the first inmate to see the arrival of an officer usually shouted to the others. Or, as another possible alternative, he said, a male officer could do the walking while the female officer would remain as a watch at the entrance of the vestibule. These alternatives, in his view and according to the evidence, would not cause serious administrative problems or undue impairment to the career opportunities of the female guards. He concluded that, except in periods of emergencies, the day "winds" caused an unnecessary invasion to the privacy of male inmates.

This is what he said [at pages 404-405]:

As indicated above, section 8 cannot be invoked to remedy trivial detractions from privacy. Further, inmates cannot reasonably expect to be free from surveillance. If they have concerns about being seen in a state of partial or complete nudity or performing some bodily function, they must be expected to take certain steps within their means to minimize such possibilities. At the same time I believe it is an unnecessary intrusion on human dignity, in the absence of an emergency, for female officers at Collins Bay to view inmates in their cells in such circumstances. This means in effect that, other than in emergencies, female officers should not be in a position to make unannounced or unscheduled visual examinations of occupied cells of male inmates. On the basis of the evidence I do not believe this should create any very serious administrative problems nor impair the career opportunities of female guards. According to the evidence of Warden Payne of Collins Bay there are four counts a day, at 7:00 a.m., noon, 4:00 p.m., and 11:00 p.m. These times are well known to the inmates, no doubt, and they can avoid being in embarrassing positions at those times when they know female officers may participate in the count. With respect to individual visits to the cell of a

Il ne s'est pas occupé des dénombrements habituels et connus, car les détenus peuvent s'y préparer en conséquence en sachant qu'il est possible que des gardiennes y participent; il ne s'est pas intéressé non plus aux visites individuelles, étant donné que les gardiens du sexe féminin s'annoncent avant d'entrer. Il s'est penché sur les «rondes éclairs» faites à l'improviste, particulièrement sur celles qui ont lieu durant la journée, car la nuit les prisonniers du sexe masculin peuvent prendre des précautions pour se couvrir adéquatement. Il s'est dit d'avis qu'en ce qui a trait aux visites non prévues ou non annoncées, les autorités administratives peuvent adopter des solutions de rechange acceptables pour pondérer les intérêts opposés. Une solution de rechange possible consisterait pour l'agent du sexe féminin qui effectue une «ronde éclair» à annoncer sa présence avant de commencer sa ronde. C'est ce qui se produit de toute façon car, suivant la preuve, le premier détenu qui voit l'agent arriver avertit habituellement les autres détenus par un cri. Une autre solution de rechange consisterait, a-t-il dit, pour un agent du sexe masculin à effectuer la ronde alors qu'un agent du sexe féminin monterait la garde à l'entrée du pavillon. Suivant la preuve et à son avis, ces solutions de rechange ne devraient pas poser de graves problèmes administratifs, ni nuire considérablement à la carrière des agents du sexe féminin. Il a conclu que, sauf en cas d'urgence, les «rondes éclairs» de jour constituaient une intrusion inutile dans la vie privée des détenus du sexe masculin.

Voici ce qu'il a déclaré [aux pages 404 et 405]:

Comme je l'ai déjà dit, on ne peut invoquer l'article 8 pour empêcher des intrusions négligeables dans la vie privée. De plus, les détenus ne peuvent pas raisonnablement s'attendre à n'être soumis à aucune surveillance. S'ils redoutent d'être vus dans un état de nudité partielle ou totale, ou accomplissant certaines fonctions vitales, il leur appartient de prendre certaines précautions qui sont à leur portée pour minimiser de telles possibilités. Par ailleurs, j'estime que c'est une atteinte inutile à la dignité humaine lorsque, en l'absence de toute urgence, des gardiennes de Collins Bay observent ainsi des détenus dans leurs cellules. Cela veut dire en fait que, sauf en cas d'urgence, les gardiennes ne devraient pas pouvoir observer à l'improviste les cellules occupées par des détenus de sexe masculin. Compte tenu de la preuve, je ne pense pas que cela crée de graves problèmes administratifs ou nuise à la carrière des gardiennes. D'après le témoignage de M. Payne, directeur de Collins Bay, il y a quatre comptages par jour: à 7 h, à midi, à 16 h, et à 23 h. Les détenus connaissent sans doute bien ces heures et ils peuvent alors éviter de se trouver dans des situations embarrassantes quand ils savent que des agents de sexe féminin peuvent participer aux comptages. Pour ce qui est des inspections

particular inmate, the evidence indicated that a female officer approaching such a cell would normally announce her presence before looking in and again this is properly respectful of the privacy rights of the inmate without detracting from prison management. It appears to me that the only problem may arise with respect to the "winds" which are conducted on the average every hour, but at random times in order to preserve an element of surprise. From what I can understand of the staffing arrangements, and the fact that only 14.5% of the officers at Collins Bay are females, I do not believe that such a prohibition on unscheduled or unannounced viewing by female guards on a "wind" should cause serious problems in administration or be significantly harmful to the career opportunities of female officers. It appears to me that there are at least two reasonable alternatives: if a female officer is conducting the "wind", her presence can be announced just as the "wind" begins (which according to the evidence happens any way through a warning shout from the first inmate who sights the arrival of the officer conducting the "wind"); or, male officers can do the actual walking through the cell blocks, perhaps using female officers to "vestibule" them (that is, to be the guard to watch from the vestibule the other officer who is actually in the cell block, a practice employed for reasons of security). Further, I would only consider such steps to be necessary during the normal waking hours of the inmates: if an inmate chooses to leave himself exposed during the normal hours of sleep he can be taken to run the risk of cross-gender viewing. The appropriate administrative arrangements are of course a matter for the authorities of the institution and I make these suggestions only to indicate that the evidence satisfies me that there are reasonable alternatives to the kind of intrusion of privacy which the present system permits.

With regard to the section 15 challenge, the Trial Judge was of the view that frisk searches caused a trivial interference on the privacy of male inmates. The complaint therefore could not be sustained. With respect to the examination of cells, since the intervention was not trivial, such activity would be impermissible were it not for subsection 15(2) of the Charter. The affirmative action program, having as its object the employment of women in male prisons, incidentally carried with it the possibility that women perform certain surveillance of male inmates' cells. Because there was no comparable affirmative action programs for males in federal women's prison in Kingston, he felt there was a certain inequality flowing from an administrative fact.¹⁶ He considered however that this inequality protected by subsection 15(2) of the Charter precluded a complaint under subsection

¹⁶ As noted by the Trial Judge, at p. 380, paragraph 13 of the Commissioner's Directive 800-2-07.1 says:

(Continued on next page)

visuelles de la cellule d'un détenu, il ressort de la preuve que lorsqu'une gardienne s'approche d'une cellule, elle annonce normalement sa présence avant de regarder à l'intérieur et là encore, cela respecte les droits du détenu à sa vie privée, sans entraver l'administration de la prison. Il me semble que le seul problème qui pourrait se poser toucherait les «rondes éclair» qui se font en moyenne une fois par heure, mais à intervalles irréguliers, afin de créer un élément de surprise. Si je comprends bien l'organisation du personnel et étant donné que seulement 14,5 % des agents de Collins Bay sont des femmes, l'interdiction en vertu de laquelle les gardiennes ne pourraient pas observer à l'improviste lors d'une «ronde éclair», ne devrait pas, à mon avis, poser de graves problèmes d'administration, ni nuire considérablement à la carrière des agents de sexe féminin. Il me semble y avoir au moins deux solutions de rechange possibles: si un agent féminin effectue une «ronde éclair», sa présence pourra être annoncée juste avant que celle-ci ne commence (ce qui, suivant la preuve, se fait de toute façon par le cri du premier détenu qui voit arriver l'agent chargé de la «ronde éclair»; ou bien des agents de sexe masculin pourront traverser les pavillons cellulaires, en demandant à leurs collègues féminines de les couvrir à l'entrée du pavillon (c'est-à-dire qu'elles monteraient la garde à l'entrée en protégeant l'autre agent qui se trouve dans le pavillon cellulaire, cette pratique étant employée pour des raisons de sécurité). J'estime en outre que ces mesures ne sont nécessaires que durant les heures de veille des détenus: si un détenu choisit de ne pas se couvrir pendant ses heures normales de sommeil, il peut risquer d'être observé par un agent de l'autre sexe. Il appartient bien sûr aux autorités de l'établissement de prendre les mesures administratives appropriées et je veux seulement montrer qu'à la lumière de la preuve, je suis convaincu qu'il existe des solutions de rechange raisonnables permettant d'éviter le genre d'intrusion dans la vie privée que le régime actuel permet.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'article 15, le juge de première instance s'est dit d'avis que les fouilles par palpation ne donnaient lieu qu'à une intrusion négligeable dans la vie privée des détenus du sexe masculin. La plainte était donc irrecevable. Pour ce qui est de l'inspection des cellules, comme ce genre d'intrusion n'était pas négligeable, cette activité serait intolérable si ce n'était du paragraphe 15(2) de la Charte. Le programme d'action positive, dont l'objectif était l'embauche des femmes dans des prisons pour hommes, pouvait incidemment faire en sorte que des femmes surveillent les cellules de détenus du sexe masculin. Comme il n'existe pas de programme d'action positive comparable permettant aux hommes de travailler dans les prisons fédérales pour femmes à Kingston, le juge a estimé que cette procédure administrative entraînait une certaine inégalité¹⁶.

¹⁶ Comme le juge de première instance l'a fait remarquer, à la p. 380, l'article 13 de la directive du commissaire 800-2-07.1 dispose:

(Suite à la page suivante)

15(1) to the extent that the inequality was reasonably necessary to the operation of the affirmative action program. He recalled however his earlier conclusion that the use of female guards in non-emergency unscheduled, unannounced surveillance of cells was not necessary to the employment of female guards in male prisons.

In view of what he said about sections 8 and 15 of the Charter, the Trial Judge concluded that section 28 had no significant effect in the case.

He rejected any application of section 1 of the Charter.

He issued the following declaration:¹⁷

It is hereby ordered and adjudged that

- (1) it be declared that at Collins Bay Penitentiary it is unlawful, except in emergency situations, for female guards to view male inmates in their cells without their express or implied consent where such viewing is neither previously scheduled to the general knowledge of inmates affected nor previously announced to them by reasonable means; and
- (2) there be no costs awarded.

THE APPEAL AND THE FIRST GROUND OF THE CROSS-APPEAL

Since the appeal and the first ground of the cross-appeal deal with the same issue, i.e. the presence of female guards in the living areas of the male inmates, both will be dealt with together.

The Trial Judge, says the appellant, erred in law in concluding that the performance by female guards of their duty to conduct surveillance patrols of the male inmates' cells at Collins Bay during

(Continued from previous page)

13. No female inmate shall be frisk or strip searched pursuant to paragraph 10, except by a female member.

This is in contrast to paragraphs 11 and 14 which in effect allow male inmates to be frisk searched and, in an emergency, strip searched by a female officer. It was alleged by the respondent that in federal institutions for women inmates, male guards "occupy perimeter security positions only".

¹⁷ A.B., at p. 513.

Il a toutefois estimé que cette inégalité, qui est protégée par le paragraphe 15(2) de la Charte, rendait irrecevable toute plainte fondée sur le paragraphe 15(1), dans la mesure où cette inégalité était raisonnablement nécessaire à la mise en œuvre du programme d'action positive. Il a cependant rappelé sa conclusion que le recours à des gardiens du sexe féminin dans des situations ne présentant aucun caractère d'urgence pour surveiller les cellules à l'improviste et sans s'annoncer n'était pas essentiel à l'emploi des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes.

Compte tenu de ce qu'il a dit au sujet des articles 8 et 15 de la Charte, le juge de première instance a conclu que l'article 29 de la Charte n'avait pas d'effet important en l'espèce.

Il a écarté toute application de l'article premier de la Charte.

Il a prononcé le jugement déclaratoire suivant¹⁷:

La Cour statue que:

- 1) au pénitencier de Collins Bay, les gardiennes ne peuvent pas légalement, sauf en cas d'urgence, observer des détenus de sexe masculin dans leur cellule, sans leur consentement formel ou implicite, lorsqu'une telle observation n'a été ni portée à la connaissance générale des détenus concernés, ni préalablement annoncée par des voies normales;
- 2) aucuns dépens ne sont adjugés.

L'APPEL ET LE PREMIER MOYEN DE L'APPEL INCIDENT

Comme l'appel et le premier moyen de l'appel incident portent sur la même question, c'est-à-dire la présence de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus du sexe masculin, ils seront examinés ensemble.

Le juge de première instance, prétend l'appellante, a commis une erreur de droit en concluant que l'exécution par les gardiens du sexe féminin de leur devoir d'effectuer des rondes de surveillance

(Suite de la page précédente)

13. Conformément au paragraphe 10, aucune détenue ne doit être fouillée par palpation ou à nu, sauf par un membre du même sexe.

En revanche, les articles 11 et 14 permettent effectivement que des détenus de sexe masculin soient fouillés par palpation et, en cas d'urgence, qu'ils soient fouillés à nu par un agent du sexe féminin. L'intimé a soutenu que dans les établissements fédéraux pour détenus du sexe féminin, les gardiens [TRADUCTION] «n'occupent que des postes reliés à la sécurité périmétrique».

¹⁷ Dossier d'appel, à la p. 513.

the "winds" violates the inmates' rights under section 8 of the Charter. It is well settled that a person confined in a prison retains all of his civil rights other than those expressly or impliedly taken from him by law. Against the inmates' reasonable expectation of privacy must be balanced the public interest which encompasses three objectives: 1) the need for adequate security in prisons; 2) the goal of allowing women equal access to employment in federal prisons; 3) the goal of rehabilitating inmates. The evidence before the Trial Judge clearly established that the unannounced or unscheduled surveillance of male inmates' cells by female guards was not so intrusive as to require the Court's intervention and that the respondent's and other inmates' limited rights to privacy in the prison context were being adequately protected by measures that avoid the denial of the female guards' rights to be fully employed in their positions.

In oral argument, the appellant stated that she was challenging the inference the Trial Judge drew from the findings he made, particularly with regard to the balancing of public interest and the limited right of privacy of the respondent. This, she said, constitutes an error of law. *R. v. John*¹⁸ and *R. v. Anderson*¹⁹ were cited in support.

The respondent's position on the appeal is that the Trial Judge made no error in holding that female guards ought not to view male prisoners in their cells in non-emergency situations without notice. On the first ground of the cross-appeal, which is the one we are concerned with at present,

¹⁸ (1986), 28 C.C.C. (3d) 200, at p. 208. Craig J.A. for the British Columbia Court of Appeal said:

Whether the taking of blood in these circumstances is an unreasonable search or seizure requires a careful weighing of the rights of the individual to privacy and the right of the State to obtain evidence for the purposes of law enforcement. This surely is a question of law alone.

¹⁹ (1984), 45 O.R. (2d) 225 (C.A.), at p. 229.

des cellules des détenus du sexe masculin à Collins Bay au cours des «rondes éclairs» viole les droits que l'article 8 de la Charte reconnaît aux détenus. Il est bien établi qu'une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi. Il faut mettre en balance les attentes raisonnables qu'ont les détenus en ce qui concerne la protection de leur vie privée et l'intérêt public, lequel englobe trois objectifs: 1) les conditions de sécurité adéquate exigée en milieu carcéral; 2) l'objectif visant à garantir aux femmes l'égalité d'accès à l'emploi dans les prisons fédérales; 3) l'objectif de la réadaptation des détenus. La preuve soumise au juge de première instance démontrait à l'évidence que la surveillance à l'improviste des cellules des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin ne constituait pas une atteinte suffisamment grave pour exiger l'intervention du tribunal et que le droit limité à la protection de la vie privée que possédaient l'intimé et les autres détenus dans le contexte carcéral était adéquatement protégé par des mesures qui permettaient d'éviter que les gardiennes se voient frustrées de leur droit d'exécuter toutes les fonctions de leur emploi.

Dans sa plaidoirie, l'appelante a déclaré qu'elle contestait l'inférence que le juge de première instance tirait des conclusions auxquelles il en était venu, particulièrement en ce qui concerne l'appréciation de l'importance relative de l'intérêt public et du droit limité à la vie privée de l'intimé. Cela constituait, selon elle, une erreur de droit. Elle a cité à l'appui de sa prétention les décisions *R. v. John*¹⁸ et *R. v. Anderson*¹⁹.

La thèse que défend l'intimé en appel est que le juge de première instance ne s'est pas trompé en statuant que les gardiens du sexe féminin ne devaient pas observer sans préavis les détenus du sexe masculin dans leurs cellules dans des situations ne présentant aucun caractère d'urgence. Sur

¹⁸ (1986), 28 C.C.C. (3d) 200, à la p. 208. Le juge Craig, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a dit:

[TRADUCTION] Pour répondre à la question de savoir si le prélèvement de sang constituait dans ces circonstances une fouille ou une saisie abusive, il nous faut soupeser attentivement l'importance relative du droit de la personne à la protection de sa vie privée et du droit de l'État d'obtenir des éléments de preuve dans le but de faire respecter la loi. Il s'agit certes uniquement d'une question de droit.

¹⁹ (1984), 45 O.R. (2d) 225 (C.A.), à la p. 229.

the respondent challenges the failing of the Trial Judge to hold that the viewing of male inmates in their cells by female guards, in non-emergency situations, violates section 7, or section 8 or section 15 of the Charter.

I agree with the appellant's position.

I make clear at the outset that I have no difficulty with the reasoning followed by the Trial Judge in not applying section 7 of the Charter on account of the specificity of section 8 of the Charter to the case at bar.

With regard to the "winds" and the conclusions the Trial Judge arrived at in view of section 8 of the Charter, my appreciation of the law as applied to the facts is different from that of the Trial Judge.

*Hunter et al. v. Southam Inc.*²⁰ was concerned with the reasonableness of a statute authorizing a search and seizure and not with the manner in which the authorities were carrying out their statutory functions. The case at bar is concerned with the reasonableness of the manner in which the search is conducted. The same test applies whether the concern relates to the validity of the statute or the conduct of the authority acting under the authority of a statutory requirement. Dickson C.J. stated in the *Hunter* case that the guarantee of security from unreasonable search and seizure under section 8 of the Charter only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by section 8 indicates that an assessment has to be made as to whether, in a particular situation, the public's interest in being left alone by government has to give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.²¹ The Trial Judge was well aware of the assessment he was called upon to make.

²⁰ *Supra*, at p. 154

²¹ *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, at pp. 159-160.

le premier moyen de l'appel incident, qui est celui qui nous occupe pour l'instant, l'intimé reproche au juge de première instance de ne pas avoir statué que l'observation par les gardiens du sexe féminin des détenus du sexe masculin dans leurs cellules dans des situations ne présentant aucun caractère d'urgence viole l'article 7, ou l'article 8, ou l'article 15 de la Charte.

b Je souscris à la thèse de l'appelante.

D'entrée de jeu, je tiens à préciser que je souscris sans hésiter au raisonnement qu'a suivi le juge de première instance pour ne pas appliquer l'article 7 de la Charte en raison de l'application particulière de l'article 8 de la Charte au cas qui nous occupe.

d Pour ce qui est des «rondes éclairs» et des conclusions auxquelles le juge de première instance en est arrivé compte tenu de l'article 8 de la Charte, l'interprétation que je fais de la loi appliquée aux faits est différente de celle du juge de première instance.

e L'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*²⁰ avait trait au caractère raisonnable d'une loi autorisant une fouille et une saisie et non à la manière dont les autorités s'acquittaient des fonctions que la loi leur conférait. L'affaire qui nous occupe porte sur le caractère raisonnable de la manière dont la fouille est effectuée. Le même critère s'applique, que le problème se rapporte à la validité de la loi ou à la conduite de l'autorité qui agit en vertu d'une exigence législative. Dans l'arrêt *Hunter*, le juge en chef Dickson a déclaré que la garantie de protection prévue par l'article 8 contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation au droit garanti par l'article 8 indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi²¹. Le juge de première instance était bien conscient de l'appréciation qu'il était appelé à faire.

²⁰ Précité, à la p. 154.

²¹ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, aux p. 159 et 160.

I accept the assertion the Trial Judge made that, "Reasonability in execution includes . . . respect for normal standards of public decency to the extent that the constraints implicit in the situation reasonably permit".²²

The assessment he was called upon to make was to determine what a reasonable person would consider reasonable in the circumstances. The balance that has to be made is akin to what was described by Lamer J. in *R. v. Collins*²³ with regard to the term "bring the administration of justice into disrepute" as those words are found in subsection 24(2) of the Charter:

The approach I adopt may be put figuratively in terms of the reasonable person test proposed by Professor Yves-Marie Morissette in his article "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521, at p. 538. In applying s. 24(2), he suggested that the relevant question is: "Would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case?" The reasonable person is usually the average person in the community, but only when that community's current mood is reasonable.

The decision is thus not left to the untrammelled discretion of the judge. In practice, as Professor Morissette wrote, the reasonable person test is there to require of judges that they "concentrate on what they do best: finding within themselves, with cautiousness and impartiality, a basis for their own decisions, articulating their reasons carefully and accepting review by a higher court where it occurs." It serves as a reminder to each individual judge that his discretion is grounded in community values, and, in particular, long term community values. He should not render a decision that would be unacceptable to the community when that community is not being wrought with passion or otherwise under passing stress due to current events. In effect, the judge will have met this test if the judges of the Court of Appeal will decline to interfere with his decision, even though they might have decided the matter differently, using the well-known statement that they are of the view that the decision was not unreasonable. [Emphasis added.]

The nature of the complaint of the respondent was not that unannounced and unscheduled surveillance of his cell constituted a breach of his privacy right guaranteed by section 8 of the Charter or that surveillance had been done out of curiosity or by staring or that it was carried on in an improper or unprofessional way. The complaint

²² At pp. 397-398.

²³ [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 282-283.

J'accepte l'affirmation du juge de première instance suivant laquelle «Le caractère raisonnable de l'exécution comprend . . . le respect des règles normales de la décence dans la mesure où cela est normalement permis par les restrictions qui découlent implicitement de la situation»²².

L'appréciation qu'il était appelé à faire consistait à déterminer ce qu'une personne raisonnable considérerait raisonnable dans les circonstances. L'examen qu'il faut atteindre s'apparente à ce que le juge Lamer a expliqué, dans l'arrêt *R. c. Collins*²³ au sujet de l'expression «déconsidérer l'administration de la justice» que l'on trouve au paragraphe 24(2) de la Charte:

La démarche que j'adopte peut s'exprimer de façon figurative par le critère de la personne raisonnable proposé par le professeur Yves-Marie Morissette dans son article "The Exclusion of Evidence, under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *R. de McGill* 521, à la p. 538. En appliquant le par. 24(2), il propose que la question à se poser soit la suivante: [TRADUCTION] «L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire?» La personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable.

La décision n'est donc pas laissée à la discrétion illimitée du juge. En pratique, comme le professeur Morissette l'a écrit, le critère de la personne raisonnable est là pour obliger les juges à [TRADUCTION] «se concentrer sur ce qu'ils font le mieux: trouver au fond d'eux-mêmes, avec prudence et impartialité, un fondement pour leurs propres décisions, en formulant leurs motifs avec soin et en acceptant le contrôle d'un tribunal d'instance supérieure le cas échéant.» Cela sert à rappeler à chaque juge que son pouvoir discrétionnaire est enraciné dans les valeurs de la société et, en particulier, ses valeurs à long terme. Il ne doit pas rendre une décision que la société considérerait inacceptable lorsque celle-ci n'est pas déchirée par la passion ou autrement tiraillée par des événements présents. En effet, le juge aura satisfait à ce critère si les juges d'appel refusent de s'ingérer dans sa décision en utilisant la déclaration bien connue qu'ils sont d'avis que cette décision n'est pas déraisonnable, même s'il se peut qu'ils aient tranché la question différemment. [C'est moi qui souligne.]

L'intimé ne prétend pas que la surveillance non prévue et non annoncée de sa cellule constituait une violation de son droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la Charte ou que cette surveillance a été faite par curiosité ou avec une insistance déplacée ou qu'elle a été effectuée de façon inadéquate ou contraire au code professionnel. Ce

²² Aux p. 397 et 398.

²³ [1987] 1 R.C.S. 265, aux p. 282 et 283.

was that unannounced surveillance carried out by a female guard constitutes an unreasonable search by the mere fact that it is being carried on by a female.²⁴

The respondent Conway elected to live in One Block²⁵ where the cells are open-faced i.e. barred cells instead of solid door cells.²⁶ He chose not to be employed which meant he was in his cell and in the joint outside his cell for longer periods of time than those who were employed.²⁷ In One Block, the toilet is in the middle of the cell wall and faces the door directly.²⁸ Modesty barriers have been installed.²⁹

A general description of the ways in which counts are conducted and the responsibility of the officer carrying such counts was given at trial by one woman guard as follows:

Q. ... what is your responsibility when you are doing a count, how frequent is that, what is your response, if that is the situation when doing a count?

A. My response, well, in One and Two Blocks, the inmates have sort of set up a bit of a curtain in front of the toilet, which just allows us to see from the waist up. My response, if an inmate is in the washroom, I am consciously aware of where he is because that is part of my job, but my main concern is, is he alive?

Q. Is he alive.

A. Is he alive.

Q. I take it you don't stand.

A. I am just checking to make sure I have a body.

Q. So, how long would it take you to observe an inmate in a cell when doing a count?

A. Two or three seconds.

Q. Is it very often during counts that you have that experience?

A. Inmates in the washroom?

Q. Yes.

A. I wouldn't say a great deal but it may seem like a lot because now you have the total block back. You have 100 to 150 inmates, so it might seem like a lot, but I don't really think it is.

que l'intimé prétend, c'est que les rondes de surveillance effectuées à l'improviste par des gardiennes constituent une fouille abusive du simple fait qu'elles sont effectuées par des femmes²⁴.

^a L'intimé Conway a choisi de vivre dans le pavillon un²⁵ où les cellules sont ouvertes, c'est-à-dire à barreaux et non à portes pleines²⁶. Il a choisi de ne pas travailler, ce qui signifie qu'il passe plus de temps dans sa cellule et dans la pièce attenante à sa cellule que les détenus qui occupent un emploi²⁷. Dans le pavillon un, la toilette se trouve au milieu du mur de la cellule, directement en face de la porte²⁸. Des paravents ont été installés²⁹.

^c Au procès, une des gardiennes a expliqué de façon générale comment se déroulent les dénombrements, et a parlé de la responsabilité de l'agent chargé d'effectuer ce dénombrement:

[TRADUCTION]

^d Q. ... quelle est votre responsabilité lorsque vous effectuez un dénombrement, à quelle fréquence ont-ils lieu, quelle est votre réaction, si c'est ce qui se passe lorsque vous procédez à un dénombrement?

R. Ma réaction ... Eh bien, dans les pavillons un et deux, les détenus ont installé une sorte de rideau devant la toilette, de sorte qu'on ne peut voir le corps qu'à partir de la ceinture. Ma réaction, si un détenu est aux toilettes, je suis consciente de l'endroit où il se trouve parce que cela fait partie de mon travail, mais ma principale préoccupation est de savoir s'il est vivant.

^f Q. S'il est vivant?

R. S'il est vivant.

Q. Si j'ai bien compris, vous ne restez pas là.

R. Je m'assure seulement qu'il y a quelqu'un.

Q. Donc, combien de temps vous faut-il pour observer un détenu dans une cellule lorsque vous effectuez un dénombrement?

R. Deux ou trois secondes.

Q. Est-ce que cela arrive souvent pendant les dénombrements?

R. Que des détenus se trouvent aux toilettes?

^h Q. Oui.

R. Je ne dirais pas très souvent, mais ça peut sembler fréquent parce qu'on m'a confié à nouveau tout le pavillon. Il y a entre 100 et 150 détenus, cela peut donc sembler fréquent, mais je ne pense vraiment pas que ce soit le cas.

²⁴ The evidence at trial indicates that prisoners appear not to be concerned with women in their role as nurses. Transcript, vol. 1, at p. 78.

²⁵ Transcript, vol. 3, at p. 428.

²⁶ Transcript, vol. 3, at p. 419.

²⁷ Transcript, vol. 1, at p. 40.

²⁸ Transcript, vol. 3, at p. 424.

²⁹ Transcript, vol. 3, at pp. 444-451.

²⁴ Les témoignages entendus au procès indiquent que les prisonniers ne semblent pas être perturbés par le rôle d'infirmières que jouent les femmes. Transcription, vol. 1, à la p. 78.

²⁵ Transcription, vol 3, à la p. 428.

²⁶ Transcription, vol 3, à la p. 419.

²⁷ Transcription, vol 1, à la p. 40.

²⁸ Transcription, vol 3, à la p. 424.

²⁹ Transcription, vol 3, aux p. 444 à 451.

Q. They know you are coming?

A. Yes. They yell "count-up" at the top of the range.

(Transcript, vol. 4, at pp. 589-590—Emphasis added)

"Winds" (by opposition to counts) are usually done every hour but at irregular times so as to keep the element of surprise. One purpose is to make sure that the inmates are not engaged in any activities which might be detrimental to the good order and security of the institution. It is normal practice however for the first inmate on the range who sees the guard to yell or make some comment to alert other inmates that the guard is coming.

There is no doubt that being viewed "from the waist up", at the time ablution facilities are used, even for as little as two or three seconds, offends to a certain extent public decency and the privacy of the inmates, whether the guards are male or female. Surveillance patrolling by means of counts or "winds" are however a necessity in order to maintain order in the carceral institutions and verify that the prisoner is alive. Since, according to the facts of this case, both male and female guards act responsibly, is it reasonable to conclude that this type of intrusion becomes unreasonable when conducted by a female guard by the mere fact that she is a woman?

My difficulty with the assessment made by the Trial Judge is the following. He found acceptable that cross-gender "winds" could be done at night. Yet, the use of the ablution facilities is also a possibility at night. One remains puzzled as to why "winds" are unacceptable during the daytime and not at night. The evidence shows that the using of the ablution facilities by inmates has occurred during the counts. The inmates may not always be in a position to take measures so as to prevent these situations during the counts as the Trial Judge expects they can. Is the line of demarcation between day "winds" and counts so great as to justify excluding female guards from the day "winds"? The reasonable alternatives suggested by the Trial Judge carry their difficulties since "winds" announced by the administration lose their element of surprise. The practice which has

Q. Est-ce qu'ils savent que vous arrivez?

R. Oui. Le premier détenu crie «comptage» aux autres.

(Transcription, vol. 4, aux p. 589 et 590—C'est moi qui souligne)

Les «rondes éclairs» (par opposition aux dénombrements) sont habituellement effectuées toutes les heures, mais à intervalles irréguliers, pour créer un élément de surprise. Un des objectifs visés est de s'assurer que les détenus ne se livrent pas à des activités qui pourraient nuire au bon ordre et à la sécurité de l'établissement. Cependant, le premier détenu qui voit arriver le gardien crie ou dit habituellement quelque chose pour prévenir les autres détenus de l'arrivée du gardien.

Il n'y a aucun doute que le fait d'être vu «à partir de la ceinture» lorsqu'on utilise les lavabos, ne serait-ce que pendant deux ou trois secondes, choque jusqu'à un certain point les convenances sociales et constitue une atteinte à la vie privée des détenus, que le gardien soit du sexe masculin ou du sexe féminin. Les rondes de surveillance effectuées sous forme de dénombrements ou de «rondes éclairs» sont toutefois nécessaires pour maintenir l'ordre dans les établissements carcéraux et pour s'assurer que le prisonnier est vivant. Puisque, suivant les faits de la cause, les gardiens du sexe masculin et du sexe féminin agissent avec sérieux, est-il raisonnable de conclure qu'une atteinte de ce genre devient abusive lorsqu'elle est effectuée par un gardien du sexe féminin du simple fait qu'elle est une femme?

Voici les sérieuses réserves que j'ai au sujet de l'appréciation faite par le juge de première instance. Il a jugé acceptables les «rondes éclairs» effectuées la nuit par des personnes du sexe opposé. Pourtant, l'utilisation des lavabos la nuit est une possibilité. Je n'arrive pas à comprendre pourquoi les «rondes éclairs» sont inacceptables le jour et pas la nuit. La preuve démontre qu'il est arrivé que des détenus utilisent les lavabos pendant les dénombrements. Contrairement à ce que le juge de première instance a estimé, il se peut que les détenus ne soient pas toujours capables de prendre des précautions pour éviter ces situations pendant les dénombrements. La ligne de démarcation entre les «rondes éclairs» de jour et les dénombrements est-elle à ce point large pour justifier l'exclusion des gardiens du sexe féminin des «rondes éclairs» de jour? Les solutions de rechange

developed according to which the first inmate who views the guard shouts may not always occur at the beginning of the "wind". The administrative practice suggested by the Trial Judge for the female officer to announce the "wind" would destroy the difference between a count and a "wind" and render the "winds" useless. On the other hand, the vestibuling by female guards while men guards do the patrolling puts male guards in stressful situations more often than female guards.³⁰ Two categories of guards will be created. Some guards will have more responsibilities than others, some will gain more experience than others. Women will not be able to work the full spectrum of the Penitentiary Service as was recommended by the Parliamentary Committee.

The public interest served by the presence of female guards is not only directed to the improvement of the lot of women. It is concerned also with the enhancement of the quality of life in the prisons and the rehabilitation of the inmates.

The presence of women guards in carceral institutions in general has had some significant positive impact for the inmates and the institutions. Witnesses have expressed the thought that their presence has caused an "ameliorating effect", a "smoothing out" effect.³¹

Mr. Ralph Charles Serin, a psychologist, has testified in the following terms:³²

Inmates, not all but many adopt very traditional values towards women which is that the male is the provider in that situation and tends to do more of the decision-making. The problem is when an inmate is incarcerated and he is maintaining a relationship, the female is left without that provider and becomes more independent. Certainly in my experience, I have had to be involved in counselling between inmates and their spouses as the woman becomes more independent and learns to make

raisonnables suggérées par le juge de première instance comportent des difficultés car lorsque les «rondes éclairs» sont annoncées par l'administration, elles ne comportent plus d'élément de surprise. Il est possible que, contrairement à ce qui se produit habituellement, le premier détenu qui aperçoit le gardien n'avertisse pas les autres détenus par un cri dès le début de la «ronde éclair». La solution administrative suggérée par le juge de première instance, consistant pour l'agent du sexe féminin à annoncer la «ronde éclair», abolirait la différence qui existe entre un dénombrement et une «ronde éclair» et rendrait les «rondes éclairs» inutiles. En revanche, le fait pour les gardiens du sexe féminin de monter la garde à l'entrée du pavillon pendant que les gardiens du sexe masculin effectuent la ronde de surveillance mettrait les gardiens du sexe masculin dans des situations de grande tension plus souvent que les gardiens du sexe féminin³⁰. On créerait ainsi deux catégories de gardiens. Certains gardiens auraient plus de responsabilités que d'autres, certains acquerraient plus d'expérience que d'autres. Les femmes ne pourraient occuper tous les postes existants au sein du service des pénitenciers comme le comité parlementaire l'a recommandé.

L'intérêt du public à ce qu'il y ait des gardiens du sexe féminin ne vise pas seulement à améliorer le sort des femmes. Il concerne également l'amélioration de la qualité de la vie carcérale et la réadaptation des détenus.

La présence de gardiens du sexe féminin dans les établissements carcéraux a eu, en règle générale, des effets positifs importants sur les détenus et sur les établissements. Des témoins ont exprimé l'idée que leur présence avait eu «des effets bénéfiques», des effets d'«apaisement»³¹.

M. Ralph Charles Serin, un psychologue, a tenu les propos suivants dans son témoignage³²:

[TRADUCTION] Les détenus, pas tous, mais un bon nombre d'entre eux, adoptent des valeurs très traditionnelles envers les femmes: l'homme est le pourvoyeur dans cette situation et a tendance à prendre plus de décisions. Le problème qui se pose, c'est que lorsque le détenu est incarcéré et qu'il maintient une relation avec une femme, celle-ci se retrouve sans ce pourvoyeur et devient plus indépendante. Dans l'exercice de ma profession, il m'a fallu intervenir comme conseiller entre les détenus et

³⁰ Transcript, vol. 3, at p. 438.

³¹ Transcript, vol. 3, at p. 452.

³¹ Transcript, vol. 3, at pp. 497-498.

³⁰ Transcription, vol. 3, à la p. 438.

³¹ Transcription, vol. 3, à la p. 452.

³² Transcription, vol. 3, aux p. 497 et 498.

decisions for herself. That presents, on some occasions, difficulties for the male and female in terms of how they might get along when they get out, how they may have a chance to see a model of a more contemporary view of women, a more independent woman, and a chance to interact with those women I think will be fruitful for the men.

Dr. Lionel Béliveau, a psychiatrist, has testified:³³

[TRANSLATION] To name only a few, I would mention a number of advantages I have observed from my personal experience of having women work in prison institutions for men. As reported earlier, women encourage inmates as well as the other male guards to respect human dignity. Their presence discourages depraved or socially unacceptable behaviour. They facilitate the normalization of relations, thus helping to create a more human atmosphere in prisons. They help modify the prison subculture and reduce the number of violent acts inherent in the laws of the milieu or the jungle that existed before they arrived.

Dr. Lois Shawver, a Ph.D. in clinical psychology, 1973, University of Houston, has stated:³⁴

Women guards in the housing units of male prisons improve the prison culture in very significant ways. Although inmates may feel a trivial modesty concern, the misery of their general experience is reduced by the presence of women guards.

Any deterioration in the working load of women guards might bring more loss to the prison system than the alleged intrusion of privacy claimed by the respondent. On balance, the goals pursued by the state overrides the concerns of the respondent. In view of this conclusion, I find that no breach of section 8 of the Charter is committed when day "winds" are conducted by female guards.

For the same reason, I would dismiss the first ground of the cross-appeal. What is sought by the respondent is an even wider exception than that made by the Trial Judge since the request is for the total exclusion of women guards from surveillance of the inmates' living areas. The Trial Judge found the exclusion unnecessary in cases of counts

³³ A.B., at p. 508. The original version (French) is to be found at pp. 495-496.

³⁴ A.B., at p. 456.

leurs épouses, car la femme devient plus indépendante et apprend à prendre elle-même ses décisions. Cela crée parfois des difficultés pour les hommes et les femmes, qui se demandent comment ils vont s'entendre lorsqu'ils vont se retrouver. La possibilité qui leur est offerte de voir un modèle plus contemporain de la femme, une femme plus indépendante, et d'agir réciproquement avec ces femmes sera, à mon avis, fructueuse pour ces hommes.

Le Dr Lionel Béliveau, un psychiatre, a témoigné³³:

b Pour n'en nommer que quelques-uns, qu'il me suffise de rapporter un certain nombre d'avantages que j'ai pu observer à partir de mon expérience personnelle de la présence des femmes travaillant en milieu carcéral pour hommes. Tel que rapporté plus haut, les femmes incitent les détenus ainsi que les autres gardiens masculins à un respect de la dignité de la personne humaine. Elles dissuadent par leur présence les comportements pervers ou socialement inacceptables. Elles facilitent la normalisation des relations contribuant ainsi à créer un climat plus humain dans le milieu carcéral. Elles contribuent à modifier la sous-culture carcérale et à diminuer les actes de violence inhérents aux lois du milieu ou de la jungle qui existaient avant leur arrivée.

Le Dr Lois Shawver, qui a obtenu en 1973 un doctorat en psychologie clinique de l'université de Houston, a déclaré³⁴:

e [TRADUCTION] Les femmes qui travaillent comme gardiennes dans les unités résidentielles des prisons pour hommes amélioreront la culture carcérale de façon très significative. Même si les détenus peuvent avoir des préoccupations négligeables en ce qui concerne la modestie, les souffrances qu'ils ont vécues en général dans leur vie sont atténuées par la présence de gardiennes.

g Toute détérioration de la charge de travail des gardiens du sexe féminin pourrait causer une plus grande perte pour le système carcéral que l'atteinte présumée à la vie privée dont se plaint l'intimé. À tout prendre, les objectifs poursuivis par l'État l'emportent sur les préoccupations de l'intimé. Vu cette conclusion, j'estime qu'aucune violation de l'article 8 de la Charte n'est commise lorsque les « rondes éclairs » de jour sont effectuées par des gardiens du sexe féminin.

h Pour la même raison, je rejetterais le premier moyen de l'appel incident. Ce que l'intimé sollicite, c'est une exception encore plus large que celle qu'a faite le juge de première instance, car il demande à la Cour d'interdire aux gardiens du sexe féminin toute surveillance des unités résidentielles des détenus. Le juge de première instance a jugé inutile

³³ Dossier d'appel, version originale française, aux p. 495 et 496.

³⁴ Dossier d'appel, à la p. 456.

or night "winds". My assessment is that the presence of female guards in the living areas of the inmates for professional reasons, at all times, is not unreasonable.

I would allow the appeal. I would dismiss the first ground of the cross-appeal.

THE SECOND GROUND OF THE CROSS-APPEAL

The respondent claims that the Trial Judge erred in law when he concluded that frisk searches caused no or very little invasion to the privacy of male inmates.

The Trial Judge found that frisk searches of male prisoners by women guards, did not constitute a breach of the rights guaranteed by sections 7, 8 or 15 of the Charter.

In view of what I said earlier, I have no difficulty with the assessment made by the Trial Judge. I would dismiss the second ground of the cross-appeal.

CONCLUSION

I would allow the appeal, I would set aside the judgment of the Trial Judge issued June 9, 1987. I would dismiss the cross-appeal.

I would order that the appellant be entitled to costs on the cross-appeal.

HEALD J.A.: I concur.

l'exclusion dans le cas des dénombrements et des «rondes éclairs» de nuit. J'estime que la présence continue de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus pour des raisons d'ordre professionnel n'est pas déraisonnable.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel. Je rejetterais le premier moyen de l'appel incident.

LE SECOND MOYEN DE L'APPEL INCIDENT

L'intimé prétend que le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que les fouilles par palpation ne portaient pas atteinte au droit à la vie privée des détenus du sexe masculin ou que cette atteinte était négligeable.

Le juge de première instance a conclu que la fouille par palpation de détenus du sexe masculin par des gardien du sexe féminin ne constituait pas une violation des droits garantis par les articles 7, 8 ou 15 de la Charte.

Compte tenu de ce que j'ai déjà dit, j'accepte d'emblée l'appréciation faite par le juge de première instance. Je rejetterais le second moyen de l'appel incident.

DISPOSITIF

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le jugement prononcé par le juge de première instance le 9 juin 1987 et de rejeter l'appel incident.

Je condamnerais l'intimé aux dépens de l'appel incident.

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

T-2541-90

T-2541-90

Ian MacLeod, Ann McLaughlin and Southam Inc.
(*Plaintiffs*)

Ian MacLeod, Ann McLaughlin et Southam Inc.
(*demandeurs*)

v.

a c.

General John de Chastelain, Chief of the Defence Staff of the Canadian Armed Forces, Lieutenant General Kent Foster, Brigadier General Armand Roy and the Attorney General of Canada
(*Defendants*)

Le général John de Chastelain, chef d'état-major de la défense des forces armées canadiennes, le lieutenant-général Kent Foster, le brigadier-général Armand Roy et le Procureur général du Canada
(*défendeurs*)

T-2543-90

T-2543-90

The Corporation of the Canadian Civil Liberties Association and Alan Borovoy (*Plaintiffs*)

La corporation de l'Association canadienne des libertés civiles et Alan Borovoy (*demandeurs*)

v.

c.

General John De Chastelain, Lieutenant General Kent Foster and Brigadier General Armand Roy
(*Defendants*)

Le général John de Chastelain, le lieutenant-général Kent Foster et le brigadier-général Armand Roy
(*défendeurs*)

INDEXED AS: MACLEOD v. CANADA (CHIEF OF DEFENCE STAFF, ARMED FORCES) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: MACLEOD c. CANADA (CHEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE, FORCES ARMÉES) (1^{re} INST.)

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, September 26 and October 26, 1990.

Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 26 septembre et 26 octobre 1990.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Armed Forces' policy of treating journalists during siege at Indian reservation same as natives not violating freedom of press — Freedom of press not conferring special status on media employees who deserve same treatment as public when voluntarily placing selves in dangerous situations.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La décision des Forces armées de réserver aux journalistes pendant le siège de la réserve indienne, le même traitement qu'aux autochtones ne viole pas la liberté de la presse — La liberté de la presse ne confère pas de statut particulier aux employés des médias qui n'ont pas le droit de revendiquer, lorsqu'ils se placent volontairement en situation dangereuse, un traitement différent de celui du public en général.

Judicial review — Equitable remedies — Injunctions — Armed Forces stopping separate delivery of provisions to journalists during siege at Indian reservation — Journalists treated same as besieged — Reference to cases holding press to receive same treatment as general public — Defendants' policy not preventing journalists from filing stories — No serious issue to be tried.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Injonctions — Forces armées mettant fin à l'approvisionnement séparé des journalistes durant le siège d'une réserve indienne — Journalistes traités de la même façon que les assiégés — Jurisprudence concluant que la presse doit recevoir le même traitement que le public en général — La mesure appliquée par les défendeurs n'a pas empêché les journalistes de faire parvenir leurs reportages — Pas de question sérieuse à trancher.

In the summer of 1990, Indians on a reservation in Quebec set up barricades in protest against the development of a golf course on land in which they claimed an interest. The Quebec provincial police force was unable to cope with the situation and the Canadian Armed Forces had to be called in. These were applications for interlocutory injunctions by journalists who had joined some fifty natives under siege in a detoxification centre at the Mohawk Indian Reserve near Oka. At first, the journalists received food and supplies directly and separately from that provided to the natives. Subsequently, the Armed Forces decreed that all supplies were to be delivered once a day for distribution among all the occupants. The journalists argued that the refusal to permit the separate delivery of food and supplies to them (1) infringed upon their right to the freedoms

À l'été 1990, les Indiens d'une réserve du Québec ont érigé des barricades pour protester contre l'agrandissement d'un terrain de golf sur un terrain qu'ils revendiquaient. Incapable de faire face à la situation, la police provinciale du Québec a dû faire appel aux Forces armées canadiennes. Il s'agit en l'espèce de requêtes en injonction interlocutoire présentées par des journalistes qui se sont joints aux quelque cinquante autochtones assiégés dans un centre de détoxification situé sur la réserve indienne mohawk, près d'Oka. Au début, les journalistes recevaient directement leur approvisionnement en vivres et en matériel, séparément des autochtones. Par la suite, les Forces armées ont décrété qu'il n'y aurait plus qu'une seule livraison par jour, et ce pour tous les occupants du centre. Les journalistes ont fait valoir que le refus de leur permettre d'être

of expression and the press guaranteed by Charter, paragraph 2(b) and (2) infringed their right to life, liberty and security of the person guaranteed by Charter, section 7 in that they were forced to rely on the Indians' goodwill regarding the distribution of food and that they were not getting their fair share. This reliance allegedly threatened their objectivity and independence. The denial of the tools of their trade made it difficult for them to file stories. The defendants argued that the exigencies of the siege had nothing to do with the presence of the journalists and that they had no right to be treated differently from the natives. The journalists were there on sufferance because it suited the Indians' purposes. Furthermore, the adoption of stricter measures notwithstanding, the journalists had continued to file their stories. The issues were whether an interlocutory injunction should issue and whether the refusal to allow delivery of tools of the trade and separate delivery of food and supplies to the journalists violated freedom of the press.

Held, the applications should be dismissed.

The plaintiffs failed to demonstrate a serious issue to be tried. They failed to establish that based on the Charter right to freedom of the press, the defendants owed them a special duty of care. They remained in the compound voluntarily despite increasingly difficult conditions. The defendants' policy was to treat all those present indiscriminately with respect to the supply of food and necessities. Recent American and Canadian cases have held that the press is to be treated the same as the general public. Freedom of the press as a concept does not confer special status on media people. If a journalist puts himself in a dangerous situation to gather news, he has no greater right to protection than his neighbour. There is no principle of law granting him immunity from the consequences of his conduct. The privilege, granted at the outset, of having separate deliveries did not constitute a right which should be encapsulated with the guaranteed right to freedom of the press. In any event, the defendants' stricter policy regarding food deliveries did not prevent the journalists from conveying information to their papers.

approvisionnés séparément en nourriture et en matériel portait atteinte (1) à la liberté d'expression et à la liberté de la presse garanties par l'alinéa 2b) de la Charte ainsi que (2) à leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, garanti par l'article 7 de la Charte, en ce qu'ils ont été forcés de s'en remettre à la bonne volonté des Indiens pour ce qui est de la distribution de la nourriture, sans pouvoir obtenir leur juste part. Cette dépendance aurait menacé leur objectivité et leur indépendance. La privation de matériel professionnel a fait en sorte qu'il leur est devenu très difficile de transmettre leurs reportages. Les défendeurs ont soutenu que les exigences du siège n'avaient aucun rapport avec la présence des journalistes et que ceux-ci ne pouvaient juridiquement justifier un traitement différent de celui des autochtones. La présence des journalistes n'était tolérée de la part des Indiens que parce que cela leur convenait. De plus, malgré le renforcement des mesures, les journalistes ont continué à faire parvenir leurs reportages. Le litige portait sur l'opportunité de prononcer une injonction interlocutoire et sur la question de savoir si le refus d'autoriser la livraison de matériel professionnel aux journalistes et de permettre leur approvisionnement séparé en vivres et en matériel allait à l'encontre de la liberté de la presse.

Jugement: il y a lieu de rejeter les requêtes.

Les demandeurs n'ont pas réussi à démontrer l'existence d'une question sérieuse à trancher. Ils n'ont pas établi que les défendeurs avaient envers eux une obligation particulière de vigilance fondée sur le droit à la liberté de la presse garanti par la Charte. C'est volontairement qu'ils sont demeurés à l'intérieur du retranchement, malgré la détérioration des conditions. La ligne de conduite suivie par les défendeurs quant à l'approvisionnement en vivres et autres produits de première nécessité consistait à n'exercer aucune distinction entre les occupants. Or d'après la jurisprudence américaine et canadienne récente, la presse doit être traitée sur un pied d'égalité avec les membres du public en général. Le concept de la liberté de la presse ne confère aucun statut privilégié aux membres des médias. Si un journaliste se place lui-même en situation dangereuse pour recueillir des informations, son droit à la protection n'est pas supérieur à celui de son voisin. Aucun principe juridique ne saurait lui garantir l'immunité quant aux conséquences de sa conduite. Les livraisons séparées dont bénéficiaient les journalistes au début constituait un privilège et non un droit susceptible d'être protégé à l'intérieur du droit garanti à la liberté de la presse. Quoi qu'il en soit, le durcissement de la politique des défendeurs pour ce qui concerne l'approvisionnement en vivres n'a pas empêché les journalistes de transmettre l'information à leurs journaux.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canadian Newspaper Co. Ltd. v. Isaac (1988), 63 O.R. (2d) 698; 48 D.L.R. (4th) 751; 27 O.A.C. 229 (Div. Ct.);

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 7.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canadian Newspaper Co. Ltd. v. Isaac (1988), 63 O.R. (2d) 698; 48 D.L.R. (4th) 751; 27 O.A.C. 229 (C. div.);

Pell v. Procnier, 417 US 817; 94 S Ct 2800; 41 L Ed 2d 495 (1974); *Branzburg v Hayes*, 408 US 665; 92 S Ct 2646; 33 L Ed 2d 626 (1972); *Saxbe v Washington Post Co.*, 417 US 843; 94 S Ct 2811; 41 L Ed 2d 514 (1974); *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 13,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

REFERRED TO:

American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., [1975] A.C. 396 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *N.W.L. Ltd. v. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.).

COUNSEL:

Richard G. Dearden, Neil Wilson, Alan D. Reid and Milos Barutciski for plaintiffs.

Claude Joyal and Mario Dutil for defendants.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.:

PREAMBLE

The issues raised in these applications were heard on September 26, 1990. By the time the proceedings had concluded, the issues had, in a sense, become moot. I was nevertheless asked to rule on them. I did so rule and delivered brief oral reasons. What follows are my more detailed written reasons for the disposition I made of the case. These reasons are written in the context of the circumstances as they existed at the date of hearing.

THE PARTIES

The plaintiffs Ian MacLeod and Ann McLaughlin are journalists for *The Ottawa Citizen* and *The [Montreal] Gazette* respectively. The plaintiff

Pell v. Procnier, 417 US 817; 94 S Ct 2800; 41 L Ed 2d 495 (1974); *Branzburg v Hayes*, 408 US 665; 92 S Ct 2646; 33 L Ed 2d 626 (1972); *Saxbe v Washington Post Co.*, 417 US 843; 94 S Ct 2811; 41 L Ed 2d 514 (1974); *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 13,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

DÉCISIONS CITÉES:

American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., [1975] A.C. 396 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *N.W.L. Ltd. v. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.).

AVOCATS:

Richard G. Dearden, Neil Wilson, Alan D. Reid et Milos Barutciski, pour les demandeurs.

Claude Joyal et Mario Dutil, pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

LE JUGE JOYAL:

PRÉAMBULE

Les questions soulevées dans les présentes requêtes ont fait l'objet d'une audience le 26 septembre 1990. Au moment où s'achevait l'instance, ces questions étaient toutefois devenues, dans un certain sens, théoriques. J'ai néanmoins été appelé à rendre une décision à leur égard, ce que j'ai fait en prononçant oralement de brefs motifs. Je m'en explique de façon plus détaillée dans les motifs écrits qui suivent. J'ai rédigé ces derniers motifs en tenant compte des circonstances telles qu'elles existaient à la date de l'audience.

LES PARTIES

Les demandeurs Ian MacLeod et Ann McLaughlin sont journalistes respectivement au *Ottawa Citizen* et au journal *The Gazette* de

Southam Inc. owns both newspapers. These plaintiffs apply for interlocutory relief on terms which will be explored later in these reasons.

Concurrently, the plaintiffs, Corporation of Civil Liberties Association and its counsel Alan Borovoy, apply for similar relief. The issues being the same and no objection being taken as to standing of the last-named plaintiffs, the two applications were heard together on common evidence.

The defendants, as their several titles imply, are senior commanders of the Canadian Armed Forces. The Attorney General of Canada is also named for good measure.

THE BACKGROUND

The applications arise as a result of events which have occurred at Mohawk Indian Reserves near Oka and Châteauguay, Quebec during the last three months. On July 11, 1990, the Provincial Police force, the Sûreté du Québec, unsuccessfully tried to dismantle a barricade near Oka. The barricade had been erected by Mohawks in order to protest and to prevent the proposed development of a golf course by the Municipality of Oka on land to which the Mohawks claimed title. To maintain this barricade, self-defined armed Warriors joined the local Mohawk Band. Eventually, the Province of Quebec called in the services of the Canadian Armed Forces to dismantle this barricade, as well as several other barricades which had been erected by the natives and Warriors at Oka and Châteauguay. The Canadian Armed Forces began to dismantle the barricades on August 27, 1990 and by September 3, they had gained control of the final Mohawk barricade at Oka. On that same date, some fifty Indians, including Warriors, men, women and children, retreated into a detoxification centre at the Kanesatake Reserve at Oka. The Canadian Armed Forces surrounded the centre and erected a razor wire perimeter. From that date on, there was a veritable standoff between the Warriors and natives within the perimeter and the besieging Canadian Armed Forces. Women and children in the compound made it imperative that armed assault be avoided if at all possible. Several jour-

Montréal, deux quotidiens propriété de la demanderesse Southam Inc. Ces demandeurs sollicitent une injonction interlocutoire pour des raisons qui seront examinées plus loin dans ces motifs.

^a Simultanément, la corporation de l'Association des libertés civiles ainsi que le procureur de cette dernière, Alan Borovoy, demandent un redressement similaire. Les questions en litige étant les mêmes et aucune objection n'ayant été soulevée ^b quant à la qualité pour agir des derniers demandeurs, les deux requêtes ont été entendues conjointement sur preuve commune.

^c Les défendeurs, comme leur titre l'indique, sont de hauts commandants des Forces armées canadiennes. Le procureur général du Canada est également désigné par mesure de précaution.

HISTORIQUE

^d Ce sont les événements survenus au cours des trois derniers mois aux réserves indiennes mohawks près d'Oka et de Châteauguay, au Québec, qui ont donné lieu aux requêtes. Le 11 ^e juillet 1990, la force de police provinciale, la Sûreté du Québec, tentait sans succès de démanteler une barricade près d'Oka. Cette barricade avait été érigée par des Mohawks qui entendaient ainsi ^f protester contre le projet d'agrandissement par la municipalité d'Oka d'un terrain de golf situé sur un terrain revendiqué par les Mohawks. Pour assurer la défense de la barricade, un groupe armé revendiquant le titre de «Warriors» est venu se joindre à la bande mohawk locale. La province de ^g Québec a finalement fait appel aux Forces armées canadiennes pour démanteler cette barricade, de même que plusieurs autres érigées par les autochtones et les Warriors à Oka et à Châteauguay. Les Forces armées canadiennes ont commencé les opérations de démantèlement le 27 août 1990 et le 3 ^h septembre, elles prenaient le contrôle de la dernière barricade mohawk à Oka. Le même jour, une cinquantaine d'Indiens, dont des Warriors, des hommes, des femmes et des enfants se sont retranchés dans un centre de désintoxication situé sur la réserve de Kanesatake à Oka. Les Forces armées canadiennes ont encerclé le centre, délimitant un ⁱ périmètre de fil barbelé. C'est à partir de cette ^j date que s'est installée une véritable épreuve de force opposant d'une part les Warriors et les autochtones, retranchés à l'intérieur du périmètre,

nalists, among them the plaintiffs MacLeod and McLaughlin, stayed at the treatment centre and eleven of them are still behind the perimeter with the Mohawks there. It is the situation of those journalists which forms the object of the present applications for interlocutory injunctions.

THE PLAINTIFFS' POSITION

The policy of the Canadian Armed Forces has been to break the impasse and accordingly, security measures were taken to isolate the people within the compound and bring the siege to an end. Given the presence of women and children, however, the defendants allowed food and other essential supplies to pass through the perimeter, albeit in a controlled fashion. There were obvious humanitarian and compassionate grounds for that policy. According to the plaintiffs, up until September 11, 1990, the defendants allowed the delivery of food and supplies to the journalists directly and separately from the food and supplies which were being delivered to the natives inside the centre. However, on September 12, the delivery of supplies, such as notepads, batteries, tape and film, was stopped. Then, on September 14, 1990, the defendants decided to halt separate delivery of food and other necessities of life to the journalists inside the treatment centre. Instead, deliveries of food, clothing and other supplies were to be ordered in bulk by "hot line" and to be delivered once a day to the compound to be distributed among all of the occupants, including the journalists.

The plaintiffs argue that the defendants' refusal to permit separate delivery of food and supplies to the journalists inside the centre infringes upon the latter's right to freedom of expression and freedom of the press, as is guaranteed by paragraph 2(b) of

et les Forces armées canadiennes qui les assiégeaient d'autre part. À cause de la présence de femmes et d'enfants dans le retranchement, il devenait impérieux d'éviter l'assaut armé dans toute la mesure possible. Plusieurs journalistes, dont les demandeurs MacLeod et McLaughlin, sont restés au centre de traitement et onze d'entre eux sont toujours à l'intérieur du périmètre avec les Mohawks. C'est la situation dans laquelle se retrouvent ces journalistes qui donne lieu aux présentes requêtes en injonction interlocutoire.

LA POSITION DES DEMANDEURS

La stratégie des Forces armées canadiennes consiste à briser l'impasse: des mesures de sécurité ont par conséquent été prises pour isoler les gens présents à l'intérieur du retranchement et mettre ainsi fin au siège. Toutefois, étant donné la présence de femmes et d'enfants, les défendeurs ont permis, mais de façon limitée, l'envoi de nourriture et autres produits essentiels à l'intérieur du périmètre. Cette mesure était fondée sur des motifs humanitaires évidents. Selon les demandeurs, les défendeurs ont, jusqu'au 11 septembre 1990, autorisé l'approvisionnement des journalistes en vivres et en matériel directement et séparément de l'approvisionnement des autochtones à l'intérieur du centre. Le 12 septembre cependant, on a mis fin à la fourniture de matériel tel que calepins de note, piles, bandes magnétiques et films. Puis, le 14 septembre 1990, les défendeurs ont décidé de mettre fin à la livraison séparée de nourriture et autres produits de première nécessité aux journalistes présents à l'intérieur du centre de traitement. Dorénavant, nourriture, vêtements et autre matériel devaient faire l'objet d'une seule commande par la «ligne rouge», les livraisons n'étant plus effectuées qu'une fois par jour au retranchement et la distribution devant se faire parmi tous les occupants, y compris les journalistes.

Les demandeurs soutiennent que le refus des défendeurs de permettre l'approvisionnement séparé en nourriture et en matériel des journalistes se trouvant à l'intérieur du centre porte atteinte à la liberté d'expression ainsi qu'à la liberté de la presse garanties à ces derniers par l'alinéa 2b) de

the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.¹ Subsidiarily, the plaintiff Southam Inc. claims that the defendants' actions infringe the plaintiffs' right to life, liberty and security of the person, as is guaranteed by section 7 of the Canadian Charter. More specifically, the plaintiffs argue that the journalists are being forced to rely upon the goodwill of the Warriors inside the compound with respect to the proper distribution of food. This reliance threatens their objectivity and independence in reporting on matters as they arise at Oka.

The plaintiffs also allege that the food being delivered is insufficient to feed the number of people there. As a result, the journalists are receiving only leftovers from the natives and their health is thus being jeopardized. Furthermore, the Canadian Armed Forces have denied the plaintiffs access to the tools of their trade, so that it has become very difficult for the journalists to file their stories to their publishers. As a result, the plaintiffs believe that their basic freedoms and rights as guaranteed by the Charter are being infringed.

THE DEFENDANTS' POSITION

The defendants argue that, whatever trials and tribulations might be visited on the journalists, the exigencies of the siege have nothing specifically to do with the presence of these journalists in the compound. The defendants' policy is to bring the standoff to an end and to leave no alternative to the Warriors and other natives but to evacuate the compound.

The defendants are fettered in achieving this purpose by the presence of women and children in the compound. To take by assault or storm would put these people at grave risk and would certainly be counter to the defendants' objective of resolving the conflict peacefully.

Furthermore, humanitarian and compassionate grounds preclude the defendants from simply starving the insurgents out. Again the presence of women and children, effectively controlled by

¹ 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].

la *Charte canadienne des droits et libertés*¹. Subsidièrement, la demanderesse Southam Inc. soutient que les agissements des défendeurs portent atteinte au droit des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, garanti par l'article 7 de la Charte canadienne. De façon plus spécifique, les demandeurs font valoir que les journalistes sont ainsi forcés de se fier, pour ce qui est de la juste distribution des vivres, à la bonne volonté des Warriors se trouvant à l'intérieur du retranchement. Or, cette dépendance menace l'objectivité et l'indépendance avec lesquelles les journalistes peuvent rapporter l'information sur l'évolution de la situation à Oka.

Les demandeurs allèguent également que les vivres qui sont distribués ne sauraient suffire aux besoins des assiégés. En conséquence de quoi les journalistes ne reçoivent des autochtones que des restes et leur santé s'en trouve menacée. Par surcroît, les Forces armées canadiennes refusent aux demandeurs l'accès au matériel professionnel, de sorte qu'il leur est devenu très difficile de transmettre leurs reportages à leur rédaction. Aussi les demandeurs estiment-ils qu'il y a atteinte aux libertés et aux droits fondamentaux garantis par la Charte.

LA POSITION DES DÉFENDEURS

Les défendeurs prétendent que, quelles que soient les difficultés et les épreuves que subissent les journalistes, les exigences du siège n'ont rien à voir spécifiquement avec leur présence dans le retranchement. Le plan d'action des défendeurs est de faire cesser l'épreuve de force en ne laissant aux Warriors d'autre choix que d'évacuer le retranchement.

L'atteinte de cet objectif est entravée par la présence de femmes et d'enfants à l'intérieur du retranchement. Un assaut leur ferait courir de graves risques et irait certainement à l'encontre de l'objectif des défendeurs qui est de résoudre le conflit de façon pacifique.

De plus, des motifs humanitaires empêchent les défendeurs de purement et simplement affamer les insurgés. Là encore, c'est la présence de femmes et

¹ Qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

armed Warriors, imposes this restriction on the defendants.

The defendants see no reason why the journalists in the compound should be treated differently from the natives. The journalists are there because it suits the Warriors' purpose to have them there. The journalists' conditions in terms of food and necessities might be difficult to bear but if food is to be provided on humanitarian grounds, there is no reason why there should be special treatment for the journalists.

The defendants further state that since the adoption of stricter measures on September 11 and September 14, the journalists have continued to file their stories to the media. It cannot therefore be argued that the actions of the defendants result in an embargo on news stories to the outside world giving rise to a Charter challenge.

THE ISSUE

The issue, therefore, is whether the refusal of the defendants and of those under their control to allow separate delivery of food and other supplies to the journalists within the treatment centre, as well as their refusal to allow delivery of additional film, tape, batteries and other tools of the trade to these journalists, violates the freedom of the press as is guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The narrower issue is whether, in the light of all the circumstances of the case, an interlocutory injunction should issue at this time.

It is trite law that in order to succeed in their applications for an interlocutory injunction, the plaintiffs must demonstrate that:

- (a) there is a serious question to be tried;
- (b) the plaintiffs will suffer irreparable harm unless the injunction is granted; and

d'enfants, contrôlés de fait par les Warriors armés, qui impose aux défendeurs cette restriction.

Les défendeurs ne voient pas en quoi les journalistes présents dans le retranchement devraient recevoir un traitement différent de celui des autochtones. Les journalistes sont là parce que leur présence sert les intérêts des Warriors. Leur condition est peut-être difficile à supporter pour ce qui est de la nourriture et des autres produits de première nécessité, mais s'il doit y avoir distribution de vivres pour des motifs humanitaires, rien ne justifie à cet égard un traitement particulier pour les journalistes.

Les défendeurs ajoutent que depuis l'adoption de mesures plus strictes les 11 et 14 septembre, les journalistes ont continué à faire parvenir leurs reportages aux médias. On ne saurait donc soutenir que les agissements des défendeurs conduisent à un embargo sur les informations destinées au monde extérieur donnant lieu à une attaque fondée sur la Charte.

LA QUESTION EN LITIGE

La question en litige est donc celle de savoir si le refus de la part des défendeurs et de ceux qui sont sous leur autorité d'autoriser l'approvisionnement séparé en vivres et autres fournitures aux journalistes se trouvant à l'intérieur du centre de traitement, de même que leur refus de permettre que leur soient remis films, bandes magnétiques, piles et autre matériel professionnel additionnel, violent la liberté de la presse garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus spécifiquement, il s'agit de savoir si, à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce, une injonction interlocutoire devrait être prononcée à ce stade.

Il est bien connu en droit que pour avoir gain de cause dans leurs requêtes en injonction interlocutoire, les demandeurs doivent démontrer les éléments suivants:

- a) il y a une question sérieuse à trancher;
- b) les demandeurs subiront un préjudice irréparable si une injonction n'est pas accordée;

(c) the balance of convenience favours the plaintiffs.²

A final criteria, which was formulated by Lord Diplock in *N.W.L. Ltd. v. Woods*,³ is that the issuance of the interlocutory injunction must not have the effect of finally disposing of the action before the trial takes place.

THE FINDINGS

On the basic facts and circumstances giving rise to these proceedings, there is no serious conflict in the evidence submitted by the parties. In making findings, therefore, it should not be necessary for me to refer to any specific piece of evidence or to attribute such evidence to any one of the several parties.

Admittedly, the role normally exercised by journalists is one which is fundamental to a free and democratic society. This is the role which the plaintiffs have voluntarily undertaken by maintaining their vigil in the compound and by continually filing their stories. In so doing, the plaintiffs are exercising their right to stay there in spite of the fact that as the critical standoff situation evolves at the compound, the conditions which they have to bear become increasingly onerous and difficult.

Yet these are conditions which are not the result of coercion, of imprisonment or of detention, lawful or otherwise. On the contrary, the defendants have repeatedly invited the journalists to leave the compound and have not hidden their displeasure at their continued presence there. In the context of the standoff itself, the Court would be loathe to express any views on the propriety or impropriety of the defendants' attitude towards these journalists. There is a limit to the kind of curial arrogance which might justify critical comment. I can only observe that the standoff has lasted 70 days and, so far, the measures taken by the defendants have not provoked serious violence.

Until September 11, 1990, both the natives and the plaintiffs were given access to necessaries of

² *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.).

³ [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.).

c) la prépondérance des inconvénients joue en faveur des demandeurs².

Selon un dernier critère formulé par lord Diplock dans l'arrêt *N.W.L. Ltd. v. Woods*³, la délivrance d'une injonction interlocutoire ne doit pas avoir pour effet de régler de façon définitive le sort de l'action avant la tenue du procès.

LES CONCLUSIONS DE FAIT

La preuve soumise par les parties ne révèle aucun conflit sérieux quant aux principaux faits et circonstances ayant donné lieu à la présente instance. Pour tirer des conclusions à cet égard, il ne me sera donc pas nécessaire de me reporter à un élément particulier de la preuve ou d'attribuer tel élément à l'une des parties.

Le rôle qu'exercent en temps normal les journalistes est tenu pour fondamental dans une société libre et démocratique. C'est le rôle qu'ont volontairement endossé les demandeurs en assurant la vigile dans le retranchement et en transmettant continuellement leurs reportages. Les demandeurs exercent ainsi leur droit de rester sur place en dépit du fait que plus la situation devient critique à l'intérieur du retranchement, plus leur condition devient pénible et difficile à supporter.

Ces conditions, cependant, ne résultent pas de la coercition, de l'emprisonnement ou de la détention, légale ou autre. Au contraire, les défendeurs ont à plusieurs reprises invité les journalistes à quitter le retranchement et n'ont pas caché leur mécontentement devant la poursuite de leur présence sur les lieux. Dans le contexte du conflit lui-même, la Cour serait très réticente à exprimer une opinion quant au bien-fondé ou non de la ligne de conduite des défendeurs envers ces journalistes. Il y a une limite à cette sorte d'arrogance judiciaire qui prête flanc à la critique. Je me bornerai à souligner que l'épreuve de force dure depuis 70 jours et que les mesures qu'ont prises jusqu'à maintenant les défendeurs n'ont pas provoqué d'actes graves de violence.

Jusqu'au 11 septembre 1990, tant les autochtones que les demandeurs ont eu accès aux produits

² *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.).

³ [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.).

life. The plaintiffs were furnished with these necessities directly by their employer. From that date onward, however, the defendants decreed that deliveries of food, clothing, medical supplies and other necessities would be ordered on the "hot line" and delivered once a day to the compound to be shared by all the occupants, including the journalists.

The delivery of these necessities is obviously a humanitarian gesture in regard to the women and children in the compound. Of necessity, however, that humanitarian gesture also enures to the benefit of the armed Warriors, and unless the plaintiffs be treated with less than minimum hospitality, to the benefit of the plaintiffs as well. The plaintiffs concede that at all times their presence in the compound is on sufferance. They are there only so long as the Warriors want them there and only so long as the Warriors find the presence of the journalists to be to their advantage. The Warriors, in my view, are not suffering the plaintiffs' presence in the centre on the ground that by doing otherwise, they would violate paragraph 2(b) of the Charter.

It is clear that the defendants' policy is to treat the journalists, the Warriors and the women and children indiscriminately with respect to the supply of food and necessities. As the plaintiffs state, they are not now getting their fair share of necessities and are denied the technical supplies required of their trade. This, they suggest, amounts to an oblique or indirect method of stifling access to information from the compound and is tantamount to an actual prohibition by the defendants of the coverage of events occurring at Oka and as such constitutes a denial of Charter rights.

The question may now be expressed as to whether or not the policy imposed by the defendants on the plaintiffs raises a triable issue justifying the intervention of the Court by way of interlocutory relief at this stage of the proceedings. In assisting in such determination, consideration must of necessity be given to some judicial pronouncements dealing with such fundamental principles of Canadian law as freedom of the press and freedom of information.

de première nécessité. Les demandeurs étaient approvisionnés directement par leur employeur. À partir de cette date cependant, les défendeurs ont décrété que les demandes d'approvisionnement en vivres, vêtements, médicaments et autres produits essentiels parviendraient dorénavant par la «ligne rouge», que les livraisons auraient lieu une fois par jour au retranchement et qu'il y aurait alors partage entre tous les occupants, y compris les journalistes.

La fourniture de ces produits essentiels est manifestement un geste humanitaire à l'égard des femmes et des enfants qui se trouvent dans le retranchement. Par le fait même toutefois, ce geste profite aussi aux Warriors armés et, à moins qu'ils ne reçoivent pas l'hospitalité minimale, aux demandeurs eux-mêmes. Les demandeurs conviennent que leur présence dans le retranchement est simplement tolérée. Elle ne durera qu'aussi longtemps que les Warriors le voudront bien et aussi longtemps que cela servira leurs intérêts. À mon avis, ce n'est pas parce que les Warriors considèrent qu'en agissant autrement ils violeraient l'alinéa 2b) de la Charte qu'ils tolèrent la présence des demandeurs dans le centre.

Il est clair que la stratégie des défendeurs est de n'exercer aucune distinction quant à l'approvisionnement en vivres et autres produits essentiels entre les journalistes, les Warriors, ainsi que les femmes et les enfants. Les demandeurs se plaignent de ne pas recevoir leur juste part des produits de première nécessité et de se voir refuser le matériel technique. C'est là une façon indirecte ou oblique de réduire l'accès à l'information en provenance du retranchement, ce qui équivaut dans les faits à une interdiction par les défendeurs de la couverture des événements en cours à Oka et constitue en soi une atteinte aux droits garantis par la Charte.

La question peut donc être formulée ainsi: la ligne de conduite qu'imposent les défendeurs aux demandeurs soulève-t-elle un litige susceptible de justifier, à ce stade des procédures, l'intervention de la Cour par voie de redressement interlocutoire? Pour faciliter la solution de cette question, il importe d'examiner certaines décisions traitant des principes fondamentaux que sont en droit canadien la liberté de la presse et la liberté de l'information.

THE LAW

In *Canadian Newspaper Co. Ltd. v. Isaac*,⁴ a coroner allowed a witness to testify at an inquest anonymously. Canadian Newspaper Co. brought an application for a declaration that the coroner's order violated paragraph 2(b) of the Canadian Charter and to require disclosure of the name of the witness. Mr. Justice Campbell decided that there was some basis in law on which the coroner could have made the order and that no public interest would be served by requiring that the name of the witness be published. With respect to the rights of the press, he stated [at pages 704-705]:

The right of the press under Charter s. 2(b) is no greater than the right of the public to know what goes on in the courts and in public hearings such as inquests.

The right to publish what has already been compelled and disclosed is different from the right to compel a disclosure that has not been made to the trier of fact. The Charter does not give the press or the public the right to insist that the coroner compel into evidence any fact. The press has a right to report the inquest, not to control its conduct.

I conclude therefore that there has been no infringement of the Charter guarantee of freedom of the press.

Although Mr. Justice Hughes and Mr. Justice Austin did not agree that the coroner's order could be justified in law, they too felt that the application should be dismissed on the ground that to require disclosure of the name of the witness, after he had acted upon the promise of anonymity, would bring the administration of justice into disrepute.

In that decision, therefore, the press was held to have no greater right than other members of the public to compel disclosure of information.

Counsel for the defendants also brought to my attention two decisions of the United States Supreme Court which more clearly illustrate the principle that the press is to be treated on an equal footing with other members of the public in general.

The first of those cases is *Pell v. Procunier*,⁵ where prison inmates and journalists challenged

LE DROIT

Dans l'affaire *Canadian Newspaper Co. Ltd. v. Isaac*⁴, le coroner avait permis à un témoin de témoigner de façon anonyme à une enquête. La société Canadian Newspaper Co. a présenté une requête en jugement déclaratoire portant que l'ordonnance du coroner allait à l'encontre de l'alinéa 2b) de la Charte canadienne et exigeant la divulgation du nom du témoin. Le juge Campbell a conclu qu'il pouvait exister un fondement juridique à l'ordonnance du coroner et que la divulgation du nom du témoin ne servirait aucun intérêt public. Voici ce qu'il a dit à l'égard des droits de la presse, [aux pages 704 et 705]:

[TRADUCTION] Le droit de la presse en vertu de l'art. 2b) de la Charte n'est pas supérieur au droit du public de savoir ce qui se passe devant les tribunaux et devant les audiences publiques telles les enquêtes.

Le droit de publier ce qui a déjà été exigé et divulgué diffère du droit d'exiger et de divulguer ce qui n'a pas été porté à la connaissance du juge des faits. La Charte ne confère pas à la presse ou au public le droit d'exiger du coroner la mise en preuve de tous les faits. La presse a le droit de faire état du déroulement de l'enquête mais non de la contrôler.

J'en arrive par conséquent à la conclusion qu'il n'y a eu aucune violation de la liberté de la presse garantie par la Charte.

Même si les juges Hughes et Austin n'étaient pas d'accord pour dire que l'ordonnance du coroner était justifiable en droit, ils ont eux aussi estimé qu'il y avait lieu de rejeter la requête au motif qu'exiger la divulgation du nom d'un témoin ayant accepté de témoigner contre promesse d'anonymat, était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Dans cette décision donc, il a été statué que la presse n'avait pas davantage que les autres membres du public le droit d'exiger la divulgation d'information.

L'avocat des défendeurs a également porté à mon attention deux arrêts de la Cour suprême des États-Unis qui illustrent encore plus clairement le principe suivant lequel la presse doit être traitée sur un pied d'égalité avec les autres membres du public en général.

Le premier de ces arrêts, *Pell v. Procunier*⁵, porte sur la contestation, par des détenus et des

⁴ (1988), 63 O.R. (2d) 698 (Div. Ct.).

⁵ 417 US 817 (1974).

⁴ (1988), 63 O.R. (2d) 698 (C. div.).

⁵ 417 US 817 (1974).

the constitutionality of a prison regulation prohibiting face-to-face interviews with inmates specifically chosen by the media. It also prohibited interviews which an inmate initiated himself. The majority of the Supreme Court held that the regulation did not violate either the inmates' First Amendment rights or the right of the media to freedom of the press.

Justice Stewart, on behalf of the majority of the Court, cited from an earlier Supreme Court decision, *Branzburg v Hayes*,⁶ which had indicated that the press did not have a constitutional right of special access to information not available to the general public and that:

Newsmen have no constitutional right of access to the scenes of crime or disaster when the general public is excluded . . .⁷

The learned Justice then applied that principle to the facts before him:

The First and Fourteenth Amendments bar government from interfering in any way with a free press. The Constitution does not, however, require government to accord the press special access to information not shared by members of the public generally. It is one thing to say that a journalist is free to seek out sources of information not available to members of the general public, that he is entitled to some constitutional protection of the confidentiality of such sources, cf. *Branzburg v. Hayes*, supra, and that government cannot restrain the publication of news emanating from such sources. Cf. *New York Times Co. v. United States*, supra. It is quite another thing to suggest that the Constitution imposes upon government the affirmative duty to make available to journalists sources of information not available to members of the public generally. That proposition finds no support in the words of the Constitution or in any decision of this Court. Accordingly, since § 415.071 does not deny the press access to sources of information available to members of the general public, we hold that it does not abridge the protections that the First and Fourteenth Amendments guarantee.⁸ [The underlining is my own.]

The issue was much the same in *Saxbe v Washington Post Co.*,⁹ where a policy statement prohibited face-to-face interviews by newsmen with individually designated prison inmates. Mr. Justice Stewart, again speaking for a majority of the Court, first noted that the inmates' families, attor-

journalistes, de la constitutionnalité d'un règlement pénitentiaire interdisant les entretiens face à face avec des détenus spécifiquement choisis par les médias. Ce règlement interdisait également les entretiens à l'initiative d'un détenu. La Cour suprême à la majorité a conclu que le règlement ne violait ni les droits des détenus en vertu du Premier amendement ni le droit des médias à la liberté de la presse.

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Stewart a cité un passage d'un arrêt antérieur de la Cour suprême, *Branzburg v Hayes*,⁶, où il avait été statué que la presse ne possédait pas de droit constitutionnel à un accès privilégié à l'information non accessible au public en général et que:

[TRADUCTION] [I]es journalistes n'ont aucun droit constitutionnel d'accès aux scènes de crimes ou de désastres d'où est exclu le public en général?⁷ . . .

Applicant ensuite ce principe aux faits dont il était saisi, le juge a déclaré:

[TRADUCTION] Le Premier et le Quatorzième amendements interdisent au gouvernement de s'ingérer de quelque façon que ce soit dans la liberté de la presse. La Constitution, cependant, n'oblige pas le gouvernement à accorder à la presse un accès privilégié à l'information dont ne dispose pas le public en général. C'est une chose de dire qu'un journaliste est libre d'aller à la recherche de sources d'information non accessibles au grand public, qu'il a droit à une certaine protection constitutionnelle de la confidentialité de ces sources, voir *Branzburg v. Hayes*, précité, et que le gouvernement ne peut empêcher la publication d'information émanant de telles sources. Cf. *New York Times Co. v. United States*, précité. Mais c'est tout autre chose que de prétendre que la Constitution impose au gouvernement l'obligation positive de rendre accessibles aux journalistes les sources d'information inaccessibles au grand public. Cette prétention ne trouve appui ni dans le texte de la Constitution ni dans aucun arrêt de cette Cour. En conséquence, § 415.071 ne privant pas la presse de l'accès à des sources d'information publiquement accessibles, nous concluons qu'il ne porte pas atteinte aux protections que garantissent le Premier et le Quatorzième amendements.⁸ [Souligné par mes soins.]

La question en litige était à peu de chose près la même dans l'arrêt *Saxbe v Washington Post Co.*,⁹, où un énoncé de politique interdisait les entretiens face à face entre journalistes et détenus spécifiquement désignés. Parlant à nouveau au nom de la majorité de la Cour, le juge Stewart a d'abord

⁶ 408 US 665 (1972).

⁷ *Ibid.*, at pp. 684-685.

⁸ *Supra*, note 5, at pp. 834-835.

⁹ 417 US 843 (1974).

⁶ 408 US 665 (1972).

⁷ *Ibid.*, aux p. 684 et 685.

⁸ Voir ci-dessus, note 5, aux p. 834 et 835.

⁹ 417 US 843 (1974).

neys and religious counsel were accorded liberal visitation privileges; members of the public at large were not allowed to enter prisons and interview consenting inmates. This policy was applied evenly to all prospective visitors, including journalists. Applying the decision in *Pell*, *supra*, he concluded that it was:

... unnecessary to engage in any delicate balancing of such penal considerations against the legitimate demands of the First Amendment. For it is apparent that the sole limitation imposed on newsgathering by Policy Statement 1220.1A is no more than a particularized application of the general rule that nobody may enter the prison and designate an inmate whom he would like to visit, unless the prospective visitor is a lawyer, clergyman, relative, or friend of that inmate. This limitation on visitations is justified by what the Court of Appeals acknowledged as «the truism that prisons are institutions where public access is generally limited.» 161 U.S.App.D.C., at 80, 494 F.2d, at 999 In this regard, the Bureau of Prisons visitation policy does not place the press in any less advantageous position than the public generally. Indeed, the total access to federal prisons and prison inmates that the Bureau of Prisons accords to the press far surpasses that available to other members of the public.¹⁰ [The underlining is my own.]

Mr. Justice Stewart then quoted from *Pell* to the effect that the Government has no affirmative duty to make available to journalists sources of information not available to members of the general public. Accordingly, the policy statement did not abridge the freedom of the press guaranteed by the First Amendment.

Although U.S. authorities are not determinative whenever dealing with a Charter issue, they have often been quoted whenever there is an absence of Canadian judicial precedents on point. In essence, the cases I have cited deny the existence of special status to journalists on constitutional grounds. No express stipulation is found in American law which would directly or by inference confer such a status on them. Neither do I find any under the Charter. On the contrary, the decision of the Ontario Divisional Court in *Canadian Newspaper Co. v. Isaac*, *supra*, is confirmative, in my view, that journalists have no more right to information, or to disclosure or even to access to information than the ordinary citizen.

¹⁰ At p. 849.

souigné l'importance des privilèges de visite accordés aux familles des détenus, à leur avocat et à leur conseiller spirituel, tout en faisant observer que le public en général n'était pas autorisé à entrer dans les prisons et à y interviewer les détenus consentants. Cette politique était appliquée également à tous les visiteurs éventuels, y compris les journalistes. Appliquant l'arrêt *Pell*, précité, le juge a conclu qu'il n'était pas:

^b [TRANSDUCTION] . . . nécessaire de s'engager sur la voie délicate de l'équilibre à établir entre ces considérations d'ordre pénal et les exigences légitimes découlant du Premier amendement. Car il appert que la seule limite imposée à la cueillette de l'information par l'Énoncé de politique 1220.1A n'est rien d'autre qu'une application particulière de la règle générale selon laquelle personne ne peut pénétrer à l'intérieur d'une prison et rendre visite au détenu de son choix, à moins d'être avocat, prêtre, parent ou ami de ce détenu. Cette limitation des visites est justifiée par ce que la Cour d'appel reconnaît comme «le truisme voulant que les prisons soient des institutions où l'accès du public est généralement restreint». 161 U.S.App.D.C., à la p. 80, 494 F.2d, à la p. 999 À cet égard, la politique du Bureau des prisons concernant les visites ne place pas la presse dans une position moins avantageuse que celle du grand public. En fait, l'accès aux prisons fédérales et aux détenus qu'accorde dans l'ensemble le Bureau des prisons à la presse est de loin supérieur à celui dont disposent les autres membres du public¹⁰.
^e [Souigné par mes soins.]

Le juge Stewart cite ensuite un passage de l'arrêt *Pell* suivant lequel le gouvernement n'a aucune obligation positive de rendre accessible aux journalistes les sources d'information qui ne le sont pas au public en général. Ce qui fait que l'Énoncé de politique ne viole pas la liberté de la presse protégée par le Premier amendement.

^g Bien que la jurisprudence américaine ne fasse pas autorité en matière de Charte, elle est souvent citée en l'absence de précédents canadiens pertinents. Pour l'essentiel, les causes citées concluent à l'absence de statut constitutionnel privilégié pour les journalistes. La législation américaine ne contient pas non plus de stipulation expresse leur conférant ce statut. Je n'en vois pas davantage dans la Charte. Au contraire, le jugement qu'a rendu la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Canadian Newspaper Co. v. Isaac*, précité, confirme à mon avis que les journalistes n'ont pas un droit à l'information, à la divulgation, voire même à l'accès à l'information supérieur à celui du citoyen ordinaire.
^j

¹⁰ À la p. 849.

THE CONCLUSIONS

If journalists are to be treated as ordinary citizens and if they enjoy no special status to obtain information denied to others, it would follow, in my view, that under conditions of siege and in a compound defended by armed Warriors who effectively control the journalists' conduct, their status would not impose on the defendants a special affirmative duty of care in a manner the plaintiffs have claimed. The defendants have not forced the plaintiffs to enter into or to remain in the compound. Nor have the defendants, by threats or otherwise, stopped them from leaving. On the contrary, they have urged the plaintiffs to leave. Irrespective of journalistic duties or ethics, the plaintiffs are remaining on the scene voluntarily and their liberty to leave the compound at any time is no more restricted than the liberty of anyone else, women, children and armed Warriors alike, from leaving the compound.

In such circumstances, it is my view that the principle applied in both U.S. and Canadian jurisprudence is applicable to the issue before me. Freedom of the press as a concept does not confer any special status on media people. Should a journalist in quest of news put himself in a dangerous situation, he has no greater right to protection than his neighbour. If he should decide to file stories "Behind Warrior Lines" as the plaintiff MacLeod so headnoted his articles in *The Ottawa Citizen*, it does not create a concomitant duty to people in front of the same lines to provide him with special treatment. If a journalist, in the centre of an armed confrontation, feels it his professional duty to remain there, he cannot impose on any person, an obligation to do all that would be necessary to keep him there. If a journalist freely and voluntarily hazards the security of his person to fulfil his functions, I know of no principle of law granting him immunity from the consequences of his conduct. Finally, if as stated in *Branzburg v Hayes*, *supra*, a journalist has no constitutional right of access to scenes of crime or disaster when the general public is excluded, I should fail to see

CONCLUSIONS

Si les journalistes doivent être traités comme des citoyens ordinaires et s'ils ne jouissent d'aucun statut privilégié pour obtenir des renseignements refusés aux autres citoyens, il s'ensuit, à mon avis, que dans des conditions de siège et dans un retranchement défendu par des Warriors armés qui contrôlent effectivement la conduite des journalistes, que le statut de ces derniers n'impose aux défendeurs aucune obligation positive particulière de vigilance au sens où le prétendent les demandeurs. Ce ne sont pas les défendeurs qui ont forcé les demandeurs à pénétrer dans le retranchement ou à y demeurer, pas plus qu'ils ne les ont empêchés d'en partir par des menaces ou autrement. Au contraire, ils les ont exhortés à quitter les lieux. Indépendamment de leurs obligations ou de l'éthique journalistique, c'est volontairement que les demandeurs restent sur place et leur liberté de quitter le retranchement en tout temps n'est pas moins restreinte que la liberté de quiconque, femmes, enfants et Warriors armés, de quitter les lieux.

Vu les circonstances, je suis d'avis que le principe suivi tant dans la jurisprudence américaine que canadienne est applicable à la présente espèce. Le concept de la liberté de la presse ne confère aucun statut privilégié aux membres des médias. Un journaliste en quête d'information se place-t-il en situation dangereuse, son droit à la protection n'est pas supérieur à celui de son voisin. S'il décide de transmettre un reportage «derrière les lignes des Warriors», comme le demandeur MacLeod a intitulé ses articles dans le *Ottawa Citizen*, cela ne crée pas pour ceux qui se trouvent en face des dites lignes l'obligation corrélative de lui accorder un traitement particulier. Si un journaliste, placé au cœur d'une confrontation armée, estime qu'il y va de son devoir professionnel d'y rester, il ne peut imposer à quiconque l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer sa présence. Si un journaliste met librement et volontairement la sécurité de sa personne en danger pour remplir ses fonctions, aucun principe juridique ne peut, à ma connaissance, lui garantir l'immunité par rapport aux conséquences de sa conduite. Enfin, si, comme on l'affirme dans l'arrêt *Branzburg v Hayes*, précité, un journaliste n'a aucun droit constitutionnel d'accès à la scène d'un crime ou d'un

how he might gain constitutional protection when he voluntarily remains in a compound under siege.

I should not venture any further than is necessary along this line of thinking. I am not called upon today to decide the merits of the case but rather to ascertain if the plaintiffs present a serious question to be tried and, if so, whether injunctive orders at this stage are warranted.

I must conclude that on the evidence before me, and on the state of the law made available to me, the plaintiffs have failed to show me that on the basis of a Charter right to freedom of the press, the defendants thereby owe a special duty of care towards the plaintiffs. I cannot accept they should enjoy immunity or other special status. They cannot expect nor do they have a right to receive special treatment except at the invitation of whomsoever, like the Warriors, might be enjoying or tolerating their presence.

It is true that journalists in the compound did enjoy some semblance of privilege in having their needs filled separately by their employer and having deliveries accepted separately through checkpoints. In my view, that kind of privilege does not make a right which should now be encapsulated within the right conferred on paragraph 2(b) of the Charter in particular or within the rights and freedoms conferred on the Charter generally.

In any event, the evidence discloses that since September 11, information has been continually fed by the journalists to their newspapers for the purpose of fulfilling the purported insatiable need of the public for information on the current crisis. It is admitted of course that the policy adopted by the defendants makes that purpose more difficult to maintain. Such difficulties, however, are inherent in the circumstances which have developed at Oka. To subscribe to the defendants' policy the characteristics of a violation such as I have been invited to find would go far beyond the purpose and object of that particular Charter right.

Touching briefly upon the evidence of the plaintiffs that the current system of food allocation is

désastre lorsque le public en est exclu, je ne vois pas comment il pourrait obtenir une protection constitutionnelle lorsque c'est volontairement qu'il demeure dans un retranchement assiégé.

^a Je ne m'aventurerai pas davantage dans cette voie. Je ne suis pas appelé aujourd'hui à trancher le fond du litige mais plutôt à déterminer si la question que soulèvent les demandeurs est une question sérieuse et si, dans l'affirmative, des ^b ordonnances d'injonction sont justifiées à ce stade.

Je dois de conclure que, d'après la preuve qui m'a été présentée et vu l'état du droit tel qu'il a été porté à ma connaissance, les demandeurs n'ont pas ^c réussi à démontrer que les défendeurs ont envers eux une obligation particulière de vigilance fondée sur le droit à la liberté de la presse garanti par la Charte. Je ne puis accepter la prétention selon laquelle les demandeurs devraient jouir d'une ^d immunité ou autre statut privilégié. Ils n'ont pas le droit d'exiger un traitement privilégié et ne peuvent pas s'attendre à en recevoir un, sauf à l'invitation de ceux qui, comme les Warriors, peuvent apprécier leur présence ou la tolérer.

^e Les journalistes présents dans le retranchement ont certes joui d'une apparence de privilège du fait que leur employeur voyait à leurs besoins de façon ^f séparée et que les livraisons étaient acceptées séparément aux divers postes de surveillance. À mon avis toutefois, cette sorte de privilège ne constitue pas un droit qui devrait maintenant être protégé à l'intérieur du droit conféré en particulier à l'alinéa ^g 2b) de la Charte ou à l'intérieur des droits et libertés inscrits dans la Charte en général.

Quoi qu'il en soit, la preuve révèle que depuis le 11 septembre, les journalistes n'ont pas cessé ^h d'alimenter leurs journaux afin de répondre au besoin d'information réputé insatiable du public sur la crise actuelle. Tous conviennent, naturellement, que la stratégie des défendeurs ne facilite pas l'atteinte de cet objectif. Ces difficultés, cependant, sont inhérentes à l'évolution de la situation à ⁱ Oka. Conclure, comme on m'y a invité, que la stratégie des défendeurs constitue une violation serait aller bien au-delà de l'objet et de la portée du droit particulier garanti par la Charte.

^j En ce qui concerne brièvement la preuve des demandeurs selon laquelle le système actuel de

such as to create shortages of food to individual journalists, I can only observe that this is a matter more properly addressed to the Warriors than to the defendants.

In closing, I would only refer to the remarks of Mr. Justice Beetz in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*:¹¹

In short, I conclude that in a case where the authority of a law enforcement agency is constitutionally challenged, no interlocutory injunction or stay should issue to restrain that authority from performing its duties to the public unless, in the balance of convenience, the public interest is taken into consideration and given the weight it should carry. Such is the rule where the case against the authority of the law enforcement agency is serious, for if it were not, the question of granting interlocutory relief should not even arise. But that is the rule also even when there is a prima facie case against the enforcement agency, such as one which would require the coming into play of s. 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. [The underlining is my own.]

If such is the case when an applicant has succeeded in demonstrating a *prima facie* case, then *a fortiori* this Court should be even more loathe to intervene in the exercise of government policy of this nature when an applicant has been unable to make out a serious case.

The journalists in the compound might be deserving of admiration and respect for the fortitude they have shown during a long siege. Nevertheless, on the basis of the facts and the law put before me, the plaintiffs have not made out a serious issue to be tried and the applications for injunctive relief are hereby dismissed.

This is not a matter for costs.

distribution des vivres est susceptible de créer des pénuries pour les journalistes, je ne peux que faire remarquer qu'il s'agit là d'une question relevant davantage des Warriors que des défendeurs.

^a Qu'il suffise, en terminant, de citer les remarques du juge Beetz dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*:¹¹:

^b En bref, je conclus que, lorsque l'autorité d'un organisme chargé de l'application de la loi fait l'objet d'une attaque fondée sur la Constitution, aucune injonction interlocutoire ni aucune suspension d'instance ne devrait être prononcée pour empêcher cet organisme de remplir ses obligations envers le public, à moins que l'intérêt public ne soit pris en considération et ne reçoive l'importance qu'il mérite dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients. Telle est la règle lorsqu'il y a un doute sérieux relativement à l'autorité de l'organisme chargé de l'application de la loi car, s'il en était autrement, la question d'un redressement interlocutoire ne devrait même pas se poser. Toutefois, cette règle s'applique aussi même lorsqu'on considère qu'il y a une apparence de droit suffisante contre l'organisme chargé de l'application de la loi, laquelle apparence de droit nécessiterait par exemple le recours à l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés. [Souligné par mes soins.]

^e Si tel est le cas lorsqu'un requérant a réussi à démontrer une apparence de droit suffisante, *a fortiori* cette Cour devrait-elle être plus réticente à intervenir dans l'exercice d'une politique gouvernementale de cette nature lorsque le requérant n'a pu établir l'existence d'une question sérieuse?

^f Les journalistes présents dans le retranchement sont peut-être dignes d'admiration et de respect pour le courage dont ils font preuve pendant ce long siège. Néanmoins, d'après les faits et le droit dont j'ai été saisi, les demandeurs n'ont pas démontré l'existence d'une question sérieuse à trancher et les requêtes en injonction sont par les présentes rejetées.

Il n'y a pas lieu en l'espèce d'adjuger de dépens.

¹¹ [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 149.

¹¹ [1987] 1 R.C.S. 110, à la p. 149.

A-218-90

A-218-90

Minister of Transportation and Public Works of Prince Edward Island (Appellant)

v.

Canadian National Railway Company and the National Transportation Agency (Respondents)

INDEXED AS: PRINCE EDWARD ISLAND (MINISTER OF TRANSPORTATION AND PUBLIC WORKS) v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. (C.A.)

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Pratte and Stone J.J.A.—Charlottetown, May 2; Ottawa, June 20, 1990.

Constitutional law — Prince Edward Island Terms of Union — National Transportation Agency Order abandoning entire railway system serving P.E.I. — Terms requiring Canada to pay for “Efficient Steam Service for the conveyance of mails and passengers” — Railways became property of Canada — Island’s argument: Terms having constitutional status; any inconsistent law of no effect; Terms requiring rail service maintained; Agency’s order beyond jurisdiction Parliament could confer — Wording of Terms clear — Imposing obligation to furnish ferry service, not railway system in perpetuity.

Railways — Appeal from National Transportation Agency’s order abandoning entire P.E.I. railway system — Prince Edward Island Terms of Union not requiring Canada to operate railway on Island nor to maintain link between railways in province and on mainland — Order within Agency’s jurisdiction.

This was an appeal from an order of the National Transportation Agency, the effect of which is to abandon the entire railway system serving Prince Edward Island. The *Prince Edward Island Terms of Union* state that (1) the railway shall be the property of Canada and (2) Canada will pay the cost of an “Efficient Steam Service” for the conveyance of mails and passengers between the Island and the mainland, “Winter and Summer”, thus placing the Island in continuous communication with the railway system of the Dominion. The appellant argued that as the Terms of Union have constitutional status, any law inconsistent with them is of no effect. It was submitted that the Terms required the maintenance of rail service, both within the province and between the province and the mainland. It was further argued that the Terms of Union were unclear so that the understanding of the parties must be implied from the circumstances at the time and the conduct of the parties since the Terms of Union were approved. The issue

Le ministre des Transports et des Travaux publics de l’Île-du-Prince-Édouard (appelant)

a c.

La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et l’Office national des transports (intimés)

b RÉPERTORIÉ: ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD (MINISTRE DES TRANSPORTS ET DES TRAVAUX PUBLICS) c. CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA (C.A.)

c Cour d’appel, juge en chef Iacobucci, juges Pratte et Stone, J.C.A.—Charlottetown, 2 mai; Ottawa, 20 juin 1990.

Droit constitutionnel — Conditions de l’adhésion de l’Île-du-Prince-Édouard — Ordonnance de l’Office national des transports entraînant l’abandon de tout le réseau ferroviaire desservant l’Île-du-Prince-Édouard — Les Conditions exigeaient que le Canada assume un «service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles (sic) et passagers» — Les chemins de fer sont devenus la propriété du Canada — Les allégations de l’Île: les Conditions ont un statut constitutionnel; toute loi incompatible est inopérante; les Conditions exigent que le service ferroviaire soit maintenu; l’ordonnance de l’Office excède la compétence que le Parlement a pu lui conférer — Le libellé des Conditions est clair — Elles imposaient l’obligation de fournir un service de bacs, non pas un réseau ferroviaire à perpétuité.

Chemins de fer — Appel formé contre une ordonnance de l’Office national des transports entraînant l’abandon de tout le réseau ferroviaire de l’Île-du-Prince-Édouard — Les Conditions de l’adhésion de l’Île-du-Prince-Édouard n’exigeaient pas que le Canada exploite le chemin de fer sur l’Île ni ne maintienne une liaison entre les chemins de fer de la province et ceux des côtes — L’ordonnance relevait de la compétence de l’Office.

Il s’agissait d’un appel formé contre une ordonnance de l’Office national des transports ayant pour effet d’entraîner l’abandon de tout le réseau ferroviaire desservant l’Île-du-Prince-Édouard. Les *Conditions de l’adhésion de l’Île-du-Prince-Édouard* prévoient (1) que le chemin de fer deviendra la propriété du Canada et (2) que le Canada se chargera des dépenses occasionnées par un «service convenable de bateaux à vapeur», transportant les malles (sic) et passagers entre l’Île et les côtes, «l’été et l’hiver», assurant ainsi une communication continue avec le réseau ferroviaire du Canada. L’appellant a soutenu que, vu le statut constitutionnel des Conditions de l’adhésion, toute loi qui n’est pas compatible avec elles est inopérante. Il a été allégué que les Conditions exigeaient le maintien du service ferroviaire à l’intérieur de la province et entre la province et les côtes. Il a été en outre avancé que les Conditions de l’adhésion n’étaient pas claires de sorte qu’il faut découvrir une entente implicite entre les parties à même les circonstances de l’époque et le comportement des parties depuis l’adoption des Conditions de l’adhésion. La question était de savoir si l’ordonnance allait à l’encontre des Conditions de

was whether the order was contrary to the Terms of Union and beyond the jurisdiction of the National Transportation Agency.

Held, the appeal should be dismissed.

The Terms of Union do not require Canada to operate the railway in Prince Edward Island nor to maintain and operate a rail link between the railway on the Island and that on the mainland. The Terms are clear and should be taken to express the agreement intended by the parties. There is no need to rely on the rules of statutory construction, extrinsic evidence, or legislative history. "Efficient Steam Service" refers to a ferry service with the effect, but not obligation, of communicating with the federal system. It can only mean "ship". That obligation extends only to mails and passengers, and not to freight. "Continuous" has a seasonal or temporal meaning rather than a physical significance (i.e. continuous line of track). Although there was an expectation that Canada would operate the railway system as indicated by the clause that provides that the railways shall be the property of Canada, that does not impose an obligation on Canada to operate the railway in perpetuity. Canada obtained property in the railway because it assumed the debts and liabilities of the province. Once owner of the railways, it was legally free to do what it wished with them. If an obligation to operate perpetually were intended, clear language to that effect would have been employed.

l'adhésion et excédait la compétence de l'Office national des transports.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

Les Conditions de l'adhésion n'exigent pas que le Canada exploite le chemin de fer sur l'Île-du-Prince-Édouard ni qu'il maintienne et exploite une liaison ferroviaire entre l'Île et le réseau de chemin de fer du continent. Les Conditions sont claires et devraient être considérées comme exprimant l'accord qu'envisageaient les parties. Point n'est besoin de recourir aux règles d'interprétation des lois, aux éléments de preuve extrinsèques ou aux antécédents législatifs. Un «service convenable de bateaux à vapeur» vise un service de bacs ayant pour effet, et non pour obligation, d'assurer la communication avec le réseau fédéral. Cette expression ne peut désigner qu'un «navire». Cette obligation s'étend seulement au courrier et aux passagers et non au fret. «Continue» a un sens saisonnier et temporel plutôt qu'une signification matérielle (c.-à-d. une ligne de chemin de fer continue). Bien que l'on s'attendît à ce que le Canada exploite le réseau ferroviaire de la façon indiquée par la clause qui prévoit que les chemins de fer deviendront les propriétés du Canada, cela n'impose pas au Canada l'obligation d'exploiter le chemin de fer à perpétuité. Le Canada a acquis la propriété du chemin de fer parce qu'il a assumé les dettes et le passif de la province. Après en avoir acquis la propriété, il était légalement libre d'en disposer à son gré. Si on avait voulu que le Canada exploite le chemin de fer à perpétuité, on l'aurait dit dans des termes clairs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act Respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion*, S.C. 1884, 47 Vict., c. 6, Schedule, s. 9.
- British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10, s. 4.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 145.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
- National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 65.
- Prince Edward Island Terms of Union*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 12.
- Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2.
- Statute Law Revision Act, 1893*, 56-57 Vict., c. 14 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 17].

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- R. (Prince Edward Island) v. R. (Canada)*, [1976] 2 F.C. 712 (C.A.); *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada*, S.C. 1884, 47 Vict., chap. 6, art. 9 de l'annexe.
- Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 10, art. 4.
- Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 12.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 145.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi de 1893 sur la révision du droit statutaire*, 56-57 Vict., chap. 14 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 17].
- Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 28, art. 65.
- Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- R. (Île-du-Prince-Édouard) c. R. (Canada)*, [1976] 2 C.F. 712 (C.A.); *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.).

DISTINGUISHED:

B.C. (A.G.) v. Can. (A.G.) (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339 (S.C.).

CONSIDERED:

The Moorcock (1889), 14 P.D. 64 (C.A.); *Panagiotis Th. Coumantaros (Steamship), The Owners of v. National Harbours Board*, [1942] S.C.R. 450.

COUNSEL:

William G. Lea, Q.C. for appellant.
Terance H. Hall and *Myer Rabin* for respondent Canadian National Railway Company.
Ian S. MacKay for respondent National Transportation Agency.
Terrence Joyce, Q.C. and *Lewis Levy, Q.C.* for intervenor Attorney General of Canada.
Robert Perry for intervenor Island Rail Foundation.

SOLICITORS:

Campbell, Lea, Michael, McConnell & Pigot,
 Charlottetown, for appellant.
Legal Division, Canadian National Railways,
 Montréal, for respondent Canadian National Railway Company.
Law Department, National Transportation Agency,
 Hull, Qué., for respondent National Transportation Agency.
Deputy Attorney General of Canada for intervenor Attorney General of Canada.
Island Rail Foundation, Vernon Bridge,
 Prince Edward Island, for intervenor Island Rail Foundation.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

IACOBUCCI C.J.: This is an appeal by the Minister of Transportation and Public Works of Prince Edward Island ("appellant") pursuant to leave granted under section 65 of the *National Transportation Act, 1987* ("NTA"),¹ from a decision (Decision No. 348-R-1989) and order (Order No. 1989-R-180) of the National Transportation Agency ("Agency") issued July 12, 1989, the

¹ R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 28.

DISTINCTION FAITE AVEC:

B.C. (A.G.) v. Can. (A.G.) (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339 (S.C.).

a DÉCISIONS EXAMINÉES:

The Moorcock (1889), 14 P.D. 64 (C.A.); *Panagiotis Th. Coumantaros (Steamship), The Owners of v. National Harbours Board*, [1942] R.C.S. 450.

b AVOCATS:

William G. Lea, c.r. pour l'appellant.
Terance H. Hall et *Myer Rabin* pour l'intimée la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.
Ian S. MacKay pour l'intimée l'Office national des transports.
Terrence Joyce, c.r. et *Lewis Levy, c.r.* pour l'intervenant, le procureur général du Canada.
Robert Perry pour l'intervenante, la Island Rail Foundation.

PROCUREURS:

Campbell, Lea, Michael, McConnell & Pigot,
 Charlottetown, pour l'appellant.
Services du contentieux, Compagnie des chemins de fer nationaux, Montréal, pour l'intimée la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.
Contentieux, Office national des transports,
 Hull (Qué.), pour l'intimée l'Office national des transports.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intervenant, le procureur général du Canada.
Island Rail Foundation, Vernon Bridge
 (Île-du-Prince-Édouard), pour l'intervenante, la Island Rail Foundation.

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

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: Il s'agit d'un appel interjeté par le ministre des Transports et des Travaux publics de l'Île-du-Prince-Édouard («l'appelant») conformément à l'autorisation que lui accorde l'article 65 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* («LTN»)¹, contre une décision (décision No. 348-R-1989) et un arrêté (arrêté No. 1989-R-180) de l'Office national des

¹ L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 28.

effect of which was to order the abandonment by Canadian National Railway Company ("CN") of eight railway lines which constitute the entire railway system serving Prince Edward Island. Seven of the eight lines are in Prince Edward Island and one is a line in New Brunswick which connects the main CN line from Québec to Halifax (the Intercolonial Railway) with the Cape Tormentine, New Brunswick car ferry terminal. A car ferry service operates between Cape Tormentine and Borden, Prince Edward Island.

The Court, by order dated March 22, 1990, granted leave to the appellant to appeal on the following question:

Were the above decision and order contrary to the Prince Edward Island Terms of Union and, for that reason, beyond the jurisdiction of the National Transportation Agency?

On April 3, 1990, the Attorney General of Canada ("Attorney General") filed a Notice of Intention to participate in the appeal.²

The appellant's memorandum of argument contains a rather full background of factual and historical information that relates generally to the issue before us.³ However, in my view, it is not necessary to refer to this background in any detail for purposes of disposing of the question arising from the decision and order of the Agency.

Suffice it to say, under the statutes of the colony of Prince Edward Island, provisions were enacted relating to the construction of a railway. Various lines were built for which the Dominion Government took operational responsibility when the Island Colony joined Confederation on July 1, 1873. These lines were constructed from the 1870's through to 1930. The Tormentine subdivision was built by the New Brunswick and Prince

² Mr. R. W. Perry, representing the Island Rail Foundation, also appeared and made submissions principally on matters unrelated to the main question before the Court but also supported the appellant's position.

³ Part I of appellant's memorandum of argument describes the railway lines in Prince Edward Island, the events concerning the building of the Prince Edward Island railway lines, and subsequent developments concerning such lines.

transports (l'«Office») pris le 12 juillet 1989, ayant pour effet d'ordonner à la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada («CN») d'abandonner huit lignes de chemins de fer qui constituent le réseau ferroviaire complet desservant l'Île-du-Prince-Édouard. Sept des huit lignes sont sur l'Île-du-Prince-Édouard et la huitième est une ligne au Nouveau-Brunswick qui relie la ligne principale du CN qui va de Québec à Halifax (le Chemin de fer Intercolonial) au terminal du bac à voitures de Cap Tourmentine (Nouveau-Brunswick). Un service de bac à voitures est exploité entre Cap Tourmentine et Borden (Île-du-Prince-Édouard).

La Cour, par ordonnance en date du 22 mars 1990 a autorisé l'appelant à interjeter appel relativement à la question suivante:

La décision et l'arrêté susmentionnés sont-ils contraires aux Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard et, pour cette raison, excèdent-ils la compétence de l'Office national des transports?

Le 3 avril 1990, le procureur général du Canada (le «procureur général») a déposé un avis d'intention de participer à l'appel².

L'exposé des points d'argument de l'appelant contient une documentation assez complète des faits et des antécédents historiques qui portent généralement sur la question dont nous sommes saisis³. Toutefois, à mon avis, il n'est pas nécessaire de se reporter à cette documentation de façon détaillée aux fins de se prononcer sur la question que soulèvent l'arrêté et la décision de l'Office.

Il suffit de dire qu'en vertu des lois de la colonie de l'Île-du-Prince-Édouard, des dispositions ont été adoptées relativement à la construction d'un chemin de fer. Diverses lignes ont été construites à l'égard desquelles le gouvernement du Canada a assumé la responsabilité opérationnelle lorsque la colonie s'est jointe à la Confédération le 1^{er} juillet 1873. La construction de ces lignes s'est échelonnée à partir des années 1870 jusqu'à 1930. La

² M. R. W. Perry, qui représente la Island Rail Foundation, a aussi comparu et présenté des observations qui portaient surtout sur des points non reliés à la principale question soumise à la Cour, mais il a aussi appuyé la position de l'appelant.

³ La partie I de l'exposé des points d'argument de l'appelant décrit les lignes de chemins de fer sur l'Île-du-Prince-Édouard, les événements relatifs à la construction des lignes de chemins de fer de l'Île-du-Prince-Édouard et les événements subséquents qui concernent ces lignes.

Edward Island Railway Company, which was incorporated to extend the Intercolonial Railway from Sackville, New Brunswick to Cape Tormentine, New Brunswick in 1886. An extension of the line was built and completed in 1919 from Cape Tormentine to the Prince Edward Island Ferry Terminal by the Dominion Government in conjunction with the implementation of a year-round ferry service from Cape Tormentine across the Northumberland Strait to Borden, Prince Edward Island. On January 20, 1923, CN was entrusted to manage and operate all of these lines.⁴

Commencing in 1972, CN applied under the applicable provisions of the *Railway Act* [R.S.C. 1970, c. R-2] for approval to abandon five of the lines located in Prince Edward Island but was ordered by the Railway Transport Committee of the Canadian Transport Commission to continue to operate each of those lines. Under the NTA, these applications for abandonment were to be reconsidered by the Agency in accordance with the abandonment provisions of the NTA.⁵ In addition, in December, 1988, CN applied for the abandonment of the other three lines including the Tormentine subdivision running from Sackville to Cape Tormentine. The other two are the Borden subdivision, which runs from the car ferry at Borden to Charlottetown, and that part of the Kensington subdivision running from Linkletter near Summerside to Kensington, where it connects with the Borden subdivision.

By its decision and order, the Agency ordered the abandonment of all eight lines and in doing so concluded that the Terms of Union did not impose an obligation on Canada to operate the railway on Prince Edward Island and to continue to operate the Tormentine subdivision in order to keep the province in continuous communication with the railway system of Canada. Accordingly in the

subdivision Tourmentine a été construite par la New-Brunswick and Prince Edward Island Railway Company qui a été constituée pour prolonger le chemin de fer Intercolonial de Sackville (Nouveau-Brunswick) à Cap Tourmentine (Nouveau-Brunswick) en 1886. Le prolongement de la ligne, construit et terminé en 1919, étendait celle-ci de Cap Tourmentine au terminal du bac de l'Île-du-Prince-Édouard; il a été réalisé par le gouvernement du Canada de pair avec la mise en opération d'un service quotidien de bacs entre Cap Tourmentine d'une part, et Borden (Île-du-Prince-Édouard) d'autre part, de l'autre côté du détroit de Northumberland. Le 20 janvier 1923, on confiait au CN la gestion et l'exploitation de toutes ces lignes⁴.

À compter de 1972, le CN a demandé en vertu des dispositions applicables de la *Loi sur les chemins de fer* [S.R.C. 1970, chap. R-2] l'autorisation d'abandonner cinq des lignes situées sur l'Île-du-Prince-Édouard, mais le Comité des transports par chemin de fer de la Commission canadienne des transports lui a ordonné de continuer d'exploiter chacune de ces lignes. En vertu de la LTN, ces demandes d'abandon de lignes devaient être reconsidérées par l'Office conformément aux dispositions de la LTN régissant l'abandon des lignes⁵. De plus, en décembre 1988, le CN a demandé d'abandonner les trois autres lignes y compris la subdivision Tourmentine, de Sackville à Cap Tourmentine. Les deux autres sont la subdivision de Borden, qui s'étend du bac à voitures de Borden à Charlottetown, et la partie de la subdivision Kensington qui va de Linkletter, près de Summerside, à Kensington, où elle rejoint la subdivision Borden.

Par sa décision et son arrêté l'Office a ordonné l'abandon de chacune des huit lignes et ce faisant, il a conclu que les conditions de l'adhésion n'imposaient pas au Canada l'obligation d'exploiter le chemin de fer sur l'Île-du-Prince-Édouard et de continuer l'exploitation de la subdivision Tourmentine de façon à assurer à la province une communication continue avec le réseau de chemins de fer du Canada. L'Office, en conséquence, s'est dit habi-

⁴ See Decision No. 348-R-1989, Tab E, Appeal Book, p. 3.

⁵ *Id.*, at pp. 3-4.

⁴ Voir la décision N° 348-R-1989, onglet E, Dossier d'appel, p. 3.

⁵ *Id.*, aux p. 3 et 4.

Agency's view, it had jurisdiction under the NTA to order the abandonment of the railway lines.⁶

At this point, it would be appropriate to set forth the relevant provisions of the *Prince Edward Island Terms of Union* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 12]:

That Canada shall be liable for the debts and liabilities of Prince Edward Island at the time of the Union;

That the Dominion Government shall assume and defray all the charges for the following services, viz.:—

The salary of the Lieutenant Governor;
The salaries of the Judges of the Superior Court and of the District or County Courts when established;
The charges in respect of the Department of Customs;
The Postal Department;
The protection of the Fisheries;
The provision for the Militia;
The Lighthouses, Shipwrecked Crews, Quarantine and Marine Hospitals;
The Geological Survey;
The Penitentiary;

Efficient Steam Service for the conveyance of mails and passengers, to be established and maintained between the Island and the mainland of the Dominion, Winter and Summer, thus placing the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion;

The maintenance of telegraphic communication between the Island and the mainland of the Dominion;

And such other charges as may be incident to, and connected with, the services which by the "British North America Act, 1867" (*Constitution Act, 1867*) appertain to the General Government, and as are or may be allowed to the other Provinces;

That the railways under contract and in course of construction for the Government of the Island, shall be the property of Canada;

That the new building in which are held the Law Courts, Registry Office, etc., shall be transferred to Canada, on the payment of sixty-nine thousand dollars. The purchase to include the land on which the building stands, and a suitable space of ground in addition, for yard room, etc;

That the Steam Dredge Boat in course of construction shall be taken by the Dominion, at a cost not exceeding twenty-two thousand dollars;

That the Steam Ferry Boat owned by the Government of the Island, and used as such, shall remain the property of the Island;⁷ [Emphasis added.]

⁶ For discussion of the constitutional issue, see *Id.*, at pp. 5-7.

⁷ It is not disputed that the Terms of Union are part of the Constitution pursuant to subsection 52(2) of the Constitution which defines, as part thereof, various acts and orders referred to in the schedule to the *Constitution Act, 1982*. Item 6 of the schedule refers to the Prince Edward Island Terms of Union.

lité par la LTN à ordonner l'abandon des lignes de chemins de fer⁶.

À ce point-ci, il convient d'exposer les dispositions pertinentes des *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 12]:

Que le Canada sera responsable des dettes et obligations de l'Île du Prince-Édouard existantes à l'époque de l'Union.

Que le gouvernement du Canada se chargera des dépenses occasionnées par les services suivants:

Le traitement du lieutenant-gouverneur;
Les traitements des juges de la Cour Suprême et des juges des cours de district ou de comté, quand ces cours seront établies;
Les frais d'administration des douanes;
Le service postal;
La protection des pêcheries;
Les dépenses de la milice;
Les phares, équipages naufragés, quarantaine et hôpitaux de marine;
L'exploration géologique;
Le pénitencier;

Un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les mailles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'Île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver, assurant ainsi une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial, ainsi qu'avec le réseau des chemins de fer du Canada;

L'entretien de communications télégraphiques entre l'Île et la terre ferme du Canada.

Et telles autres dépenses relatives aux services qui, en vertu de «l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867» (*Loi constitutionnelle de 1867*) dépendent du gouvernement général, et qui sont ou pourront être alloués aux autres provinces.

Que les chemins de fer donnés à contrat et en voie de construction pour le compte du gouvernement de l'Île deviendront les propriétés du Canada.

Que le nouvel édifice où siègent les cours de justice, et où se trouve le bureau d'enregistrement, etc., sera transféré au Canada, sur paiement de soixante-neuf mille piastres. Le prix d'achat comprendra le terrain sur lequel se trouve l'édifice et, en outre, une étendue convenable de terrain pour les cours, etc., etc.

Que le dragueur à vapeur en construction deviendra la propriété du gouvernement fédéral, moyennant une somme n'excédant pas vingt-deux mille piastres.

Que le bateau passeur à vapeur, aujourd'hui la propriété de l'Île, demeurera en sa possession⁷. [Soulignements ajoutés.]

⁶ On trouvera aux p. 5 à 7 du dossier d'appel une discussion de la question constitutionnelle.

⁷ Il n'est pas contesté que les conditions de l'adhésion font partie de la Constitution en vertu du paragraphe 52(2) de ce document, qui désigne comme en faisant partie les textes législatifs et les arrêtés figurant à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le poste 6 de l'annexe renvoie aux Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard.

The appellant's arguments may be briefly summarized as follows. As the Terms of Union have constitutional status, any law inconsistent with the Terms of Union is of no effect pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. In the view of the appellant, the Terms require the maintenance of rail service to Prince Edward Island, including within the province and between the province and the mainland railway. Because the effect of the Agency's decision and order is that rail service for Prince Edward Island will end, the decision and order are beyond the jurisdiction that Parliament could confer on the Agency.

More specifically the appellant submits that the two railway related provisions of the Terms of Union (emphasized in the extract above) must be read by keeping in mind that, although they are part of the Constitution, the Terms of Union give effect to a deal made among different colonies. Counsel for the appellant then goes on to say that the Terms were not well drafted, extremely brief,⁸ poorly organized and appear to reflect an attempt by the drafters to model them on the *British Columbia Terms of Union* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10] concluded two years earlier. Taking all that into account, the appellant argues that the language in the Terms of Union cannot be fairly taken to express clearly their entire agreement on the subject of the Terms of Union in question. Resort must then be had to ascertaining the implied terms of the deal including any terms necessary to give the deal the efficacy the parties must reasonably have intended.⁹ To find these terms and the efficacy the parties intended, one should examine what the parties did and how they

⁸ Counsel for the appellant says the Terms are "expressed in less language than is found in, say, a car rental agreement". See appellant's memorandum of argument, para. 37.

⁹ In support of this approach, the appellant cites *The Moorcock* (1889), 14 P.D. 64 (C.A.) which dealt with a breach of an implied warranty that the bottom of the river at a jetty was reasonably fit for its purpose. However, see *Panagiotis Th. Coumantaros (Steamship), The Owners of v. National Harbours Board*, [1942] S.C.R. 450, at p. 458 which dealt with *Moorcock* on a much narrower basis than counsel for the appellant's argument. As a result, I have grave doubts as to the applicability of *Moorcock* in the instant case.

Les arguments de l'appellant peuvent se résumer brièvement comme suit: comme les Conditions de l'adhésion ont valeur constitutionnelle, toute règle de droit incompatible avec elles est inopérante selon le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. L'appellant estime que les Conditions de l'adhésion exigent le maintien d'un service ferroviaire pour l'Île-du-Prince-Édouard, y compris à l'intérieur de la province et entre la province et le chemin de fer sur le continent. Parce qu'ils auraient pour effet de mettre fin au service ferroviaire pour l'Île-du-Prince-Édouard, la décision et l'arrêté ne relèvent pas de la compétence que le Parlement peut conférer à l'Office.

Plus particulièrement, l'appellant fait valoir que les deux conditions de l'adhésion relatives aux chemins de fer (soulignées dans l'extrait précité) doivent s'interpréter compte tenu du fait que même si elles font partie de la Constitution, les Conditions de l'adhésion donnent effet à une entente conclue entre différentes colonies. L'avocat de l'appellant souligne alors que les Conditions n'ont pas été bien rédigées, qu'elles sont extrêmement brèves⁸, mal agencées et semblent refléter l'intention des rédacteurs de s'inspirer des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 10] établies deux ans plus tôt. Compte tenu de tout cela, l'appellant soutient que l'on ne peut considérer que le libellé des Conditions de l'adhésion exprime véritablement et dans sa totalité l'entente que les rédacteurs ont alors voulu conclure. Il faut donc s'efforcer d'établir les conditions implicites de l'accord, y compris toutes conditions nécessaires pour donner à l'accord l'efficacité que les parties devaient raisonnablement souhaiter⁹. Pour découvrir ces con-

⁸ L'avocat de l'appellant dit que les Conditions sont [TRADUCTION] «moins bien rédigées que celles que l'on trouve, par exemple, dans un contrat de location de voiture». Voir l'exposé des points d'argument de l'appellant, para. 37.

⁹ À l'appui de ce point de vue, l'appellant cite l'arrêt *The Moorcock* (1889), 14 P.D. 64 (C.A.) qui traitait de la violation de la garantie implicite que le lit de la rivière à une jetée convenait raisonnablement à son objet. Cependant, voir l'arrêt *Panagiotis Th. Coumantaros (Steamship), The Owners of v. National Harbours Board*, [1942] R.C.S. 450, à la p. 458, qui traitait de l'arrêt *Moorcock* dans une perspective beaucoup plus restreinte que celle adoptée par l'avocat de l'appellant. Conséquemment, je doute fort que l'arrêt *Moorcock* s'applique en l'espèce.

conducted themselves. In following the approach advocated by the appellant's counsel, the conclusion is that there is a constitutional obligation to operate the railway lines within Prince Edward Island and the Tormentine subdivision.

I do not find it necessary to deal with each of the imaginative steps along the interpretive journey mapped out by the appellant which leads to his constitutional destination. I say this for the reason that the Terms of Union do not require Canada to operate the railway in Prince Edward Island or to maintain and operate a rail link between the railway within Prince Edward Island and the railway on the mainland. This is acknowledged by counsel for the appellant, who also recognizes that what the Terms of Union expressly state is that the railway on the Island shall be the property of Canada and Canada will pay the cost of a service that will place the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion.

In my view, what the appellant is in effect arguing is that the Terms of Union are not clear on their face as shown by what he calls the poor drafting, brevity, disorganization and the like. To resolve the doubt one must discern an understanding that must be implied from the circumstances at the time and the conduct of the parties since the Terms of Union were approved. I find this approach rather dangerous because it can easily lead to a rewriting of the Terms if not a slanting of the arrangement unjustifiably in favour of one side. But more fundamentally I think the appellant's approach is misguided because what is surely paramount is the meaning to be given to the words chosen by the parties in the Terms of Union.

In this respect, I do not agree that the words chosen were badly expressed or otherwise defective. In fact, I believe the relevant Terms of Union are clear in their intent and meaning and should be taken to express the agreement that was intended

conditions et l'efficacité que les parties entendaient leur donner, il faut examiner ce qu'ont fait les parties et comment elles se sont comportées. L'approche préconisée par l'avocat de l'appellant mène à la conclusion qu'il existe une obligation constitutionnelle d'exploiter des lignes de chemin de fer à l'intérieur de l'Île-du-Prince-Édouard et de la subdivision Tourmentine.

Je n'estime pas nécessaire de traiter de chacune des étapes astucieuses de l'interprétation des Conditions par lesquelles est passé l'appellant pour parvenir à sa destination constitutionnelle. Je dis ceci parce que les Conditions de l'adhésion n'exigent pas que le Canada exploite le chemin de fer sur l'Île-du-Prince-Édouard ni qu'il maintienne et exploite une liaison ferroviaire entre le chemin de fer sur l'Île-du-Prince-Édouard et le chemin de fer sur le continent. L'avocat de l'appellant en convient; il reconnaît également que ce que les Conditions de l'adhésion disent expressément, c'est que le chemin de fer sur l'Île deviendra la propriété du Canada et que celui-ci se chargera des dépenses occasionnées par un service qui assurera une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial et le réseau des chemins de fer du Canada.

À mon avis, ce que soutient l'appellant en réalité, c'est que les Conditions de l'adhésion ne sont pas claires à première vue, comme le démontrent ce qu'il appelle leur mauvaise rédaction, leur brièveté, leur mauvais agencement et ainsi de suite. Pour dissiper le doute, il faut découvrir une entente implicite à même les circonstances à l'époque et le comportement des parties depuis l'adoption des Conditions de l'adhésion. Je trouve cette approche plutôt dangereuse car elle peut facilement mener à une nouvelle rédaction des Conditions, voire à un réaménagement qui en fausserait les termes au profit de l'une des parties. Mais, essentiellement, je juge erronée l'approche de l'appellant parce que ce qui importe sûrement le plus, c'est le sens à donner aux mots choisis par les parties dans les Conditions de l'adhésion.

À cet égard, je n'estime pas que les mots choisis sont mal exprimés ou laissent par ailleurs à désirer. De fait, je crois que le sens et l'intention des Conditions pertinentes de l'adhésion sont clairs et que ces dernières expriment l'accord qu'envisa-

by the parties. In other words, there is no need to rely on the rules of statutory construction, extrinsic evidence, or legislative history when the language under consideration is clear.

The two railway related provisions of the Terms of Union do not impose an obligation to operate the railway system in perpetuity as argued by the appellant. The clause commencing "Efficient Steam Service" makes it clear that the Dominion Government is to pay for all the expenses for an Efficient Steam Service for the conveyance of *mails and passengers* between the Island and the mainland, *Winter and Summer*, thus placing the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of Canada. Counsel for the appellant argues this clause makes it clear that a continuous communication obligation was intended and that means communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion. That can only make sense, says the appellant, if there is a railway system in Prince Edward Island and that the Tormentine subdivision continues to operate. Moreover, this obligation is not limited to what would be viewed as "Efficient Steam Service" as of 1873 but is affected by subsequent developments that require higher quality service to be provided. The appellant also argues that the service is not restricted to mails and passengers but freight is also included.

This Court has held in *R. (Prince Edward Island) v. R. (Canada)*¹⁰ that this clause of the Terms of Union created a legal duty in favour of the province with respect to a ferry service to be operated continuously—winter and summer—between Prince Edward Island and the mainland. The decision dealt only with the ferry service and not the railway. Under the Terms of Union, the requirement is clearly to provide a ferry service

geaient les parties. En d'autres termes, point n'est besoin de recourir aux règles d'interprétation des lois, aux éléments de preuve extrinsèques ou aux précédents législatifs lorsque le libellé à l'étude est clair.

Les deux dispositions relatives aux chemins de fer dans les Conditions de l'adhésion n'imposent pas l'obligation d'exploiter le réseau ferroviaire à perpétuité comme le soutient l'appelant. La clause qui débute avec les mots «Un service convenable de bateaux à vapeur» indique clairement que le gouvernement du Canada se chargera des dépenses occasionnées par un service convenable de bateaux à vapeur, transportant *les malles (sic) et passagers*, qui sera établi et maintenu entre l'Île et les côtes du Canada, *l'été et l'hiver*, assurant ainsi une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial ainsi qu'avec le réseau des chemins de fer du Canada. L'avocat de l'appelant affirme qu'il ressort clairement de cette clause que l'on entendait créer l'obligation d'assurer une communication continue, et il faut entendre par cela la communication entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial ainsi que le réseau de chemin de fer du Canada. Cela n'a un sens, dit l'appelant, que s'il existe un réseau ferroviaire à l'Île-du-Prince-Édouard et que la subdivision Tourmentine continue à fonctionner. En outre, cette obligation ne se limite pas à ce qui serait considéré être «un service convenable de bateaux à vapeur» en 1873, mais elle évolue au gré des événements subséquents qui exigent la prestation de services de meilleure qualité. L'appelant soutient aussi que le service ne se limite pas au courrier et aux passagers mais comprend aussi le fret.

Cette Cour a jugé dans l'arrêt *R. (Île-du-Prince-Édouard) c. R. (Canada)*¹⁰ que cette clause des Conditions de l'adhésion créait en faveur de la province l'obligation d'exploiter de façon continue un service de bacs—été et hiver—entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent. La décision ne portait que sur le service de bacs, elle ne portait pas sur le chemin de fer. Selon les Conditions de l'adhésion, il existe clairement une obligation de

¹⁰ [1976] 2 F.C. 712 (C.A.).

¹⁰ [1976] 2 C.F. 712 (C.A.).

with the effect but not obligation of communicating with the federal railway system as shown by the use of the words “thus placing”.¹¹

Also the ferry service, by the use of the words “Efficient Steam Service”, can only mean “ship” according to the normal meaning to be given to such words.¹² In addition, it is also clear that the ferry obligation mentions only mails and passengers and not freight, and if freight were to have been intended it would have been very easy to include the term as was done in the British Columbia Terms of Union.¹³ Finally, the word “continuous” refers only to the problem of crossing the Northumberland Strait in Winter and Summer and does not refer to a continuous line of track existing on the Island, on and off the ferry, and then on the mainland. In my view, continuous has a seasonal or temporal meaning rather than a physical significance.

With respect to the clause of the Terms of Union that provides that the railways under contract and in course of construction for the Govern-

fournir un service de bacs ayant pour effet et non pour obligation d’assurer la communication avec le réseau ferroviaire fédéral, comme l’indiquent les mots «assurant ainsi»¹¹.

a

Aussi le service de bacs, par les mots «Un service convenable de bateaux à vapeur», ne peut désigner qu’un «navire» selon les sens normalement donné à de tels mots¹². De plus, il est aussi clair que l’obligation relative au service de bacs ne mentionne que le courrier et les passagers et non le fret, car si on avait voulu comprendre celui-ci, il aurait été bien facile d’inclure le mot, comme on l’a fait dans les Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique¹³. Enfin, l’adjectif «continue» ne vise que la traversée du détroit de Northumberland l’été et l’hiver et ne fait pas allusion à une ligne de chemin de fer continue existant sur l’Île, sur le bac et à sa sortie, et ensuite sur le continent. À mon sens, «continue» a un sens saisonnier et temporel plutôt qu’une signification matérielle.

b

c

d

e

En ce qui concerne la clause des Conditions de l’adhésion qui prévoit que les chemins de fer donnés à contrat et en voie de construction pour le

¹¹ Counsel for CN also argues to reinforce this point that s. 145 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], which stated that the construction of the Intercolonial Railway was essential to the Union of 1867, was repealed in 1893 by British Statute [*Statute Law Revision Act, 1893, 56-57 Vict., c. 14* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 17]]. From this, the Federal Government has the right to abandon the Intercolonial Railway and it must also have the right to abandon the railway on the Island. If the Federal government were to abandon the Intercolonial Railway, there would be nothing left to which the Island Railway would “communicate”. Hence, CN argues the Federal obligation in the Terms of Union must refer only to a ferry service.

¹² Compare *British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10, s. 4, which provides as follows:

4. The Dominion will provide an efficient mail service, fort-nightly, by steam communication between Victoria and San Francisco, and twice a week between Victoria and Olympia; the vessels to be adapted for the conveyance of freight and passengers.

¹³ *Supra*, note 12.

¹¹ L’avocat du CN fait aussi valoir à l’appui de ce point que l’art. 145 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], qui déclarait essentielle à l’Union de 1867 la construction du chemin de fer Intercolonial, a été abrogé en 1893 par une loi britannique [*Loi de 1893 sur la révision du droit statutaire, 56-57 Vict., chap. 14* (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 17]]. En conséquence, le gouvernement fédéral a le droit d’abandonner le chemin de fer Intercolonial, et il doit aussi avoir le droit d’abandonner le chemin de fer sur l’Île. Si le gouvernement fédéral devait abandonner le chemin de fer Intercolonial, le chemin de fer de l’Île n’aurait plus la possibilité de «communiquer» avec quoi que ce soit. Donc, le CN soutient que l’obligation imposée au gouvernement fédéral par les Conditions de l’adhésion ne doit viser qu’un service de bacs.

¹² Comparer avec les *Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 10, art. 4, dont voici le libellé:

4. Le Canada établira un service postal effectif semi-mensuel, au moyen de bateaux à vapeur entre Victoria et San Francisco, et bi-hebdomadaire entre Victoria et Olympia; les bateaux à vapeur devant être adaptés au transport du fret et des passagers.

¹³ Voir plus haut, note 12.

ment of the Island shall be the property of Canada, the result is equally clear. The appellant argues that this clause can only mean that Canada was not only to be the owner of the railway lines but also the operator. There is no doubt that it was expected that Canada would operate the railway system but that is a far cry from saying the language used in the Terms of Union imposes an obligation on Canada to operate the railway in perpetuity. It is clear that Canada was to obtain property in the railway presumably because of Canada's assumption of the debts and liabilities of Prince Edward Island at the time of Union. Once it obtained the property, it was legally free to do what it wished with the railway as owner thereof. If an obligation to operate perpetually were intended, clear language to that effect would have been employed as was done, as Counsel for CN pointed out, in the 1883 B.C. railway settlement.¹⁴

I conclude therefore that the decision and order of the Agency were not contrary to the Prince Edward Island Terms of Union and not thereby beyond the Agency's jurisdiction. In arriving at this conclusion, I rely on the clear meaning of the language employed in the Terms. I recognize that courts have, by the decision of the Privy Council in

¹⁴ The words "continuously and in good faith operate" are found in the 1883 B.C. railway settlement: see *An Act Respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion*, S.C. 1884 (Acts not repealed) 47 Vict., c. 6, s. 9 of the Schedule thereto. See *B.C. (A.G.) v. Can. (A.G.)* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339 (S.C.), a decision of Chief Justice Esson of the B.C. Supreme Court which found a perpetual obligation to maintain a railway service between Victoria and Nanaimo on Vancouver Island. Without commenting on the correctness of that decision, I would point out that the facts and language of the relevant enactments are materially different from those in the case at bar.

compte du gouvernement de l'Île deviendront les propriétés du Canada, ses conséquences sont également claires. L'appelant soutient que cette clause ne peut que signifier que le Canada devait non seulement être le propriétaire des lignes de chemin de fer mais aussi leur exploitant. Il ne fait aucun doute que l'on s'attendait à ce que le Canada exploite le réseau ferroviaire, mais cela ne signifie nullement que le libellé des Conditions d'adhésion impose au Canada l'obligation d'exploiter le chemin de fer à perpétuité. Il est clair que le Canada devait acquérir la propriété du chemin de fer vraisemblablement parce qu'il assumait les dettes et le passif de l'Île-du-Prince-Édouard au moment de son adhésion. Après en avoir acquis la propriété, le Canada était légalement libre de disposer du chemin de fer à son gré, en sa qualité de propriétaire. Si l'on avait voulu que le Canada exploite le chemin de fer à perpétuité, on l'aurait dit en des termes clairs comme ce fut le cas, ainsi que l'a souligné l'avocat du CN, dans la convention de 1883 relative au chemin de fer de la Colombie-Britannique¹⁴.

Je conclus par conséquent que la décision et l'arrêté de l'Office n'étaient pas contraires aux Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard et donc qu'ils relevaient de la compétence de l'Office. En tirant cette conclusion, je m'appuie sur le sens clair du libellé des Conditions de l'adhésion. Je reconnais que selon la décision du Conseil

¹⁴ Les mots «sans interruption et de bonne foi exploiter» se trouvent dans la convention de 1883 concernant le chemin de fer de la Colombie-Britannique: voir l'*Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada*, S.C. 1884 (Lois non abrogées) 47 Vict., chap. 6, art. 9 de l'annexe. Voir *B.C. (A.G.) v. Can. (A.G.)* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339 (S.C.), une décision du juge en chef Esson de la Cour suprême de la C.-B. qui a conclu à l'existence de l'obligation perpétuelle d'assurer un service ferroviaire entre Victoria et Nanaimo sur l'Île de Vancouver. Sans faire de commentaires sur la justesse de cette décision, je soulignerais que les faits et les libellés des textes législatifs pertinents sont substantiellement différents de ceux qui nous concernent en l'espèce.

Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada, been instructed to interpret the Constitution

... in a large, liberal and comprehensive spirit, considering the magnitude of the subjects with which it purports to deal in very few words.¹⁵

However, Lord Sankey also said:

... the question is not what may be supposed to have been intended, but what has been said.¹⁶

I find Lord Sankey's caveat particularly apt to answer the arguments made by counsel for the appellant.¹⁷

I would dismiss the appeal.

PRATTE J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

Privé dans l'affaire *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, les tribunaux doivent donner à la constitution une interprétation

[TRADUCTION] ... large, libérale et de grande portée compte tenu de l'ampleur des sujets dont elle prétend traiter en peu de mots¹⁵.

Cependant, lord Sankey a dit aussi:

[TRADUCTION] ... la question n'est pas ce que l'on peut supposer que l'on avait en vue, mais ce que l'on a dit¹⁶.

Je trouve que la mise en garde de lord Sankey répond particulièrement bien aux arguments de l'avocat de l'appellant¹⁷.

Je rejetterais l'appel.

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

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

¹⁵ [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 137, *per* Lord Sankey L.C.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ In relying on the clear meaning of the language used in the Terms of Union, I do not wish to imply that I agree with the arguments by counsel for the appellant relating to the rules of construction, extrinsic evidence, and legislative history. Indeed, counsel for CN and the Attorney General have made impressive arguments in response but I have not found it necessary to deal with these arguments in detail because of the clarity of the language in the Terms of Union.

¹⁵ [1930] A.C. 124 (P.C.), à la p. 137, motifs de lord Sankey.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Lorsque je m'appuie sur le sens clair du libellé des Conditions de l'adhésion, je ne veux pas laisser entendre que je suis d'accord avec les arguments de l'avocat de l'appellant relativement aux règles d'interprétation, aux éléments de preuve extrinsèques et aux antécédents historiques. En effet, les avocats du CN et du procureur général ont opposé en réponse d'impressionnants arguments, mais je n'ai pas jugé nécessaire d'en traiter en détail en raison de la clarté du libellé des Conditions de l'adhésion.

T-2233-90

T-2233-90

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC") and Brien Rodger (Applicants)

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC») et Brien Rodger (requérants)

v.

c.

Daniel A. Soberman, Carol Joan Block, Joseph A. Sanders, sitting as a Human Rights Tribunal, Richard Deegan, the complainant, and Canadian Human Rights Commission (Respondents)

Daniel A. Soberman, Carol Joan Block, Joseph A. Sanders, siégeant comme membres du tribunal des droits de la personne, Richard Deegan, le plaignant, et la Commission canadienne des droits de la personne (intimés)

INDEXED AS: CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION v. CANADA (HUMAN RIGHTS TRIBUNAL) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES c. CANADA (TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE) (1^{re} INST.)

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, August 30 and September 17, 1990.

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 30 août et 17 septembre 1990.

Human rights — Application to quash order excluding CRTC's designated representative from Human Rights Tribunal hearing of complaint of discrimination until after testifies — Subpoenaed as witness — Application allowed as contrary to Canadian Human Rights Act, s. 50(1) assuring right of parties to present evidence and make representations — Corporate or statutory body can be represented and instruct counsel only by natural person — Choice of representative should not be fettered by possibility may be witness — Application to quash exclusion order relating to employee whose conduct giving rise to complaint dismissed — Tribunal's function not to punish, but remedial — As order directed only to CRTC as only named respondent, natural justice principles, duty of fairness not violated.

Droits de la personne — Demande d'annulation de l'ordonnance ayant pour effet d'exclure le représentant désigné du CRTC de l'audience du tribunal des droits de la personne concernant une plainte de discrimination jusqu'à ce que ledit représentant témoigne — Le représentant a été assigné comme témoin — La demande est accueillie, étant donné que l'ordonnance est contraire à l'art. 50(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, qui garantit aux parties le droit de présenter des éléments de preuve et de formuler des observations — Une entreprise ou un organisme créé en vertu d'une loi peut être représenté et donner des directives à un avocat uniquement par l'entremise d'une personne naturelle — Le droit de choisir un représentant ne devrait pas être entravé par la possibilité que ledit représentant témoigne — La demande visant à annuler l'ordonnance d'exclusion concernant l'employé dont la conduite a donné lieu à la plainte est rejetée — Le rôle du tribunal n'est pas de punir, mais de réparer — Étant donné que l'ordonnance visait uniquement le CRTC, qui était le seul intimé désigné, les principes de la justice naturelle et l'obligation d'équité n'ont pas été violés.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Application to quash order excluding CRTC employee whose conduct giving rise to complaint of discrimination from Human Rights Tribunal hearing until after testifies — As CRTC only named respondent, Tribunal's order directed to it alone — Personal trauma due to Tribunal's proceedings not deprivation of security of person contrary to Charter, s. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Demande d'annulation de l'ordonnance ayant pour effet d'exclure de l'audience du tribunal des droits de la personne un employé du CRTC dont la conduite a donné lieu à une plainte de discrimination jusqu'à ce que cet employé ait témoigné — Étant donné que le CRTC est le seul intimé désigné, l'ordonnance du tribunal vise uniquement cet organisme — Le traumatisme personnel découlant de l'enquête du tribunal ne constitue pas une privation de la sécurité de la personne qui est garantie par l'art. 7 de la Charte.

Bill of Rights — Exclusion of CRTC employee whose conduct giving rise to complaint of discrimination from Human Rights Tribunal hearing until after testifies not deprivation of right to fair hearing in accordance with principles of fundamental justice contrary to Canadian Bill of Rights, s. 2(e) — Not named respondent nor yet granted interested party

Déclaration des droits — L'exclusion de l'audience du tribunal des droits de la personne d'un employé du CRTC dont la conduite a donné lieu à une plainte de discrimination jusqu'à ce que cette personne ait témoigné ne constitue pas une entrave au droit à une audience impartiale conformément aux principes de la justice fondamentale, laquelle violation serait contraire à l'art. 2e) de la Déclaration canadienne des droits — L'employé en question n'est pas un intimé désigné et n'a pas encore obtenu le statut de partie intéressée — Il n'est pas plus

status — No greater standing to respond to accusations or alleged facts than any other witness.

Practice — Evidence — Human Rights Tribunal hearing — CRTC employee, whose conduct provoking discrimination complaint and CRTC officer instructing counsel excluded until having testified — Order quashed as to latter, affirmed as to employee — Whether Tribunal's discretion to exclude witnesses extending to persons in question — Purpose of witness exclusion — Credibility — Reference to Evidence textbooks, rules of civil procedure and statute law in various jurisdictions — Tribunal would carefully consider weight given testimony of non-excluded witness — In selecting person to instruct counsel, agency must realize testimony may be discounted.

This was an application to quash an order excluding Joseph Horan, Director General, Personnel of the CRTC and Brien Rodger, the employee of the CRTC, whose conduct had given rise to the complaint of discrimination, from the Human Rights Tribunal's hearing until after they had testified. As his responsibilities included the matters in issue, and he had instructed counsel prior to the inquiry, Horan was considered by the CRTC as the most appropriate and knowledgeable person to continue instructing counsel and representing it at the inquiry. Although identified by name in the complaint, Rodger was not a party to the inquiry before the Tribunal, and has not yet been granted status as an interested party. Only the CRTC was named as a respondent. Both Horan and Rodger were subpoenaed by the Tribunal as potential witnesses. The CRTC argued that excluding Horan contravened *Canadian Human Rights Act*, subsection 50(1) and the rules of natural justice. Subsection 50(1) identifies the parties to an inquiry who are to be given notice of the inquiry and a full and ample opportunity to appear, present evidence and make representations. These submissions were premised on CRTC's right to select who shall represent it to advise and instruct counsel at the hearing, which was portrayed as concomitant with its right to counsel, an essential element of a fair hearing. With respect to Rodger, it was argued that his character and reputation were in issue and his career advancement in the public service would be affected by the findings of the Tribunal. It was submitted that the rules of natural justice require that he be permitted to hear the accusations against him and to respond. It was further submitted that the Tribunal proceedings and findings could infringe Rodger's rights under Charter, section 7 which it was said included the right not to be subjected to emotional hurt based on a loss of self-respect or dignity or stigmatization. The respondents submitted that others in the agency's administration could represent it and instruct counsel. The issue was whether the Tribunal's discretion to exclude witnesses extends to persons in the situations of Horan and Rodger.

Held, the application should be allowed in part, quashing the order as to Horan, but allowing it to stand as to Rodger.

habilité que d'autres témoins à répondre aux accusations ou aux reproches.

Pratique — Preuve — Audience du tribunal des droits de la personne — L'employé du CRTC dont la conduite a donné lieu à une plainte de discrimination et l'agent du CRTC qui a donné des directives à l'avocat ont été exclus jusqu'à ce qu'ils aient témoigné — L'ordonnance est annulée quant à l'agent et confirmée quant à l'employé — Il s'agit de savoir si le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'exclure des témoins s'étend aux personnes en question — But de l'exclusion des témoins — Crédibilité — Renvoi aux ouvrages sur la preuve, aux règles de procédure civile et au droit d'origine législative de divers territoires — Le tribunal examinerait avec soin le poids à accorder au témoignage d'un témoin non exclu — Lorsqu'il choisit une personne pour donner des directives à l'avocat, l'organisme doit comprendre que la Cour peut ne pas tenir compte du témoignage de cette personne.

Il s'agissait d'une demande d'annulation d'une ordonnance ayant pour effet d'exclure Joseph Horan, directeur général du personnel du CRTC, et Brien Rodger, l'employé du CRTC dont la conduite avait donné lieu à la plainte de discrimination, de l'audience du tribunal des droits de la personne jusqu'à ce qu'ils aient témoigné. Le CRTC a jugé que Horan était la personne la plus compétente et la mieux informée pour continuer à donner des directives à l'avocat et à le représenter pendant l'enquête, étant donné que les responsabilités de Horan portaient sur les questions en litige et qu'il avait donné des directives à l'avocat avant l'enquête. Bien que son nom apparaisse dans le texte de la plainte, Rodger n'était pas partie à l'enquête tenue devant le tribunal et il n'a pas encore obtenu le statut de partie intéressée. Seul le CRTC a été désigné comme intimé. Le tribunal a assigné Horan et Rodger à titre de témoins possibles. Le CRTC a soutenu que l'exclusion de Horan allait à l'encontre du paragraphe 50(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et des règles de la justice naturelle. Le paragraphe 50(1) identifie les parties à une enquête qui doivent recevoir un avis de celle-ci et avoir la possibilité pleine et entière de comparaître et de présenter des éléments de preuve et leurs observations. Ces arguments étaient fondés sur le droit du CRTC de choisir le représentant qui donnera des directives et des conseils à l'avocat au cours de l'audience, lequel droit existerait de façon concomitante avec celui d'être représenté par un avocat, élément essentiel du droit à une audience impartiale. Dans le cas de Rodger, on a soutenu que son caractère et sa réputation étaient en jeu et que son perfectionnement au sein de la fonction publique serait touché par les conclusions du tribunal. On a allégué que, selon les règles de la justice naturelle, il devait avoir le droit d'entendre les accusations portées contre lui et d'y répondre. On a ajouté que l'enquête et les conclusions du tribunal pourraient violer les droits de Rodger qui sont reconnus par l'article 7 de la Charte, lesquels droits comprendraient celui de ne pas être soumis à un choc émotif à la suite de la perte de dignité ou de l'estime de soi ou d'une stigmatisation. Les intimés ont soutenu que d'autres membres de l'administration de l'organisme pouvaient le représenter et donner des directives à l'avocat. La question en litige consistait à savoir si le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'exclure des témoins s'étend aux personnes se trouvant dans la situation de Horan et Rodger.

Jugement: la demande devrait être accueillie en partie, c'est-à-dire que l'ordonnance devrait être annulée quant à Horan, mais confirmée quant à Rodger.

The exclusion of Horan contravened subsection 50(1) of the Act. A party which is a corporate or statutory body can be represented at a hearing and instruct counsel only through a natural person. Under subsection 50(1), a statutory body is entitled to representation and to instruct counsel at the hearing by the person it chooses to designate. Its opportunity to participate in the hearing may not be limited by excluding that designated representative even if he or she is a potential witness. The fact that a person is a potential witness because the complaint falls within his normal responsibilities should not fetter the corporation or agency's selection of a representative for the hearings of a tribunal. This conclusion was supported by the practical aspects of the case. As the responsibility for dealing with the report on the investigation and conciliation process fell to Horan, much of the evidence was known to him. Isolating him from hearing others testify would not provide the same assurance as in the case of other witnesses that his testimony would be free from influence from the evidence before the Tribunal. Where the person designated to instruct counsel is also a potential witness and is exempted from a general exclusion of witnesses, the Tribunal will carefully consider the weight to be given to his testimony. The risk that the testimony of such a witness will be discounted may be of concern to the agency in selecting a representative to instruct counsel.

Rodger will not be directly affected by any order of the Tribunal because he is not a party. His career advancement depends on other processes of assessment and evaluation. Because no order will be made directed to Rodger and no punishment will be imposed upon him or any remedial action taken against him by order of the Tribunal, there is no violation of the principles of natural justice nor of the duty of fairness. As a prospective witness, he has no greater standing to respond to "accusations" or alleged facts than has any other witness. His inability to hear evidence of any allegations against him before he is called to testify does not deprive him of his right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice contrary to paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. Nor is Charter, section 7 engaged by the facts. Any trauma Rodger may experience due to the proceedings is a risk of life and not a deprivation of security of his person.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, R. 247.
Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, Part I [R.S.C., 1985, Appendix III], s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 49 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66),

L'exclusion de Horan allait à l'encontre du paragraphe 50(1) de la Loi. Une partie qui est une entreprise ou un organisme créé en vertu d'une loi ne peut être représentée à une audience et donner des directives à son avocat que par l'entremise d'une personne naturelle. Selon le paragraphe 50(1), un organisme créé en vertu d'une loi a le droit d'être représenté et de donner des directives à son avocat au cours de l'audience par l'entremise de la personne qu'il a désignée. La possibilité qu'il a de participer à l'audience ne peut être restreinte par l'exclusion de ce représentant désigné, même si cette personne est un témoin possible. Le fait qu'une personne soit un témoin possible parce que la plainte concerne ses responsabilités normales ne devrait pas entraver le droit d'un organisme ou d'une entreprise de se choisir un représentant aux fins des audiences d'un tribunal. Cette conclusion était appuyée par les aspects pratiques de la cause. Étant donné que la tâche de répondre au rapport d'enquête et de conciliation incombait à Horan, celui-ci était au courant d'une grande partie de la preuve. Le fait de l'empêcher d'entendre le témoignage des autres ne garantirait pas de la même façon qu'il le ferait pour les autres témoins que son témoignage ne serait pas influencé par la preuve présentée devant le tribunal. Lorsque la personne désignée pour donner des directives à l'avocat est également un témoin possible et qu'elle est exemptée de l'application d'une ordonnance générale d'exclusion des témoins, le tribunal examinera avec soin le poids à accorder à son témoignage. La possibilité que le tribunal ne tienne pas compte du témoignage de cette personne pourra être un élément dont l'organisme se préoccupera au moment de choisir le représentant qui donnera des directives à l'avocat en son nom.

Rodger ne sera pas directement touché par une ordonnance du tribunal, puisqu'il n'est pas partie à l'enquête. Son perfectionnement dépend d'autres démarches d'évaluation. Étant donné qu'aucune ordonnance ne sera rendue directement contre Rodger, qu'aucune sanction ne lui sera imposée et qu'aucune mesure réparatrice ne sera prise contre lui à la suite d'une ordonnance du Tribunal, il n'y a pas violation des principes de justice naturelle et de l'obligation d'équité. Comme témoin possible, il n'est pas plus habilité que d'autres témoins à répondre aux «accusations» ou aux reproches. Même s'il ne peut entendre la preuve concernant les allégations formulées contre lui avant d'être appelé à témoigner, il ne sera pas privé pour autant de son droit à une audience impartiale conformément aux principes de la justice fondamentale, ce qui serait contraire à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'article 7 de la Charte ne s'applique pas non plus aux faits. Le traumatisme que Rodger peut subir à la suite de l'enquête est un des risques de la vie et ne constitue pas une atteinte à la sécurité de sa personne.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, R. 247.
Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] art. 7, 24(1).
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, chap. 44, Partie I [L.R.C. (1985), appendice III], art. 2e).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 49 (mod. par L.R.C. (1985)

50, 52, 53, 54.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, R. 52.06.

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. v. A.G. Can. (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (F.C.A.); *American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Kodellas v. Sask. Human Rights Comm., [1989] 5 W.W.R. 1; (1989), 77 Sask. R. 94 (C.A.).

CONSIDERED:

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Homelite, a division of Textron Can. Ltd. v. Cdn. Import Tribunal* (1987), 26 Admin. L.R. 126; 15 F.T.R. 10 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

R. v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588; (1987), 78 N.S.R. (2d) 183; 39 D.L.R. (4th) 481; 193 A.P.R. 183; 33 C.C.C. (3d) 289; 57 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 81; *Re Alberta Liquor Control Board and A.U.P.E., Loc. 50* (1989), 6 L.A.C. (4th) 252 (Alta.); *Re Inland Natural Gas Co. Ltd. and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Local 213* (1985), 22 L.A.C. (3d) 104 (B.C.); *Chamberlain v. Aetna Life & Cas. Ins. Co., Tenn.*, 593 S.W. 2d 661 (S.C., 1980); *Lenoir Car Co. v. Smith*, 100 Tenn. 127; 42 S.W. 879 (Tenn. S.C., 1897); *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 C.L.L.C. 17,025; 75 N.R. 303.

AUTHORS CITED

Schiff, Stanley *Evidence in the Litigation Process*, Vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1988.
Sopinka, John & Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974.
Wigmore, John Henry *Evidence in Trials at Common Law*, Vol. 6, rev. by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.

COUNSEL:

Russell G. Juriansz and Avrum Cohen for applicants.

(1^{er} supp.), chap. 31, art. 66), 50, 52, 53, 54.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, R. 52.06.

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. c. P.G. Can. (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (C.A.F.); *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Kodellas v. Sask. Human Rights Comm., [1989] 5 W.W.R. 1; (1989), 77 Sask. R. 94 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Homelite, a division of Textron Can. Ltd. c. Tribunal canadien des importations* (1987), 26 Admin. L.R. 126; 15 F.T.R. 10 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588; (1987), 78 N.S.R. (2d) 183; 39 D.L.R. (4th) 481; 193 A.P.R. 183; 33 C.C.C. (3d) 289; 57 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 81; *Re Alberta Liquor Control Board and A.U.P.E., Loc. 50* (1989), 6 L.A.C. (4th) 252 (Alb.); *Re Inland Natural Gas Co. Ltd. and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Local 213* (1985), 22 L.A.C. (3d) 104 (C.-B.); *Chamberlain v. Aetna Life & Cas. Ins. Co., Tenn.*, 593 S.W. 2d 661 (C.S., 1980); *Lenoir Car Co. v. Smith*, 100 Tenn. 127; 42 S.W. 879 (Tenn. C.S., 1897); *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 C.L.L.C. 17,025; 75 N.R. 303.

DOCTRINE

Schiff, Stanley *Evidence in the Litigation Process*, Vol. 1, 3rd éd. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1988.
Sopinka, John & Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974.
Wigmore, John Henry *Evidence in Trials at Common Law*, Vol. 6, rev. by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.

AVOCATS:

Russell G. Juriansz et Avrum Cohen pour les requérants.

Stephen B. Acker and Mundy McLaughlin for respondent Canadian Human Rights Commission.

Michael W. Swinwood for complainant Richard Deegan.

No one appearing for Human Rights Tribunal.

Stephen B. Acker et Mundy McLaughlin pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

Michael W. Swinwood pour le plaignant Richard Deegan.

Personne n'a comparu pour le tribunal des droits de la personne.

SOLICITORS:

Blake, Cassels & Graydon, Toronto for applicants.

Johnston & Buchan, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

Lang, Michener, Lawrence & Shaw, Ottawa, for complainant.

PROCUREURS:

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, pour les requérants.

Johnston & Buchan, Ottawa, pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

Lang, Michener, Lawrence & Shaw, Ottawa, pour le plaignant.

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

MACKAY J.: This is an application pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for orders in the nature of *certiorari*, prohibition and *mandamus* in relation to a decision of the respondent Human Rights Tribunal which excluded certain persons subpoenaed as witnesses from being present in the hearing room during an inquiry by the Tribunal into an allegation of discrimination. The persons excluded from the hearing, whose attendance the orders sought would permit, were Joseph Horan, the Director General, Personnel, of the applicant Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC") who had been designated by the agency to instruct counsel on its behalf, and Brien Rodger, an employee of the CRTC, whose conduct had given rise to a complaint. The complaint, alleging discrimination on the basis of a disability, was made to the Canadian Human Rights Commission under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, by the respondent Richard Deegan.

LE JUGE MACKAY: Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, en vue d'obtenir des ordonnances de *certiorari*, de prohibition et de *mandamus* à l'égard de la décision par laquelle le tribunal des droits de la personne a exclu de la salle d'audience certaines personnes assignées comme témoins au cours d'une enquête qu'il menait au sujet d'une allégation de discrimination. Les personnes qui ont été exclues de la salle d'audience et dont la présence serait autorisée, si les ordonnances demandées étaient rendues, étaient Joseph Horan, le directeur général du personnel du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC») que celui-ci avait désigné comme son mandataire pour donner des directives à l'avocat en son nom, et Brien Rodger, employé du CRTC dont la conduite avait donné lieu à une plainte. La plainte de discrimination fondée sur l'invalidité a été présentée à la Commission canadienne des droits de la personne conformément à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), chap. H-6, par l'intimé Richard Deegan.

At the hearing of this matter the applicants CRTC and Rodger were both represented by counsel, the respondents Deegan and the Canadian Human Rights Commission were separately represented by counsel and the respondents named as a Human Rights Tribunal were not represented.

Au cours de l'audience relative à cette question, le CRTC et Rodger étaient tous deux représentés par des avocats, chacun des intimés, Deegan et la Commission canadienne des droits de la personne, était représenté par son propre avocat et les intimés désignés membres du tribunal des droits de la personne n'étaient pas représentés.

The application seeks an order in the nature of *certiorari* and prohibition quashing the decision of the Tribunal made June 18, 1990, excluding the CRTC's representative and Rodger from the hearing room, and prohibiting the Tribunal from continuing with the inquiry until those persons are permitted to be present. The application also seeks an order in the nature of *mandamus* directing the Tribunal to permit the CRTC's representative and Brien Rodger to be present during the inquiry. Also sought are orders directing the Tribunal to conduct the inquiry in accordance with the rules of natural justice and the requirements of fundamental justice as guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, Part I, as amended (R.S.C., 1985, Appendix III) and finally, in relation to Rodger, an order pursuant to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] directing that the Tribunal conduct the inquiry in accordance with his right to fundamental justice as guaranteed by section 7 of the Charter.

Grounds for the motion are that the Tribunal erred in law, breached the rules of natural justice, infringed the applicants' rights to fundamental justice as guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, and infringed the right of Brien Rodger to fundamental justice as guaranteed by section 7 of the Charter, and exceeded its jurisdiction by ordering the exclusion of CRTC's representative and Brien Rodger from the hearing.

Background

The Tribunal was appointed to inquire into a complaint by Deegan, an employee of CRTC, alleging that he was discriminated against on the basis of a disability. The complaint relates specifically to the conduct of his supervisor, Brien Rodger, whose name appears in the body of the complaint, although the complaint names only the agency, CRTC, as respondent.

Horan is the Senior Manager responsible for Personnel Management and Policy within the

Les requérants désirent, par la présente demande, obtenir une ordonnance de *certiorari* et de prohibition en vue d'annuler la décision par laquelle le tribunal a exclu, le 18 juin 1990, le représentant du CRTC et Rodger de la salle d'audience et d'interdire au tribunal de poursuivre l'enquête tant que la présence de ces personnes ne sera pas autorisée. Les requérants demandent également une ordonnance de *mandamus* enjoignant au tribunal de permettre au représentant du CRTC et à Brien Rodger d'être présents pendant l'enquête. En outre, ils demandent des ordonnances enjoignant au tribunal de mener l'enquête conformément aux règles de justice naturelle et aux principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, chap. 44, Partie I, et ses modifications (L.R.C. (1985), appendice III) et, enfin, en ce qui a trait à Rodger, une ordonnance fondée sur le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] en vue d'enjoindre au tribunal de mener l'enquête conformément au droit à la justice fondamentale de Rodger qui est garanti par l'article 7 de la Charte.

Au soutien de la requête, on allègue que le tribunal a commis une erreur de droit, violé les règles de justice naturelle, le droit des requérants à la justice fondamentale, qui est garanti par l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, et le droit de Brien Rodger à la justice fondamentale, qui est garanti par l'article 7 de la Charte, et qu'il a outrepassé ses pouvoirs en ordonnant l'exclusion du représentant du CRTC et de Brien Rodger de la salle d'audience.

Le contexte

Le tribunal a été nommé pour examiner une plainte de discrimination fondée sur l'invalidité qui avait été déposée par Deegan, employé du CRTC. La plainte porte explicitement sur la conduite du superviseur de Deegan, Brien Rodger, dont le nom apparaît dans le texte de la plainte, bien que seul l'organisme, le CRTC, y soit nommé comme intimé.

Horan est le gestionnaire principal chargé de l'administration du personnel et de la politique

CRTC. His responsibilities include the matters in issue before the Tribunal and he had instructed counsel for the CRTC prior to the inquiry. He was considered by the CRTC as the most appropriate and knowledgeable person to continue instructing counsel and representing the CRTC at the inquiry.

The complainant Deegan is said not to agree that the allegations of discrimination are based entirely on the actions of the applicant Rodger. Apparently some concern on the part of Deegan, and perhaps also the respondent Commission, arises about conduct of Horan from the course of investigation conducted by the Commission into the allegation of discrimination.

The statutory process for investigation of a complaint and for efforts to settle it were followed in relation to Deegan's complaint but were not successful in resolving the matter. Ultimately the Tribunal was constituted pursuant to section 49 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66] of the *Canadian Human Rights Act* to consider the complaint. When counsel for the CRTC declined to indicate whether or not he would call Messrs. Horan and Rodger as witnesses at the inquiry, each of them was subpoenaed by the Tribunal at the request of the respondent Commission. Then counsel for the Commission declined in advance of the hearing to undertake that either would be called as a witness. At the outset of the inquiry on June 18, 1990, counsel for the respondent Commission asked for an order excluding witnesses, a request supported by counsel for the complainant. Counsel for the CRTC agreed with the request but proposed that Messrs. Horan and Rodger and the complainant Deegan be exempted from the order. Exemption of Messrs. Horan and Rodger was then opposed by counsel for the Commission and counsel for Deegan.

After hearing argument on the matter the Tribunal decided that witnesses, including Messrs. Horan and Rodger, are to be excluded from the hearing until after they have given testimony, if they should be called to do so. Much of the argument before the Tribunal related to the application of the proposed order to Horan who, as senior personnel officer of the CRTC, had advised management in the matter and had instructed

afférente au sein du CRTC. Ses responsabilités comprennent les litiges portés devant le tribunal et il avait donné des directives à l'avocat du CRTC avant l'enquête. Le CRTC le considérait également comme la personne la plus informée et la plus compétente pour continuer à donner des directives à l'avocat et à le représenter pendant l'enquête.

On soutient que le plaignant Deegan refuse de reconnaître que les allégations de discrimination sont fondées entièrement sur les actions du requérant Rodger. Apparemment, Deegan et peut-être aussi la Commission intimée sont préoccupés par la façon dont Horan s'est conduit au cours de l'enquête qu'a menée ladite Commission au sujet de l'allégation de discrimination.

La démarche prévue par la loi pour l'examen et le règlement d'une plainte a été suivie dans le cas de la plainte de Deegan, mais elle n'a pas permis de trancher le litige. Finalement, le tribunal a été créé conformément à l'article 49 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 31, art. 66] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour examiner la plainte. Lorsque l'avocat du CRTC a refusé d'indiquer s'il appellerait ou non MM. Horan et Rodger comme témoins à l'enquête, le tribunal a assigné chacun d'eux à la demande de la Commission intimée. L'avocat de la Commission a ensuite refusé de dire, avant l'enquête, s'il appellerait l'un d'eux comme témoin. Au début de l'enquête, le 18 juin 1990, l'avocat de la Commission intimée a demandé une ordonnance d'exclusion des témoins et l'avocat du plaignant a appuyé cette demande. L'avocat du CRTC était d'accord avec la demande, mais il a proposé que MM. Horan et Rodger ainsi que le plaignant Deegan soient exemptés de l'application de l'ordonnance. L'avocat de la Commission et celui de Deegan se sont alors opposés à l'exclusion de MM. Horan et Rodger.

Après avoir entendu les arguments sur cette question, le tribunal a décidé que les témoins, y compris MM. Horan et Rodger, devaient être exclus de la salle d'audience jusqu'à ce qu'ils aient témoigné, s'ils étaient appelés à le faire. Une bonne partie des arguments présentés devant le tribunal portaient sur l'application de l'ordonnance proposée à Horan qui, comme dirigeant supérieur du CRTC, avait conseillé la direction au sujet du

counsel in preparation for the hearing. Argument was also made for the attendance of Rodger on the ground that fundamental justice requires a person to hear what is said against him and be given an opportunity to defend himself. The essential issue and the decision was stated by the Chairman of the Tribunal in the following terms:

So we have a collision here between the right to be present and hear what's going on and the ability to have a Hearing that gets as close to the truth as possible by the general Rules of Evidence. (Transcript, Tribunal hearing, p. 15.)

Later, the Chairman said:

... we are in agreement that the ability to get at the truth, the facts, without the risks of the persons being here takes priority from our point of view, and so we would exclude both Mr. Horan and Mr. Rodger until they give testimony... we do feel it is important that they be excluded and we would exclude everyone except Mr. Deegan himself before they give evidence. (Transcript, Tribunal hearing, p. 17.)

The CRTC then moved for an adjournment to challenge that decision of the Tribunal in this Court, an adjournment granted by the Tribunal when counsel for the CRTC indicated he objected to further proceeding until this preliminary issue is resolved.

The Tribunal and the Exclusion of Witnesses

Under the *Canadian Human Rights Act* a tribunal, when constituted, has certain powers and responsibilities. These include, in relation to its inquiry into the complaint, the responsibility to provide notice to parties who shall then have opportunity to appear before the tribunal, present evidence and make representations to it; the power to summon and enforce the attendance of witnesses and to compel oral or written evidence on oath in the same manner as a superior court of record, and to receive and accept evidence and information as the tribunal sees fit (subsections 50(1) and (2)). The tribunal shall conduct a public hearing but may exclude members of the public if that is in the public interest (section 52). At the conclusion of its inquiry the tribunal may dismiss the complaint, or if it finds the complaint is substantiated it may make an order for redress within the terms set by statute (sections 53 and 54).

litige et avait donné des directives à l'avocat au cours de la préparation relative à l'enquête. On a également soutenu que la présence de Rodger était nécessaire pour le motif qu'en raison des principes de justice fondamentale, toute personne doit avoir la possibilité d'entendre ce qui est dit contre elle et de se défendre. Le président du tribunal a résumé comme suit la question essentielle et la décision:

[TRADUCTION] Nous avons donc ici un conflit entre le droit d'une personne d'être présente à l'audience et d'entendre ce qui se passe et la possibilité de tenir une audience qui permet de faire ressortir la vérité conformément aux règles de la preuve générales. (Transcription, audience du tribunal, p. 15.)

Plus tard, le président a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] ... nous admettons que la possibilité de connaître la vérité et les faits sans tenir compte des risques pour les personnes ici présentes, l'emporte à notre avis et nous exclurons M. Horan et M. Rodger jusqu'à ce qu'ils témoignent... nous estimons qu'il est important qu'ils soient exclus et nous exclurons toutes les personnes, sauf M. Deegan lui-même, avant qu'elles ne témoignent. (Transcription, audience du tribunal, p. 17.)

Le CRTC a alors demandé un ajournement pour contester la décision du tribunal devant notre Cour et le tribunal a accordé la demande d'ajournement lorsque l'avocat du CRTC a indiqué qu'il s'opposait à la poursuite de l'enquête avant que cette question préliminaire ne soit tranchée.

Le tribunal et l'exclusion des témoins

Selon la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, lorsqu'un tribunal est constitué, il a certains pouvoirs et responsabilités qui comprennent, en ce qui a trait à l'examen d'une plainte, la responsabilité d'aviser les parties, qui auront alors la possibilité de comparaître devant le tribunal, de présenter une preuve et de lui soumettre des observations; le pouvoir d'assigner des témoins et d'exiger leur présence et d'exiger la présentation d'une preuve verbale ou écrite sous serment de la même façon qu'un tribunal d'archives supérieur et le pouvoir de recevoir et d'accepter la preuve et les renseignements comme bon lui semble (paragraphe 50(1) et (2)). Le tribunal doit mener une enquête publique, mais il peut exclure des membres du public, si cette exclusion est dans l'intérêt public (article 52). À la fin de son enquête, le tribunal peut rejeter la plainte ou, s'il juge que la plainte est bien fondée, il peut ordonner une réparation à l'intérieur des conditions fixées par la loi (articles 53 et 54).

In the hearing on this application there was no argument about the general authority of the Tribunal to establish its own procedures so far as those are not specified by the Act. The general principle that tribunals are masters of their own procedures is now well settled, in accord with the principle stated by Mr. Justice Addy in *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. v. A.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312 (F.C.A.) at page 319 and reaffirmed in *American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88 (C.A.), at page 95:

Every tribunal has the fundamental power to control its own procedure in order to ensure that justice is done. This, however, is subject to any limitations or provisions imposed on it by the law generally, by statute or by the rules of the Court. [Emphasis added by Iacobucci C.J.]

In the hearing of this application there was also no argument about the discretion of the Human Rights Tribunal to exclude witnesses generally from its hearing prior to them being called to testify. The only issue is whether that discretion extends to the exclusion of the persons whose attendance this application would seek to permit. The applicants here submit that under the provisions of the enabling statute or the general law the discretion of the Tribunal to exclude witnesses does not extend to the exclusion of Messrs. Horan and Rodger. Each of their situations and the arguments addressed concerning them will be considered in turn.

The discretion to exclude witnesses has long been recognized in the courts either under the common law, by statute or by rules of the courts themselves. The procedure is designed to ensure that the hearing body has the best opportunity for hearing the evidence of individual witnesses without influence upon their testimony which the hearing of others' testimony might introduce, either by suggestion as to the shaping of testimony to most effectively counter opposing witnesses, or of shaping testimony to correspond with that of earlier witnesses on the same side of a case. The practice

Pendant l'audience relative à la présente demande, personne n'a contesté le pouvoir général du tribunal d'établir sa propre procédure, dans la mesure où elle n'est pas déjà précisée par la Loi. Le principe général selon lequel les tribunaux sont maîtres de leur propre procédure est maintenant bien établi, selon la règle qu'a énoncée le juge Addy dans *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. c. P.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312 (C.A.F.), à la page 319 et qui a été affirmée à nouveau dans *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88 (C.A.), à la page 95:

Chaque tribunal est investi du pouvoir fondamental de contrôler sa propre procédure afin d'assurer que la justice est rendue. Ce pouvoir est toutefois assujéti à toute limitation ou disposition prévue soit par le droit en général, soit par une loi, soit par les règles de la Cour. [Souligné par le juge en chef Iacobucci]

En outre, au cours de l'audience relative à la présente demande, aucune partie n'a contesté le pouvoir du tribunal des droits de la personne d'exclure des témoins de l'audience tenue devant lui avant que ceux-ci ne soient appelés à témoigner. La seule question à trancher est celle de savoir si ce pouvoir discrétionnaire s'applique à l'exclusion des personnes dont la présence est demandée en l'espèce. Les requérants dans la présente demande soutiennent que, selon les dispositions de la loi habilitante ou du droit général, le pouvoir qu'a le tribunal d'exclure des témoins ne s'étend pas à l'exclusion de MM. Horan et Rodger. Chacun de ces cas et les arguments invoqués à leur égard seront examinés à tour de rôle.

Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le pouvoir d'exclure des témoins, que ce pouvoir découle de la common law, d'un texte législatif ou des règles des tribunaux eux-mêmes. Cette procédure permet à l'organisme qui préside l'audience de s'assurer qu'il a toutes les chances possibles d'entendre le témoignage de chacun des témoins sans que ceux-ci ne soient influencés en entendant la version des autres, que ce soit en étant incités à témoigner de façon à contrer le plus efficacement possible la version des témoins de la partie adverse ou à présenter un témoignage qui correspondra à celui des témoins de la même partie qui ont déjà

is particularly relied upon where credibility is an issue.¹

In some jurisdictions rules of court or statute permit discretion in civil cases to exclude parties who are prospective witnesses (see, e.g. *Alberta Rules of Court* [Alta. Reg. 390/68] Rule 247). In other jurisdictions parties may not be excluded even if they are to be witnesses (see e.g. *Rules of Civil Procedure*, [O. Reg. 560/84], of Ontario, Rule 52.06). In the case of other jurisdictions and many administrative tribunals, the matter is simply left for discretion, subject to applicable general law. Where a witness, even one who is a party, is exempt from a ruling excluding witnesses generally or is in attendance by inadvertence despite such a ruling, and is only called to testify after hearing the testimony of others, the court or tribunal will carefully consider what weight to give to his or her evidence. Moreover, the hearing body may be interested to have such a witness called first among those to testify on behalf of a party.

In this case, it is apparent that the Tribunal concluded that all prospective witnesses, other than the complainant, should be excluded, among them Messrs. Horan and Rodger, even though the former was present to advise and instruct counsel on behalf of the CRTC. Its decision was based upon its concern to have the best opportunity to determine facts from the testimony of individual witnesses unaffected by that offered by others.

Exclusion of the representative of CRTC, Mr. Horan

On behalf of CRTC it is submitted that the discretion of the Tribunal to exclude witnesses generally does not extend to exclude Mr. Horan, even though he is a potential witness, since he was designated by the agency as its representative to

¹ See generally, Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, Vol. 6 (Chadbourn ed. rev., 1976) c. 63; Sopinka & Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), at p. 461; Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (1988, 3rd ed.), at p. 55.

témoigné. Cette procédure est utilisée notamment lorsque la crédibilité est en litige¹.

Dans certains territoires, les règles de pratique accordent au tribunal le pouvoir discrétionnaire, dans les causes civiles, d'exclure les parties qui sont des témoins possibles (voir, par exemple, la Règle 247 des *Alberta Rules of Court* [Alta. Reg. 390/68]). Dans d'autres territoires, les parties ne peuvent être exclues, même si elles sont des personnes qui seront appelées à témoigner (voir, par exemple, la Règle 52.06 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario [Règl. de l'Ont. 560/84]). Dans le cas de plusieurs autres territoires et de nombreux tribunaux administratifs, il s'agit simplement d'une question laissée à la discrétion du tribunal, sous réserve des règles de droit générales qui s'appliquent. Lorsqu'un témoin, même dans le cas d'une personne qui est une partie, est exempté de l'application d'une ordonnance d'exclusion des témoins ou que cette personne est présente par inadvertance malgré cette ordonnance et qu'elle est appelée à témoigner après avoir entendu la version d'autres personnes, le tribunal étudiera avec soin l'importance à accorder à son témoignage. En outre, l'organisme qui préside l'audience voudra peut-être faire témoigner cette personne en premier parmi celles qui sont appelées à témoigner au nom d'une partie.

Dans l'affaire qui nous occupe, il est évident que le tribunal a conclu que tous les témoins possibles, sauf le plaignant, devaient être exclus, y compris MM. Horan et Rodger, même si le premier était présent pour conseiller l'avocat qui représentait le CRTC et pour lui donner des directives. Le tribunal voulait ainsi avoir la meilleure chance possible de déterminer les faits à la lumière du témoignage de chacun des témoins sans que ceux-ci ne soient influencés par la version des autres.

Exclusion du représentant du CRTC, M. Horan

L'avocat du CRTC soutient que le pouvoir du tribunal d'exclure l'ensemble des témoins ne s'étend pas à M. Horan, même si celui-ci est un témoin possible, puisque l'organisme l'a désigné comme son représentant chargé de conseiller l'avo-

¹ Voir, généralement, Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, Vol. 6 (Chadbourn ed. rev., 1976) chap. 63; Sopinka & Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), à la p. 461; Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (1988, 3^e éd.) à la p. 55.

advise and instruct counsel in preparation for and at the hearing by the Tribunal. It is urged that excluding him would contravene subsection 50(1) of the *Canadian Human Rights Act*, and that aside from statutory limitations it would be contrary to the rules of natural justice.

These submissions are premised on CRTC's right to select who shall represent it to advise and instruct counsel at the hearing. That right is portrayed as concomitant with its right to counsel, an element essential to a fair hearing.

The respondents do not concede the identification of Horan with the CRTC as one and the same for purposes of the hearing. They submit that others in the agency's administration, including "house counsel", who was present at the hearing as co-counsel for CRTC, could represent the agency and instruct counsel. They do not agree that exclusion of Horan as a prospective witness constitutes exclusion of CRTC as a party. They submit that the discretion of the Tribunal does extend to the exclusion of Horan despite his presence to instruct counsel. They rely on the decision of my colleague Mr. Justice Strayer in *Homelite, a division of Textron Can. Ltd. v. Cdn. Import Tribunal* (1987), 26 Admin. L.R. 126 (F.C.T.D.) where he declined to intervene to upset a decision not to exclude witnesses made by another tribunal and submit that this Court should not here intervene in relation to the discretion exercised by the Human Rights Tribunal.

The exclusion as a potential witness of the person designated by a corporation or an agency to represent it and instruct counsel at a hearing where the corporation or agency is a party may well be unusual. The applicants suggest that such a person is exempt from a general exclusion order as a matter of general practice, referring to what appears as general practice in labour arbitration

cat pendant la préparation à l'audience et lors de l'audience elle-même et de lui donner des directives. Le CRTC fait valoir que l'exclusion de ce témoin serait contraire au paragraphe 50(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et, sans tenir compte des restrictions législatives, aux règles de justice naturelle.

Ces arguments sont fondés sur le droit du CRTC de choisir le représentant qui sera chargé de conseiller l'avocat et de lui donner des directives au cours de l'audience, lequel droit existerait de façon concomitante avec celui d'être représenté par un avocat, élément essentiel à l'audience impartiale.

Les intimés n'admettent pas que l'on identifie Horan avec le CRTC aux fins de l'audience. Ils soutiennent que d'autres personnes faisant partie de l'administration de l'organisme, dont «l'avocat interne» qui était présent à l'audience comme avocat représentant lui aussi le CRTC, pourraient représenter l'organisme et donner des directives à l'avocat. Ils n'admettent pas que le fait d'exclure M. Horan comme témoin possible équivaut à exclure le CRTC comme partie. Selon eux, le pouvoir du tribunal couvre l'exclusion de M. Horan, malgré la présence de celui-ci pour donner des directives à l'avocat. Ils se fondent sur la décision que mon collègue le juge Strayer a rendue dans *Homelite, a division of Textron Can. Ltd. c. Tribunal canadien des importations* (1987), 26 Admin. L.R. 126 (C.F. 1^{re} inst.), où celui-ci a refusé d'intervenir pour infirmer la décision par laquelle un autre tribunal avait refusé d'exclure des témoins, et ils allèguent que notre Cour ne devrait pas intervenir en l'espèce à l'égard du pouvoir discrétionnaire exercé par le tribunal des droits de la personne.

L'exclusion, comme témoin possible, de la personne qu'une société ou un organisme a désignée pour le représenter et donner des directives à l'avocat au cours de l'audience dans une cause où la société ou l'organisme en question est partie au litige est peut-être bien inhabituelle. Les requérants sont d'avis que cette personne est normalement exemptée de l'application d'une ordonnance d'exclusion générale et cite à titre d'exemples ce qui semble être la pratique générale dans les litiges

proceedings,² to the Ontario *Rules of Civil Procedure*, Rule 52.06(2) which now precludes exclusion of such a person, and by reference to jurisprudence of Tennessee though I note that in these cases statutory provisions specifically precluded the exclusion of the person designated to instruct counsel.³ On the other hand, one would assume that in jurisdictions where the rules of court or statutes provide for discretion to exclude witnesses, including parties who are potential witnesses, it is implicit that one designated by a corporate or other body to instruct counsel may also be excluded as the party's representative if he or she also is a potential witness. From this I simply conclude that there is no generally recognized rule one can readily turn to as a limitation on the discretion of a tribunal.

When one turns to the statute creating the tribunal in this case, a key provision is subsection 50(1) of the *Canadian Human Rights Act*, which provides:

50. (1) A Tribunal shall, after due notice to the Commission, the complainant, the person against whom the complaint was made and, at the discretion of the Tribunal, any other interested party, inquire into the complaint in respect of which it was appointed and shall give all parties to whom notice has been given a full and ample opportunity, in person or through counsel, to appear before the Tribunal, present evidence and make representations to it.

This provision identifies the parties to an inquiry as the Canadian Human Rights Commission, the complainant, the person against whom the complaint was made, in this case the CRTC, and "at the discretion of the Tribunal, any other interested party". Each of these parties is to be given due notice of the inquiry and "a full and ample opportunity, in person or through counsel, to appear before the Tribunal, present evidence and make representations to it." How is this opportunity to be provided in the circumstances of this case and with reference to Mr. Horan? The decision of Chief Justice Iacobucci in *American Airlines, Inc.*

² See, e.g., *Re Alberta Liquor Control Board and A.U.P.E., Loc. 50* (1989), 6 L.A.C. (4th) 252 (Alta.); *Re Inland Natural Gas Co. Ltd. and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Local 213* (1985), 22 L.A.C. (3d) 104 (B.C.).

³ See, *Chamberlain v. Aetna Life & Cas. Ins. Co.*, Tenn., 593 S.W. 2d 661 (S.C., 1980); and *Lenoir Car Co. v. Smith*, 100 Tenn. 127; 42 S.W. 879 (Tenn. S.C., 1897).

d'arbitrage en droit du travail², la Règle 52.06(2) des *Règles de Procédure Civile* de l'Ontario, qui interdit maintenant l'exclusion de cette personne, et les décisions rendues dans le Tennessee, bien que je constate que, dans ces arrêts-là, des dispositions législatives interdisaient explicitement l'exclusion de la personne désignée pour donner des directives à l'avocat³. D'autre part, on pourrait penser que, dans les territoires où les règles de pratique ou les lois accordent au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'exclure des témoins, y compris les parties qui sont des témoins possibles, ce pouvoir comprend implicitement celui d'exclure la personne que l'entreprise ou l'organisme désigne pour donner des directives à l'avocat, si cette personne est elle aussi un témoin possible. Je suis donc d'avis qu'il n'y a tout simplement aucune règle générale reconnue que l'on peut appliquer quant à la limite du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

Une des dispositions-clés de la loi par laquelle le tribunal a été créé en l'espèce est le paragraphe 50(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui se lit comme suit:

50. (1) Le tribunal, après avis conforme à la Commission, aux parties et, à son appréciation, à tout intéressé, examine l'objet de la plainte pour laquelle il a été constitué; il donne à ceux-ci la possibilité pleine et entière de comparaître et de présenter, en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat, des éléments de preuve ainsi que leurs observations.

Cette disposition identifie les parties à une enquête comme étant la Commission canadienne des droits de la personne, le plaignant, la personne contre laquelle la plainte a été faite, en l'espèce, le CRTC, et «à son appréciation [du tribunal], . . . tout intéressé». Un avis conforme de l'enquête doit être remis à chacune de ces parties et celles-ci doivent avoir «la possibilité pleine et entière de comparaître et de présenter, en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat, des éléments de preuve ainsi que leurs observations». Comment cette possibilité est-elle offerte dans les circonstances du présent litige et en ce qui a trait à M. Horan? La

² Voir, par exemple, *Re Alberta Liquor Control Board and A.U.P.E., Loc. 50* (1989), 6 L.A.C. (4th) 252 (Alb.); *Re Inland Natural Gas Co. Ltd. and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Local 213* (1985), 22 L.A.C. (3d) 104 (C.-B.).

³ Voir *Chamberlain v. Aetna Life & Cas. Ins. Co.*, Tenn., 593 S.W. 2d 661 (C.S., 1980); et *Lenoir Car Co. v. Smith*, 100 Tenn. 127; 42 S.W. 879 (Tenn. C.S., 1897).

v. *Canada (Competition Tribunal)*, *supra*, at pages 96-97 is instructive. There, dealing with subsection 9(3) of the *Competition Tribunal Act* [S.C. 1986, c. 26] which allowed persons to intervene with leave of the Competition Tribunal “to make representations relevant to [the] proceedings in respect of any matter that affects that person”, the Chief Justice said:

To ascertain the meaning of the words in the section one should look not only at the dictionary definition and the context but also at the nature of the matters being dealt with in the action as well as the overall objectives of the underlying legislation.

In *The Shorter Oxford English Dictionary*, “representation” is stated to mean, among other things, the following, which I find applicable to subsection 9(3):

A formal and serious statement of facts, reasons or arguments, made with a view to effecting some change, preventing some action, etc. . . . [Emphasis added by C.J.]

The function of the Tribunal in this case is to conduct an inquiry into a complaint of discrimination through a hearing which is generally open and public, to find facts, to draw its conclusions and if it finds the complaint is substantiated to order action that will end the discriminatory practice and provide redress to the complainant. Its function is not to impose punishment, rather it is, in the context of a remedial statute, in the broadest sense to educate and to lead to change in conduct, if not in attitudes, and to provide a remedy where a complaint is substantiated.⁴

In this context the Act provides that parties as designated by statute, or recognized as interested parties by the Tribunal, are to have “full and ample opportunity, in person or through counsel, to appear before the Tribunal, present evidence and make representations to it.” The opportunity to present evidence and make representations implies, as I see it, the necessity to know the evidence and representations of others in order to respond with relevancy in the context of the hearing conducted by the Tribunal. That means the parties to a complaint should be free to attend and

⁴ See comments of Mr. Justice La Forest in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 94-95.

décision qu’a rendue le juge en chef Iacobucci dans *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)* (précité), aux pages 96 et 97, est éclairante. Dans cet arrêt-là, interprétant le paragraphe 9(3) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* [S.C. 1986, chap. 26], qui permettait aux personnes d’intervenir avec l’autorisation du Tribunal de la concurrence «afin de présenter des observations qui se rapportent [aux] procédures et qui concernent des questions touchant cette personne», le juge en chef a dit ce qui suit:

Pour connaître la signification des mots utilisés dans cette disposition, il y a lieu non seulement d’en vérifier la définition dans le dictionnaire et d’en examiner le contexte, mais également de tenir compte de la nature des questions soulevées dans l’action, ainsi que des objectifs globaux de la loi.

Entre autres définitions du terme «*representation*», *The Shorter Oxford English Dictionary* donne la suivante que j’estime applicable au paragraphe 9(3):

[TRADUCTION] Un exposé formel et sérieux de faits, de motifs ou d’arguments visant à apporter des changements, à prévenir certaines actions, etc. . . . [C’est le juge en chef qui souligne.]

Le rôle du tribunal en l’espèce est de mener une enquête sur une plainte de discrimination au moyen d’une audience qui est généralement publique, de déterminer les faits, de tirer ses conclusions et, s’il juge la plainte justifiée, d’ordonner l’adoption de mesures qui mettront fin à la pratique discriminatoire et permettront de réparer le tort causé au plaignant. Son rôle n’est pas d’imposer une sanction, mais plutôt, dans le contexte d’une loi correctrice, d’éduquer dans un sens très large, d’inciter la partie fautive à modifier sa conduite, sinon son attitude, et d’offrir une réparation lorsque la plainte est fondée⁴.

Dans ce contexte, la Loi prévoit que les parties qui sont désignées par la loi ou que le tribunal reconnaît comme étant des parties intéressées doivent avoir «la possibilité pleine et entière de comparaître et de présenter, en personne ou par l’intermédiaire d’un avocat, des éléments de preuve ainsi que leurs observations». À mon avis, la possibilité de présenter des éléments de preuve et des observations sous-entend la nécessité de connaître les éléments de preuve et les observations des autres pour y répondre de façon pertinente dans le contexte de l’enquête menée par le tribunal. Cela signifie que

⁴ Voir les commentaires du juge La Forest dans *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, aux p. 94 et 95.

hear the evidence presented and without their consent should not be excluded under a general order excluding witnesses whether they represent themselves or are represented by counsel whose effectiveness should not be limited by the exclusion as a potential witness of a party who alone can instruct counsel. I am satisfied that if the person against whom a complaint is made under the Act is an individual, that person could not be excluded from the hearing on grounds that he or she is a potential witness. Excluding that person would, in my view, be contrary to subsection 50(1) of the Act. It would also, in my view, conflict with the duty of fairness of the Tribunal in conducting its inquiry.

Yet it is argued that CRTC, not a natural person, may have the person it has selected to represent it and to instruct counsel excluded where that representative is a potential witness. I am not persuaded that this is the case by argument that others might have been selected by CRTC to represent it, or might now be selected to replace Mr. Horan. This surely is a question for CRTC, not for the Tribunal or for this Court.

Where a party is a corporate or statutory body it can only be represented at the hearing and can only instruct counsel by a natural person who for all intents and purposes at the inquiry is deemed to represent the corporate or statutory body. If that body is not free to select its representative as it sees fit, then the person who stands in at the hearing and whose presence is primarily to instruct counsel may not have the full confidence of those responsible for the corporate or statutory body. That surely is the basis on which a body selects its representative and is the key to accepting the representative named as the person with the responsibility assigned by the corporation, or in this case CRTC, to instruct counsel on its behalf. In my view, under subsection 50(1) of the Act, a statutory body, here CRTC, is entitled to representation and to instruct counsel at the hearing of the Tribunal by the person designated by that statutory body, CRTC, and its opportunity to participate in the hearing as assured by subsection 50(1)

les parties à une plainte devraient pouvoir assister à l'audience et entendre la preuve présentée et ne devraient pas être exclues sans leur consentement en vertu d'une ordonnance d'exclusion générale des témoins, qu'elles se représentent elles-mêmes ou qu'elles soient représentées par un avocat, et que l'efficacité de celui-ci ne devrait pas être restreinte par l'exclusion comme témoin possible d'une partie qui seule peut donner des directives à l'avocat. Je suis d'avis que, si la personne contre laquelle une plainte est formulée conformément à la Loi est un particulier, cette personne ne peut être exclue de l'audience pour le motif qu'elle est un témoin possible. À mon sens, l'exclusion de cette personne serait contraire au paragraphe 50(1) de la Loi ainsi qu'à l'obligation d'équité à laquelle le tribunal doit se conformer pendant son enquête.

On soutient pourtant que le CRTC, qui n'est pas une personne naturelle, peut demander que la personne qu'il a choisie pour le représenter et donner des directives à l'avocat soit exclue lorsque ce représentant est un témoin possible. Je ne suis pas convaincu que c'est le cas par l'argument selon lequel le CRTC aurait pu choisir d'autres personnes pour le représenter ou qu'il pourrait maintenant choisir quelqu'un d'autre pour remplacer M. Horan. Cette décision concerne certainement le CRTC et non le tribunal ou notre Cour.

Lorsqu'une partie est une société ou un organisme créé par un texte législatif, elle ne peut être représentée à l'audience et donner des directives à son avocat que par l'entremise d'une personne naturelle qui, à toutes fins utiles, est présumée représenter la société ou l'organisme à l'enquête. Si cet organisme n'est pas libre de choisir son représentant comme bon lui semble, la personne qui se trouve à l'audience et dont la présence a pour but principal de donner des directives à l'avocat n'aura peut-être pas toute la confiance de ceux qui sont responsables de l'organisme ou de l'entreprise en question. Cette liberté est sûrement la condition sur laquelle l'organisme se fonde pour choisir son représentant et l'élément-clé qui lui permet de considérer le représentant nommé comme étant la personne devant s'acquitter de la responsabilité que lui a confiée la société ou, en l'espèce, le CRTC, soit celle de donner des directives à l'avocat pour son compte. À mon avis, selon le paragraphe 50(1) de la Loi, un organisme créé

may not be limited by excluding that designated representative even though he or she may be a potential witness.

I find some support for this conclusion in practical aspects of the issue as presented here. It seems to me that in many cases of tribunals concerned with complaints or grievances arising in an employment relationship, the senior personnel administrator of a corporate or statutory body may well be the logical person to represent and instruct counsel on behalf of that body, and at the same time he or she is likely to be a potential witness if the complaint or grievance falls within his or her overall everyday responsibilities. The latter circumstance should not fetter the selection by the corporation or the agency of its representative for the hearings of a tribunal under the *Canadian Human Rights Act*. In this particular case, on the basis of representations of counsel for Mr. Deegan, it is my understanding that the investigation and conciliation process provided by the Act was completed before appointment of the Tribunal. A full report of the investigation was provided by the respondent Commission to CRTC and the latter responded in full to that report. I assume that responsibility for dealing with that report within CRTC fell largely to Mr. Horan as Director General, Personnel, and that he is already familiar with general and specific aspects of the complaint that is the subject of the inquiry, if not with how those may be presented to the Tribunal. It would be very unusual if much of the evidence to be presented would be a surprise to him. Isolating him from hearing others by exclusion before his own testimony is called, if it is to be, would not at this stage provide the same assurance as for other witnesses, that his testimony is free from influence from the evidence before the Tribunal, which is the purpose of the exclusion of potential witnesses.

There is one consideration to be emphasized. Where, as in this case, the person designated by

par une loi, en l'espèce, le CRTC, a le droit d'être représenté et de donner des directives à l'avocat au cours de l'audience du tribunal par l'entremise de la personne qu'il a désignée et la possibilité qu'il a de participer à l'audience selon le paragraphe 50(1) ne peut être restreinte par l'exclusion de ce représentant désigné, même si cette personne est un témoin possible.

Pour en arriver à cette conclusion, je me fonde un peu sur les aspects pratiques de la question libellée en l'espèce. Il me semble que, dans bien des cas où les tribunaux doivent statuer sur des plaintes ou des griefs découlant d'un lien d'emploi, l'administrateur principal du personnel d'une entreprise ou d'un organisme sera peut-être la personne toute désignée pour représenter cette entreprise ou cet organisme et donner des directives à l'avocat en son nom et, par la même occasion, il pourra être appelé à témoigner, si la plainte ou le grief concerne ses responsabilités générales de tous les jours. Cette dernière circonstance ne devrait pas entraver le pouvoir de l'entreprise ou de l'organisme de choisir son représentant pour les audiences d'un tribunal faites selon la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Dans la présente cause, compte tenu des observations de l'avocat de M. Deegan, j'ai cru comprendre que la procédure d'enquête et de conciliation prévue par la Loi était terminée avant la nomination du tribunal. La Commission a remis au CRTC un rapport complet de l'enquête et le CRTC a donné une réponse complète à ce rapport. Je présume que la tâche de répondre à ce rapport au sein du CRTC incombait surtout à M. Horan, comme directeur général du personnel, et que celui-ci connaît déjà les aspects généraux et précis de la plainte ayant fait l'objet de l'enquête et peut-être même ceux qui pourront être présentés au tribunal. Il serait fort étonnant que la majeure partie de la preuve devant être présentée soit nouvelle pour lui. Le fait de l'empêcher d'entendre les autres en ordonnant qu'il soit exclu avant d'être appelé à témoigner, le cas échéant, ne garantirait pas à ce stade-ci, de la même façon qu'il le ferait pour les autres témoins, que son témoignage ne sera pas influencé par la preuve présentée devant le tribunal, ce qui est le but de l'exclusion des témoins possibles.

Un point mérite d'être souligné. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la personne que

the agency, CRTC, to instruct counsel is also a potential witness and is exempted from a general ruling to exclude witnesses, his or her presence during testimony of others necessarily results in a careful weighing by the Tribunal of the weight to be given to testimony of the representative when called. It may be of concern or interest to the agency, CRTC, in considering the choice of its representative is a potential witness there is a risk that weight of any testimony he or she gives will be discounted by the Tribunal unless by consent the representative agrees to be excluded with other potential witnesses under a general exclusion order.

I conclude, on the construction of subsection 50(1) of the Act that the discretion of the Tribunal to exclude witnesses from its hearing before they are called to testify does not extend to include the person designated by CRTC to represent it and to instruct counsel at the hearing, in this case Mr. Horan.

Exclusion of Mr. Rodger

The applicant Rodger is not a party to the inquiry before the Tribunal. Counsel indicated that application may be made to the Tribunal on behalf of Rodger for standing as an interested party within the terms of subsection 50(1). It is submitted that while not a named respondent, Rodger is the individual against whose actions the complaint is directed and the person who will be affected by any adverse finding. His character and reputation are said to be in issue and "his career advancement in the public service would be affected by the findings of the Tribunal". It is submitted that a person identified by name in a human rights complaint is "an interested party" within the meaning of section 50 of the *Canadian Human Rights Act*.

The latter submission and a decision on an application for standing are matters entirely within the discretion of the Tribunal under subsection 50(1) as I interpret that provision, subject to the limitation that any person who may be directly

l'organisme, le CRTC, désigne pour donner des directives à l'avocat est également un témoin possible et qu'elle est exemptée de l'application d'une ordonnance générale d'exclusion des témoins, sa présence au cours du témoignage des autres personnes entraîne nécessairement une évaluation soignée par le tribunal du poids à accorder au témoignage du représentant, lorsqu'il est appelé à témoigner. L'organisme, le CRTC, aura peut-être intérêt à se rappeler, lorsque vient le temps de choisir un représentant qui donnera des directives à l'avocat, que, si son représentant est un témoin possible, il se peut que le tribunal n'accorde aucune importance au témoignage que cette personne donnera, à moins que le représentant n'accepte d'être exclu avec les autres témoins possibles selon une ordonnance d'exclusion générale.

Compte tenu de l'interprétation du paragraphe 50(1) de la Loi, j'en viens à la conclusion que le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'exclure des témoins de l'audience qu'il préside avant que ces personnes ne soient appelées à témoigner ne s'applique pas à la personne que le CRTC a désignée pour le représenter et pour donner des directives à l'avocat au cours de l'audience, en l'occurrence, M. Horan.

Exclusion de M. Rodger

Le requérant Rodger n'est pas partie à l'enquête devant le tribunal. L'avocat a indiqué qu'on pourra présenter au tribunal une demande en vue de permettre à Rodger de rester comme partie intéressée au sens du paragraphe 50(1). On soutient que, même s'il n'est pas un intimé désigné, Rodger est la personne visée par la plainte et la personne qui sera touchée par toute conclusion défavorable. On allègue que son caractère et sa réputation sont en litige et que [TRADUCTION] «son perfectionnement dans la fonction publique serait touché par les conclusions du tribunal». On ajoute qu'une personne identifiée par son nom dans une plainte sur les droits de la personne est «une partie intéressée» au sens de l'article 50 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Ce dernier argument et la décision concernant une demande de statut relèvent entièrement du pouvoir discrétionnaire du tribunal conformément au paragraphe 50(1), sous réserve de la restriction selon laquelle une personne pouvant être directe-

affected by any potential order made, if the complaint is substantiated, should be deemed an interested party. Then, as any other interested party within that subsection, a person with that standing should have opportunity to appear, present evidence and make representations to the Tribunal. Those circumstances do not apply to Mr. Rodger. He will not be directly affected if the complaint is found to be substantiated and an order for remedy made. That order will be directed only to the CRTC, the named respondent to the complaint, which is the agency responsible for the conduct of all of its staff in relation to employer-employee relations, the general field in which the complaint here arises.

It is said that Rodger's character and reputation are in issue and his career advancement in the public service would be affected by the findings of the Tribunal. No order of the Tribunal can directly affect Rodger nor can it directly affect his career advancement in the public service; that advancement depends on other processes of assessment and evaluation with opportunity for recording dissent, questioning, grieving or appealing decisions. Because no order will be made directed to Rodger and no punishment will be imposed upon him or any remedial action taken against him by order of the Tribunal, I am not persuaded that other grounds urged on his behalf warrant any limitation of discretion on the part of the Tribunal to exclude him as a witness prior to his giving testimony.

It is submitted that the rules of natural justice here dictate that he ought to be permitted to hear the accusations against him and to properly respond to them if necessary and where appropriate, to advise his counsel as to possible cross-examination of the complainant and his witnesses. I assume that only if granted status as an interested party will he have opportunity to be represented by counsel. Otherwise he will continue status simply as a prospective witness. While I can appreciate sensitivity to complaints about one's actions where discrimination is alleged, those complaints if substantiated lead to remedial action rather than punishment, and in this case such

ment touchée par une ordonnance possible devrait être considérée comme une partie intéressée, si la plainte est bien fondée. Dans ce cas, comme toute autre partie intéressée au sens de ce paragraphe, une personne ayant ce statut devrait avoir la possibilité de comparaître et de présenter des éléments de preuve et des observations au tribunal. Ces circonstances ne s'appliquent pas à M. Rodger. Il ne sera pas directement touché si la plainte est jugée bien fondée et qu'une réparation est ordonnée. Cette ordonnance touchera uniquement le CRTC, l'intimé désigné dans la plainte, qui est l'organisme responsable de la conduite de l'ensemble de ses employés en ce qui a trait aux relations de travail, soit le domaine général visé par la présente plainte.

On soutient que le caractère et la réputation de Rodger sont en jeu et que son perfectionnement dans la fonction publique pourrait être entravé par les conclusions du tribunal. Aucune ordonnance du tribunal ne peut nuire directement à Rodger ou à son perfectionnement dans la fonction publique; ce perfectionnement dépend des autres démarches d'évaluation dans le cadre desquelles il est possible de contester des décisions, d'interjeter appel de celles-ci, de déposer un grief à leur égard ou d'inscrire une dissidence. Comme aucune ordonnance ne sera rendue directement contre Rodger, qu'aucune sanction ne lui sera imposée et qu'aucune mesure réparatrice ne sera prise contre lui sur ordonnance du tribunal, je ne suis pas convaincu que les autres motifs invoqués en son nom justifient que l'on restreigne le pouvoir discrétionnaire du tribunal de l'exclure comme témoin avant qu'il ne donne son témoignage.

On allègue que les règles de la justice naturelle exigent ici qu'on lui permette d'entendre les accusations portées contre lui et d'y répondre, si c'est nécessaire et approprié, et d'aviser son avocat au sujet du contre-interrogatoire possible du plaignant et des témoins de celui-ci. Je présume qu'il aura la possibilité d'être représenté par un avocat uniquement s'il obtient le statut de partie intéressée. Si tel n'est pas le cas, son statut demeurera simplement celui de témoin possible. Même si je peux comprendre qu'une personne se préoccupe des plaintes adressées à son endroit dans un cas de discrimination, ces plaintes mènent plutôt à une réparation qu'à une punition, si elles sont bien

action would be required of CRTC. Rodger's status as a potential witness before the Tribunal gives him no greater standing to respond to "accusations" or alleged facts than any other witness. His exclusion from the hearing until called to testify does not violate principles of natural justice, or any duty of fairness owed to him by the Tribunal. For essentially the same reasons I am not persuaded that Rodger's inability to hear evidence of any allegations against him before he is called to testify does deprive him, as counsel submitted, of his right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice contrary to paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.⁵

It is further submitted that the Tribunal proceedings and findings are capable of creating an infringement upon the rights of Mr. Rodger under section 7 of the Charter⁶ which it is said includes the right not to be subjected to emotional hurt based on a loss of self-respect or dignity or stigmatization. I am not persuaded that section 7 of the Charter is engaged by the facts of this case. Counsel relies upon *Kodellas v. Sask. Human Rights Comm.*, [1989] 5 W.W.R. 1 (Sask. C.A.), at pages 40-41 and *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at page 173. In *Kodellas* reference is made by Vancise J.A. to section 7 of the Charter, and the opinion of Mr. Chief Justice Lamer, as he now is, in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at page 605, to find that anxiety, damage to dignity

⁵ This provision of the *Canadian Bill of Rights* is as follows:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

⁶ This provision of the Charter is as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

fondées et, en l'espèce, cette réparation serait requise du CRTC. Le statut de Rodger comme témoin possible devant le tribunal ne lui permet pas plus à lui qu'à d'autres de répondre aux accusations ou aux reproches. Son exclusion de la salle d'audience jusqu'à ce qu'il soit appelé à témoigner ne viole pas les principes de la justice naturelle ou l'obligation d'équité à laquelle le tribunal doit se conformer envers lui. Pour des raisons à peu près identiques, je ne suis pas convaincu que l'impossibilité pour Rodger d'entendre la preuve concernant les allégations formulées contre lui avant qu'il ne soit appelé à témoigner le prive, comme l'avocat l'a dit, de son droit à une audience impartiale conformément aux principes de justice fondamentale, contrairement à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.⁵

On soutient également que l'enquête et les conclusions du tribunal peuvent avoir pour effet de violer les droits de M. Rodger qui sont reconnus à l'article 7 de la Charte⁶, lesquels droits comprendraient celui de ne pas être soumis à un choc émotif à la suite de la perte de l'estime de soi ou de la dignité ou d'une stigmatisation. Je ne suis pas convaincu que l'article 7 de la Charte s'applique au présent litige. L'avocat invoque les arrêts *Kodellas v. Sask. Human Rights Comm.*, [1989] 5 W.W.R. 1 (C.A. Sask.), aux pages 40 et 41, et *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la page 173. Dans l'arrêt *Kodellas*, le juge Vancise, J.A., fait allusion à l'article 7 de la Charte et à l'opinion que le juge Lamer, maintenant juge en chef, a formulée dans *R. c. Rahey*, [1987] 1

⁵ Cette disposition de la *Déclaration canadienne des droits* se lit comme suit:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

⁶ Cette disposition de la Charte se lit comme suit:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

and self-esteem could be a deprivation of the security of the person as contemplated by section 7 of the Charter. However, that was a case arising under *The Saskatchewan Human Rights Code* [S.S. 1979, c. S-24.1] where the respondent was a named individual and the issue was whether delay in proceeding with a complaint before a tribunal violated rights under section 7 of the Charter. In this case, no complaint is laid against Mr. Rodger in the sense that he is not the respondent to the complaint and is not subject to any order the Tribunal may ultimately make. In *R. v. Morgentaler* Madame Justice Wilson at page 173 refers to section 7 of the Charter as including both physical and psychological integrity of the individual. While proceedings before the Tribunal may present great difficulty for Mr. Rodger personally, the outcome of those proceedings has no possibility of any punishment or remedial order being made against him. Any personal trauma he may experience from the proceedings is simply one of the risks of life and does not constitute a deprivation of security to his person assured by section 7 of the Charter.

Conclusion

For these reasons I conclude that the application is allowed in part, quashing the order of the Tribunal in so far as it applies to the named representative of CRTC, Mr. Horan, to exclude him from the hearing prior to his being called to give testimony, if he should be called, and an order directing the Tribunal to permit CRTC's representative, if it continues to be Horan, to be present throughout the inquiry hearing. The application so far as it concerns the decision of the Tribunal in relation to Mr. Rodger is dismissed. No order of prohibition seems appropriate since the Tribunal has adjourned pending this decision. Nor are orders appropriate that would direct the Tribunal to conduct its inquiry in accord with the Act, with the rules of natural justice and the requirements of fundamental justice as guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

An order will go to this effect.

R.C.S. 588, à la page 605, pour en venir à la conclusion que l'anxiété et la perte de la dignité et de l'estime de soi pourraient constituer une privation de la sécurité de la personne qui est envisagée à l'article 7 de la Charte. Cependant, il s'agissait d'un cas découlant du *The Saskatchewan Human Rights Code* [S.S. 1979, chap. S-24.1], où l'intimé était un particulier désigné et la question en litige était celle de savoir si le retard à déposer une plainte devant un tribunal avait pour effet de violer les droits prévus à l'article 7 de la Charte. Dans la présente cause, aucune plainte n'est formulée contre M. Rodger, dans la mesure où celui-ci n'est pas l'intimé dans la plainte et où il n'est pas assujéti à une ordonnance que le tribunal pourra rendre. Dans *R. c. Morgentaler*, Madame le juge Wilson dit que l'article 7 de la Charte couvre tant l'intégrité physique que l'intégrité psychologique de la personne. Bien que l'enquête du tribunal puisse être difficile à supporter pour lui, M. Rodger ne pourra être puni ou faire l'objet d'une ordonnance de réparation à la fin de l'enquête. Le traumatisme personnel qu'il peut subir à la suite de l'enquête est tout simplement un des risques de la vie et ne constitue pas une privation de la sécurité de la personne qui est garantie à l'article 7 de la Charte.

Conclusion

Pour ces motifs, j'accueille la demande en partie, de façon à annuler l'ordonnance du tribunal, dans la mesure où elle s'applique au représentant désigné du CRTC, M. Horan, par laquelle il a été exclu de l'audience avant d'être appelé à témoigner, le cas échéant, et je rends une ordonnance enjoignant au tribunal de permettre au représentant du CRTC, s'il s'agit encore de M. Horan, d'être présent tout au long de l'audience de l'enquête. La demande est rejetée en ce qui a trait à la décision du tribunal concernant M. Rodger. Aucune ordonnance de prohibition ne semble appropriée, puisque le tribunal a ajourné l'enquête jusqu'à la présente décision. Il ne semble pas approprié non plus de rendre des ordonnances enjoignant au tribunal de mener son enquête conformément à la Loi, aux règles de justice naturelle et aux principes de justice fondamentale garantis par l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Une ordonnance sera rendue en conséquence.

T-2439-90

T-2439-90

Brian Gough (Applicant)

v.

National Parole Board (Respondent)**INDEXED AS: GOUGH v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T.D.)**

Trial Division, Reed J.—Ottawa, October 3 and 5, 1990.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Parole suspended based on complaints, details of which withheld pursuant to Parole Regulations, s. 17(5) to protect identity of complainants and to preserve ability to conduct investigations — Breach of Charter, s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice as insufficient information for applicant to respond to allegations.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Charter, s. 7 breached when parole suspended based on allegations, details of which withheld from parolee — Process resulting in loss of liberty based on vague allegations, and in which withholding of details not subject to independent review not reasonable limit justified under Charter, s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Suspension of parole based on allegations, details of which withheld, breach of Charter, s. 7 and not justified under s. 1 — Under Charter, s. 24(1) Court empowered to grant applicant appropriate remedy — As Parole Board order not to be lightly quashed, in camera hearing at which Board to justify non-disclosure appropriate remedy, unless Board preferring quashing of its decision with rehearing conditional upon provision of further information to applicant.

Parole — National Parole Board suspending parole due to complaints, details of which withheld under Parole Regulations, s. 17(5) — Breach of common law principle of natural justice requiring person to know case against him and Charter, s. 7 as insufficient information to enable applicant to respond to allegations — Regulations subject to Charter rights — Non-compliance with s. 7 not justified under s. 1 — In camera hearing to be held giving Board opportunity to justify non-dis-

Brian Gough (requérant)

c.

Commission nationale des libérations conditionnelles (intimée)**RÉPERTORIÉ: GOUGH c. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (1^{re} INST.)**

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 3 et 5 octobre 1990.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Libération conditionnelle suspendue sur la foi de plaintes, dont les détails n'ont pas été divulgués par application de l'art. 17(5) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, pour protéger l'identité des plaignantes ainsi que le déroulement des enquêtes — Violation du droit à la liberté, garanti par l'art. 7 de la Charte, selon lequel il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, puisque le requérant n'a pas obtenu suffisamment de renseignements pour répondre aux allégations.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Violation de l'art. 7 de la Charte par suite de la suspension de la libération conditionnelle sur la foi d'allégations, dont les détails n'ont pas été divulgués au libéré conditionnel — Ne peut pas être considérée comme une limite raisonnable au sens de l'art. 1 de la Charte une procédure à la suite de laquelle une personne est privée de sa liberté sur la foi de vagues allégations et dans laquelle la non-divulgarion des détails n'était pas assujettie à l'examen d'un organisme indépendant.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — La suspension de la libération conditionnelle sur la foi d'allégations, dont les détails n'étaient pas divulgués, porte atteinte à l'art. 7 de la Charte et n'est pas justifiée sous le régime de l'art. 1 — En vertu de l'art. 24(1) de la Charte, la Cour est investie du pouvoir d'accorder la réparation convenable — Attendu qu'on ne saurait annuler à la légère une ordonnance de la Commission des libérations conditionnelles, audience à huis clos ordonnée au cours de laquelle la Commission pourrait justifier la non-divulgarion, à moins qu'elle ne préfère voir son ordonnance annulée et tenir une nouvelle audience à condition que d'autres renseignements soient fournis au requérant.

Libération conditionnelle — Suspension de libération conditionnelle sur la foi d'allégations, dont les détails n'ont pas été divulgués par application de l'art. 17(5) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus — Inobservation des principes de justice naturelle reconnus en common law selon lesquels une personne doit savoir ce qu'on lui reproche, ainsi que de l'art. 7 de la Charte puisque le requérant n'a pas obtenu suffisamment de renseignements pour lui permettre de répondre aux allégations — Règlement subordonné aux droits garantis par la Charte — Inobservation de l'art. 7 non justifiée sous le régime de l'art. 1 — Audience à huis clos ordonnée pour que la Commission puisse justifier la non-divulgarion, à

closure, unless Board preferring quashing of its decision with rehearing conditional upon provision of further information.

This was an application for *certiorari* to quash an order of the National Parole Board suspending the applicant's parole due to allegations of sexual assault, illegal drug use and coercion, the details of which were withheld under *Parole Regulations*, subsection 17(5). The Board asserted that non-disclosure was necessary to protect the identity of the complainants and to preserve the Board's ability to conduct investigations. The issue was whether the applicant had been given sufficient information as to the allegations to satisfy the Charter, section 7 requirement that the rules of fundamental justice be complied with.

Held, there should be an *in camera* hearing at which the Board might substantiate, with more specificity, its reasons for non-disclosure. Should the Board prefer, an order would go quashing its decision and ordering a rehearing on condition that further information be supplied to applicant.

The applicant had not been given enough information to enable him to answer the allegations. Neither the common law principles of natural justice nor the Charter section 7 requirements of fundamental justice had been met. The *Parole Regulations* do not alter the applicant's Charter rights.

Non-disclosure was not justified under Charter, section 1. A process resulting in loss of liberty based on allegations which the accused could not answer because he was not given sufficient details and in which the withholding of that information is not subject to review by any court or other independent body, is not a reasonable limit within section 1.

Charter, subsection 24(1) enables a Court, seized of a case in which a violation of a Charter right has been found, to give the applicant "such remedy as the court considers appropriate." Although the normal consequence of finding a breach of natural justice would be to quash the Board's decision and order a rehearing on condition that the applicant be given details sufficient to permit him to respond to the allegations, an order of the Parole Board should not be lightly quashed. In the circumstances, it would be appropriate to order an *in camera* hearing at which the Board could justify non-disclosure. The Court would, however, be prepared to quash the Board's decision if it preferred that option.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

moins qu'elle ne préfère voir son ordonnance annulée et tenir une nouvelle audience à condition que d'autres renseignements soient fournis au requérant.

Il s'agit d'une demande de *certiorari* visant à faire annuler une ordonnance de la Commission nationale des libérations conditionnelles, portant suspension de la libération conditionnelle du requérant sur la foi d'allégations d'agression sexuelle, d'utilisation de drogues illégales et de contrainte, dont les détails ne lui ont pas été communiqués, par application du paragraphe 17(5) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*. La Commission soutient que la non-divulgaration était nécessaire pour protéger l'identité des plaignantes et préserver la possibilité pour la Commission d'effectuer des enquêtes. Il échet d'examiner si le requérant a reçu suffisamment de renseignements sur les allégations pour satisfaire aux exigences de l'article 7 de la Charte sur le respect des principes de justice fondamentale.

Jugement: une audience à huis clos est ordonnée, au cours de laquelle la Commission aura la possibilité d'établir avec plus de précision les motifs de non-divulgaration. Autrement, si la Commission le préfère, une ordonnance serait rendue pour annuler sa décision et lui enjoindre de tenir une nouvelle audience à condition que d'autres renseignements soient fournis au requérant.

Le requérant n'a pas obtenu suffisamment de renseignements pour lui permettre de répondre aux allégations formulées contre lui. Ni les principes de justice naturelle reconnus en common law ni l'impératif de justice fondamentale prévu à l'article 7 de la Charte n'ont été respectés. Le *Règlement sur la libération conditionnelle* ne saurait restreindre les droits du requérant qui sont reconnus par la Charte.

La non-divulgaration n'était pas justifiée sous le régime de l'article 1 de la Charte. Une procédure à la suite de laquelle une personne est privée de sa liberté sur la foi d'allégations que l'accusé ne peut réfuter parce qu'il n'a pas obtenu suffisamment de détails s'y rapportant, et dans le cadre de laquelle la non-divulgaration de ces renseignements n'est pas assujettie à l'examen d'un organisme indépendant, n'est pas une limite raisonnable au sens de l'article 1.

Le paragraphe 24(1) de la Charte permet à un tribunal saisi d'un cas où une violation d'un droit garanti par la Charte a été reconnue, d'accorder au requérant «la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Bien qu'il soit normal, en cas de violation des principes de justice naturelle, d'annuler la décision de la Commission et d'exiger que celle-ci entende à nouveau le cas, mais à la condition que des renseignements détaillés soient communiqués au requérant pour lui permettre de répondre aux allégations, l'annulation d'une ordonnance de la Commission des libérations conditionnelles n'est pas une mesure qui doit être prise à la légère. Dans les circonstances, il convient d'ordonner une audience à huis clos au cours de laquelle la Commission pourrait justifier la non-divulgaration. La Cour est cependant prête à annuler la décision de la Commission si tel est son choix.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 24(1).
Parole Regulations, C.R.C., c. 1249, s. 17(5) (as am. by SOR/86-817, s. 4).

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 24(1).
Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, C.R.C., chap. 1249, art. 17(5) (mod. par DORS/86-817, art. 4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Demaria v. Regional Classification Board, [1987] 1 F.C. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.).

CONSIDERED:

Pulice v. National Parole Board (1990), 34 F.T.R. 318 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Cadieux v. Director of Mountain Institution, [1985] 1 F.C. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50; 13 C.C.C. (3d) 330; 41 C.R. (3d) 30; 10 C.R.R. 248 (T.D.); *Tatham v. National Parole Board et al.*, B.C.S.C., No. CC900534, MacDonell J., judgment dated 18/4/90, not yet reported; *Ross v. Kent Inst.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 145; 34 C.C.C. (3d) 452; 29 C.R.R. 125 (C.A.); *H. v. R.*, [1986] 2 F.C. 71; (1985), 17 Admin. L.R. 39 (T.D.); *People v. Thurman*, 787 P.2d 646 (Colo., 1990).

COUNSEL:

David P. Cole for applicant.
Geoffrey S. Lester for respondent.

SOLICITORS:

David P. Cole, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are reasons for order delivered orally in English by

REED J.: The applicant had his parole cancelled by reason of a decision of the Parole Board dated June 21, 1990. Prior to that time he had been on parole for 5½ years. This paroled status was a result of his having been convicted of non-capital murder in 1973. He served 11 years of a life sentence, before being released on parole in 1984.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Demaria c. Comité régional de classement des détenus, [1987] 1 C.F. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Pulice c. Commission nationale des libérations conditionnelles (1990), 34 F.T.R. 318 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain, [1985] 1 C.F. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50; 13 C.C.C. (3d) 330; 41 C.R. (3d) 30; 10 C.R.R. 248 (1^{re} inst.); *Tatham v. National Parole Board et al.*, C.S.C.-B., n° CC900534, juge MacDonell, jugement en date du 18-4-90, encore inédit; *Ross v. Kent Inst.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 145; 34 C.C.C. (3d) 452; 29 C.R.R. 125 (C.A.); *H. c. R.*, [1986] 2 C.F. 71; (1985), 17 Admin. L.R. 39 (1^{re} inst.); *People v. Thurman*, 787 P.2d 646 (Colo., 1990).

AVOCATS:

David P. Cole pour le requérant.
Geoffrey S. Lester pour l'intimée.

PROCUREURS:

David P. Cole, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance de la Cour prononcés à l'audience par

LE JUGE REED: Dans une décision en date du 21 juin 1990, la Commission des libérations conditionnelles a annulé la libération conditionnelle du requérant, qui était en vigueur depuis cinq ans et demi. Le requérant avait obtenu sa libération conditionnelle en 1984, après avoir purgé onze années d'une peine d'emprisonnement à vie qui lui a été imposée lorsqu'il a été reconnu coupable de meurtre non qualifié en 1973.

The parole suspension arose as a result of complaints made to the Correctional Service Office on May 2 and 3, 1990. As a result of those complaints and after an investigation relating thereto, a warrant was issued for the applicant's arrest. This was executed on May 11, 1990. At the time of the applicant's arrest, he had established a good work record, a stable relationship with his girlfriend, was about to graduate from community college and had full-time employment available. Reference in this regard can be made to a special report dated June 14, 1990 prepared for the use of the National Parole Board.¹

La libération conditionnelle a été suspendue à la suite de plaintes formulées auprès du Bureau du Service correctionnel les 2 et 3 mai 1990. À la suite de ces plaintes et d'une enquête s'y rapportant, un mandat d'arrestation a été délivré à l'endroit du requérant et exécuté le 11 mai 1990. Au moment de son arrestation, le requérant avait établi un bon dossier de travail; il avait une relation stable avec son amie, il était sur le point d'obtenir son diplôme du collège communautaire et un emploi à temps plein lui avait été offert. À cet égard, il y a lieu de consulter un rapport spécial en date du 14 juin 1990 qui a été préparé pour la Commission nationale des libérations conditionnelles¹.

¹ Activities Since Release

As noted previously, GOUGH was released on Full Parole to the Kingston community on the 26 October 1984 after serving 11 years of a Life Sentence for Non Capital Murder. He was subsequently granted Parole Reduced on the 5 February 1990.

A Special Report dated 28 December 1989 (attached) which was prepared in support of Subject's Parole Reduced application notes in detail Subject's activities since release. To summarize briefly, GOUGH was released to the Kingston area and immediately took up residence with his girlfriend, Moira Duffy. The couple have maintained a common-law relationship over the last 5 years and apparently plan to get married in the near future.

For the last 3 years GOUGH has been attending St-Lawrence College where he is enrolled in a Behavioural Science program. He wrote his last exam for the course on 27 April 1990. At the time of his arrest GOUGH was in the process of completing his final job placement at the Christian Horizon Group Home in Kingston.

The final job placement was to have been completed on the 23 June 1990 at which time GOUGH would have graduated from St. Lawrence College. He was then to have been taken on at the Christian Horizon Group Home as a full-time staff member.

During the summer months when GOUGH was not attending St. Lawrence College he obtained work in the construction field to supplement his income and help pay the family bills.

Neither GOUGH or Miss Duffy have any immediate family in the Kingston area but both have family members in the Maritimes with whom they keep in touch and visit as often as they can. As well, the couple have occasionally travelled to Ottawa to visit Miss Duffy's brother.

File information notes that over the past five years GOUGH's transition through the parole system was fairly smooth with no problems being noted. He has maintained his common-

(Continued on next page)

¹ Activités depuis la libération

Tel qu'il est mentionné plus haut, GOUGH a été remis en liberté dans la région de Kingston selon les conditions d'une ordonnance de libération conditionnelle totale le 26 octobre 1984, après avoir purgé onze années d'une peine d'emprisonnement à vie pour meurtre non qualifié. Le 5 février 1990, il a obtenu une libération conditionnelle mitigée.

Un rapport spécial en date du 28 décembre 1989 (ci-joint) qui a été préparé à l'appui de la demande de libération conditionnelle mitigée du sujet renferme des renseignements détaillés concernant les activités du sujet depuis la libération. En résumé, GOUGH a été remis en liberté dans la région de Kingston et il a immédiatement commencé à habiter avec son amie, Moira Duffy. Le couple avait maintenu une union de fait depuis les cinq dernières années et il avait apparemment l'intention de se marier dans un avenir rapproché.

Au cours des trois dernières années, GOUGH a suivi des cours au St-Lawrence College, où il est inscrit à un programme des sciences du comportement. Il a écrit son dernier examen du cours le 27 avril 1990. Au moment de son arrestation, GOUGH était sur le point de terminer son dernier emploi à la Christian Horizon Group Home, située à Kingston.

Le dernier emploi devait se terminer le 23 juin 1990, date à laquelle GOUGH était censé recevoir son diplôme du St-Lawrence College. Il devait ensuite commencer à travailler à la Christian Horizon Group Home comme employé à temps plein.

Au cours des mois d'été, lorsque GOUGH ne suivait pas de cours au St-Lawrence College, il travaillait dans le domaine de la construction pour gagner un revenu supplémentaire et aider à payer les factures du ménage.

Ni GOUGH ni M^{lle} Duffy n'avaient de proches parents dans la région de Kingston, mais tous deux avaient des parents dans les Maritimes qu'ils allaient voir le plus souvent possible et avec lesquels ils communiquaient fréquemment. En outre, le couple s'est rendu à l'occasion à Ottawa pour aller voir le frère de M^{lle} Duffy.

D'après les renseignements consignés au dossier, au cours des cinq dernières années, la transition de GOUGH par l'entremise du système de libération conditionnelle a été relativement

(Suite à la page suivante)

The complaints which gave rise to the parole suspension proceedings allege that Mr. Gough committed acts of sexual assault, use of illegal drugs and coercion towards a number of adult females. The main issue in this application is whether he was given sufficient information with respect to the nature of those allegations in order to satisfy the requirements of section 7 of the Charter, that is, [*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]], were the rules of fundamental justice complied with? Section 7 provides that:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The law is fairly straight forward. Mr. Cole has referred to *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378 (T.D.); *Tatham v. National Parole Board et al.*, B.C.S.C., April 18, 1990 (not yet reported) No. CC900534 *per* MacDonell J.; *Ross v. Kent Inst.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.); *H. v. R.*, [1986] 2 F.C. 71 (T.D.); and *Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74 (C.A.). It suffices for present purposes to refer to the Federal Court of Appeal decision in *Demaria*, especially pages 76-77. On pages 77-78, Mr. Justice Hugessen wrote:

There is, of course, no doubt that the authorities were entitled to protect confidential sources of information. A penitentiary is not a choir school and, if informers were involved (the record here does not reveal whether they were or not), it is important that they not be put at risk. But even if that were the case it should always be possible to give the substance of the information while protecting the identity of the informant. The burden is always on the authorities to demonstrate that they have withheld only such information as is strictly necessary for that purpose. A blanket claim, such as is made here, that "all preventive security information" is "confidential and (cannot) be released", quite apart from its inherent improbability, (Anyone who has ever seen a so-called "security" file knows

(Continued from previous page)

law relationship with Miss Duffy with the couple being mutually supportive of one another.

Overall, GOUGH's performance was such that he was recommended for, and subsequently granted, Parole Reduced in February 1990.

D'après les plaintes qui ont donné lieu à l'audience sur la suspension de la libération conditionnelle, M. Gough aurait commis des actes d'utilisation de drogues illégales, d'agression sexuelle et de contrainte à l'endroit d'un certain nombre d'adultes de sexe féminin. La principale question à trancher dans la présente demande est celle de savoir si les renseignements que le requérant a obtenus à l'égard de la nature de ces allégations sont suffisants pour permettre de dire que les exigences de l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] c'est-à-dire les principes de justice fondamentale, ont été respectées. Voici le libellé de l'article 7:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La règle de droit est relativement simple. M^e Cole a cité les arrêts *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378 (1^{re} inst.); *Tatham v. National Parole Board et al.*, C.S.C.-B., 18 avril 1990 (encore inédit), numéro CC900534, par le juge MacDonell; *Ross v. Kent Inst.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.); *H. c. R.*, [1986] 2 C.F. 71 (1^{re} inst.); et *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74 (C.A.). Aux fins des présentes, il suffit de se reporter à la décision qu'a rendue la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Demaria*, notamment aux pages 76 et 77. Voici ce qu'a écrit le juge Hugessen aux pages 77 et 78:

Il ne fait naturellement aucun doute que les autorités étaient justifiées de ne pas divulguer des sources de renseignement confidentielles. Un pénitencier n'est pas un établissement pour enfants de chœur et, si certains renseignements provenaient d'indicateurs (le dossier en l'espèce ne permet de tirer aucune conclusion à ce sujet), il est important que ces derniers soient protégés. Mais, même si cela était le cas, il devrait toujours être possible de transmettre l'essentiel des renseignements tout en ne dévoilant pas l'identité de l'indicateur. Il incombe toujours aux autorités d'établir qu'elles n'ont refusé de transmettre que les renseignements dont la non-communication était strictement nécessaire à de telles fins. Outre son caractère invraisemblable (Quiconque a déjà examiné un dossier que l'on dit de "sécurité"

(Suite de la page précédente)

facile et aucun problème n'a été relevé. Il a maintenu son union de fait avec M^{lle} Duffy et tous les deux s'aidaient mutuellement.

Dans l'ensemble, le rendement de GOUGH était tel qu'on a recommandé la libération conditionnelle mitigée pour lui, ce qui lui a été accordé en février 1990.

that a large proportion of the material in it is routine information readily available elsewhere.) is simply too broad to be accepted by a court charged with the duty of protecting the subject's right to fair treatment. In the final analysis, the test must be not whether there exist good grounds for withholding information but rather whether enough information has been revealed to allow the person concerned to answer the case against him. But whichever way it be stated, the test is not met in the present case.

In the present case, there is no doubt that the applicant was not given enough information to enable him to answer the allegations being made against him. I refer in this regard to pages 20-23 of the transcript² of the hearing before the Board and to Mr. Stienburg's affidavit (paragraphs 8-15). The general quality of the information given to the applicant is demonstrated by the following excerpts:

² Okay. A number of C.I.R.'s have been submitted, and I'm going to go through them as fully as I can, one by one, to give your assistant and yourself and Moira an understanding of what we have received.

The first one, the C.I.R. that was completed April the 10th, 1990, by the Correctional Service of Canada Parole, contains information from a community source regarding a sexual assault by the offender, that's you, in November of 1989.

The C.I.R. refers to the use of drugs, and that the victim was finally able to defend herself with a knife. The same C.I.R. reports a second incident of sexual assault in the fall of 1989, against a second victim.

The second C.I.R. is dated May the 8th by the Correctional Service of Canada Parole. It refers to an attempted sexual assault in August of 1989 and it indicates that you were under the influence of drugs and/or alcohol. The C.I.R. also states that you entered the victim's dwelling on or about April the 24th of 1990, and that you were forced to leave by a third party.

A third C.I.R. dated May the 8th, 1990, again offered by the Correctional Service of Canada, refers to information stating that one of the victims had been assaulted on four occasions. The first incident occurred in the offender's residence, and the remaining incidents in the victim's home. The offenses took place between November of 1989 and January of 1990.

C.I.R. dated May the 14th, 1990, again offered by C.S.C. Parole, is really just a follow up to the earlier C.I.R. dated May the 8th, and it provides information regarding the offender's use of travel authorities. One victim pointed out that you would plan trips to Ottawa but would cancel out at the last minute.

(Continued on next page)

sait qu'une grande partie des documents qui s'y trouvent contiennent des renseignements courants pouvant facilement être obtenus ailleurs.), une affirmation générale, comme celle en l'espèce, voulant que [TRADUCTION] «tous les renseignements concernant la sécurité préventive» soient «confidentiels et (ne puissent) être communiqués», est tout simplement trop large pour être acceptée par un tribunal chargé de protéger le droit d'une personne à un traitement équitable. En dernière analyse, il s'agit de déterminer non pas s'il existe des motifs valables pour refuser de communiquer ces renseignements mais plutôt si les renseignements communiqués suffisent à permettre à la personne concernée de réfuter la preuve présentée contre elle. Mais quelle que soit la façon dont ce critère est énoncé, on n'y a pas satisfait en l'espèce.

Dans le présent litige, il est évident que le requérant n'a pas obtenu suffisamment de renseignements pour lui permettre de répondre aux allégations formulées contre lui. Je me reporte à cet égard aux pages 20 à 23 de la transcription² de l'audience tenue devant la Commission et à l'affidavit de M. Stienburg (paragraphes 8 à 15). La qualité générale des renseignements donnés au requérant est démontrée par les extraits suivants:

² [TRADUCTION] D'accord, un certain nombre de R.R.C. ont été présentés et je vais résumer chacun d'eux de la façon la plus complète possible, afin de permettre à votre adjoint et à Moira et vous-même de comprendre ce que nous avons reçu.

Le premier, le R.R.C. qui a été terminé le 10 avril 1990 par le Service correctionnel du Canada, renferme des renseignements d'une source communautaire au sujet d'une agression sexuelle que le contrevenant, c'est-à-dire vous, aurait commise en novembre 1989.

Dans le R.R.C., on fait allusion à l'utilisation de drogues et au fait que la victime a finalement pu se défendre avec un couteau. Le même R.R.C. fait état d'un autre incident d'agression sexuelle survenu à l'automne 1989 à l'endroit d'une autre victime.

Le deuxième R.R.C., qui est en date du 8 mai, a été soumis par le Service correctionnel du Canada. Il fait état d'une tentative d'agression sexuelle survenue en mai 1989 et indique que vous étiez sous l'influence de drogues ou d'alcool. D'après le R.R.C., vous êtes entré dans la demeure de la victime vers le 24 avril 1990 et une tierce personne vous a forcé à quitter les lieux.

Un troisième R.R.C. en date du 8 mai 1990 qui a été présenté lui aussi par le Service correctionnel du Canada renferme des renseignements indiquant que l'une des victimes a été agressée quatre fois. Le premier incident est survenu dans la demeure du contrevenant et les autres, dans la demeure de la victime. Les infractions ont été commises entre novembre 1989 et janvier 1990.

Le R.R.C. en date du 14 mai 1990 qui a été remis par le S.C.S. n'est qu'un suivi du R.R.C. du 8 mai et contient des renseignements concernant l'utilisation d'autorisations de déplacement par le contrevenant. Une victime a souligné que vous aviez l'habitude de planifier des déplacements à Ottawa et

(Suite à la page suivante)

... information from a community source regarding a sexual assault [sometime] in November 1989 ... the use of drugs ... the victim was finally able to defend herself with a knife ... a second incident of sexual assault in the fall of 1989 against a second victim

... a sexual assault in August 1989 ... the applicant was under the influence of drugs and/or alcohol ... the Applicant entered the victim's dwelling on or about April 24, 1990 and ... was forced to leave by a third party ... there may even have been a fight ... [Underlining added.]

(Continued from previous page)

This type of behaviour would usually precede one of the assaults.

The C.I.R. clearly indicates that you did plan a trip to Ottawa for the weekend of July 22nd, 23rd, 1989, and you did cancel that trip on July the 20th, 1989, and that has been confirmed in activity reports kept by the Parole Supervisor.

On July 20th, 1989, the activity report emphasizes that you were very indecisive as to the reasons for cancelling the travel permission, that you stated initially that it was for a dental appointment, and then indicated that it was related to employment. Later information revealed that that weekend is very possibly the date of one of the sexual assaults.

C.I.R. dated May the 14th, 1990, by the Correctional Service of Canada, contains information from a third party which very clearly indicated an awareness that a friend had been sexually assaulted during the summer of 1989, and that you had visited the victim's residence apartment, again in April of 1990, approximately the 24th of April, 1990. The C.I.R. refers to an incident at the residence at that time.

A C.I.R. dated the 18th of May, 1990, by the Correctional Service of Canada, contains references to an incident in December of 1989, in which you introduced the victim to cocaine, for which you were paid \$60. C.I.R. dated 14th of June by a senior social worker, refers to the impact of the sexual assaults and confirms that the behaviour was initially reported in December the 7th, 1989.

The C.I.R. provides a description of the seriousness of the assault, as far as the consequences for the victim was concerned. The report also provides the rationale for the failure to report the incidents earlier.

Finally, C.I.R. dated June the 18th, 1990, by a community social worker, and that C.I.R. indicates more precisely when one of the sexual assaults occurred, and it has been arrived at that it occurred between July the 5th, 1989 and August the 2nd, 1989, and that reports also continued to describe the distraught condition of one of the alleged victims.

That is the substance of the confidential information that has been received by the Board and on which we are conducting this hearing today. Did you wish to make any comments at this point regarding those C.I.R.'s?

MR. GOUGH: I've never assaulted anybody in my life, never. Never at any time. I'm forty years old. I'm going to be forty years old in February.

[TRADUCTION] ... renseignements d'une source communautaire concernant une agression sexuelle survenue (quelque temps) en novembre 1989 ... utilisation de drogues ... la victime a finalement pu se défendre à l'aide d'un couteau ... un deuxième incident d'agression sexuelle survenu à l'automne de 1989 à l'endroit d'une autre victime.

a ... une agression sexuelle survenue en août 1989 ... le requérant était sous l'influence de drogues ou d'alcool ... le requérant est entré dans la demeure de la victime vers le 24 avril 1990 et il a été forcé de quitter les lieux par une tierce personne ... il y a peut-être même eu une querelle. [C'est moi qui souligne.]

(Suite de la page précédente)

que vous les annuliez à la dernière minute. Ce genre de comportement précédait habituellement une agression.

Le R.R.C. indique clairement que vous avez planifié un voyage à Ottawa pour la fin de semaine des 22 et 23 juillet 1989 et que vous avez annulé ce voyage le 20 juillet 1989, ce qui a été confirmé dans les rapports d'activité tenus par l'agent de liberté conditionnelle.

Il appert du rapport d'activité que, le 20 juillet 1989, vous avez été imprécis au sujet des raisons pour lesquelles vous annuliez l'autorisation de déplacement; vous avez commencé par dire que vous aviez un rendez-vous chez le dentiste et, subséquemment, vous avez dit que c'était une cause liée au travail. Les renseignements obtenus plus tard ont révélé qu'il est très possible que l'une des agressions sexuelles ait été commise au cours de cette fin de semaine-là.

Le R.R.C. préparé par le Service correctionnel du Canada en date du 14 mai 1990 renferme des renseignements d'un tiers qui indiquent très clairement que vous saviez qu'une amie avait été victime d'une agression sexuelle au cours de l'été de 1989, que vous êtes allé voir la victime à son appartement et que vous y êtes retourné en avril 1990, vers le 24 avril. Le R.R.C. fait état d'un incident qui est alors survenu à l'appartement.

D'après le R.R.C. du Service correctionnel du Canada en date du 18 mai 1990, en décembre 1989, vous auriez incité la victime à consommer de la cocaïne, pour laquelle vous auriez payé une somme de 60 \$. Dans le R.R.C. en date du 14 juin qui a été préparé par un travailleur social principal, il est fait mention des répercussions des agressions sexuelles et il est confirmé que le comportement a été signalé pour la première fois le 7 décembre 1989.

Le R.R.C. renferme une description de la gravité de l'agression ainsi que des conséquences pour la victime concernée. On explique également dans le rapport pourquoi les incidents n'ont pas été signalés plus tôt.

Enfin, le R.R.C. en date du 18 juin 1990 qui a été préparé par un travailleur social indique de façon plus précise la date à laquelle une des agressions sexuelles a été commise, l'incident en question étant survenu entre le 5 juillet 1989 et le 2 août de la même année, d'après la conclusion à laquelle on en était venu. Le rapport renferme également une description de l'état de détresse de l'une des victimes.

C'est là la teneur des renseignements confidentiels que la Commission a obtenus et sur la foi desquels nous tenons cette audience aujourd'hui. Voulez-vous faire des commentaires à ce moment-ci au sujet de ces R.R.C.?

M. GOUGH: Je n'ai jamais agressé qui que ce soit dans ma vie, jamais. J'ai quarante ans, j'ai quarante ans en février.

It is abundantly clear that both the common law principles of natural justice, which require a person to know the case against him, and the section 7 Charter requirements of fundamental justice have not been met.

Counsel for the respondent argues that in so far as common law principles are concerned these have been statutorily altered by subsection 17(5) of the *Parole Regulations* [C.R.C., c. 1249 (as am. by SOR/86-817, s. 4)] which allows the Parole Board to make decisions on the basis of information not disclosed to the applicant where such disclosure would among other things

17. (5) ...

(a) ... reasonably be expected to threaten the safety of individuals;

(e) ... reasonably be expected to be injurious to the conduct of ... reviews pursuant to the Act ... including any such information that would reveal the source of information obtained in confidence.

In this case, the Board relies on that provision. I refer, in this regard, to Mr. Stienburg's affidavit, paragraphs 16, 25 and 26.³

³ 16. That further to paragraphs 3 and 5 to 15 inclusive hereof, the Panel considered that under all the circumstances of the case the Panel could not properly give more information than that mentioned aforesaid, and that as much of the substance of the allegations, with as much detail as possible, was given to the Applicants. To have given more details could, in the Panel's opinion, reasonably be expected to threaten the safety of individuals, and could also reasonably be expected to be injurious to he [sic] conduct of lawful investigations or the conduct of reviews pursuant to the Parole Act or the Regulations inasmuch as the substance of the allegations had been obtained from sources which gave the information to the agencies involved in the post-suspension hearing in confidence and that to give more information than that mentioned herein would be to reveal the source of that information obtained in confidence.

25. That the Panel was deeply conscious of the impact of not disclosing the information in the Confidential Information Reports to the Applicant, especially in light of the serious consequences for the Applicant if parole were revoked in his case. It was for those reasons that the Panel gave as much detail as was possible under all of the circumstances, giving as much particularly as to dates, places, and times of the alleged

(Continued on next page)

De toute évidence, tant les principes de justice naturelle reconnus en common law, selon lesquels une personne doit savoir ce qu'on lui reproche, que les exigences énoncées à l'article 7 de la Charte en ce qui a trait à la justice fondamentale n'ont pas été respectés.

L'avocat de l'intimée soutient que, en ce qui a trait aux principes reconnus en common law, ceux-ci ont été modifiés par le paragraphe 17(5) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* [C.R.C., chap. 1249 (mod. par DORS/86-817, art. 4)], qui permet à la Commission nationale des libérations conditionnelles de prendre des décisions sur la foi de renseignements qui n'ont pas été divulgués au requérant, lorsque cette divulgation, entre autres choses,

17. (5) ...

a) risquerait vraisemblablement de mettre en danger la sécurité d'une personne;

e) risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement ... ou d'examens faits en vertu de la Loi ... notamment des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements obtenus de façon confidentielle.

En l'espèce, la Commission invoque cette disposition. À cet égard, je cite les paragraphes 16, 25 et 26 de l'affidavit de M. Stienburg³.

³ 16. Que, suivant les paragraphes 3 et 5 à 15 inclusivement des présentes, le Comité a jugé que, compte tenu de toutes les circonstances de la cause, il ne pouvait pas vraiment donner plus de renseignements que les renseignements susmentionnés et que le requérant a obtenu le plus de renseignements possibles au sujet du fond des allégations et le plus de détails possibles. De l'avis du Comité, la divulgation de renseignements plus détaillés risquait vraisemblablement de nuire à la sécurité de certaines personnes et de nuire au déroulement des enquêtes licites ou des examens faits en vertu de la Loi sur les libérations conditionnelles ou du Règlement, étant donné que les renseignements sur le fond des allégations avaient été obtenus de sources qui ont communiqué à titre confidentiel lesdits renseignements aux organismes qui ont participé à l'audience post-suspension et que la communication de renseignements plus détaillés que les renseignements mentionnés aux présentes aurait permis de remonter à la source de ces données qui ont été obtenues de façon confidentielle.

25. Que le Comité était pleinement conscient des conséquences de la non-divulgation au requérant des renseignements contenus dans les rapports de renseignements confidentiels, notamment des conséquences graves pouvant découler de la révocation de la libération conditionnelle pour le requérant. C'est pour ces raisons que le Comité a donné le plus de détails possibles, compte tenu de toutes les circonstances, et qu'il a donné le plus

(Suite à la page suivante)

Subsection 17(5) does not of course control the applicant's Charter rights—it is the other way around. Having found that section 7 of the Charter was not complied with, one, then, has to ask whether the non-compliance can be justified pursuant to section 1 of the Charter, as a “reasonable limit prescribed by law . . . demonstrably justified in a free and democratic society.”⁴ I have no doubt that a process which allows an individual, in the position of the applicant, to be deprived of his liberty, on the basis of allegations which it is impossible for him to answer because he is not given enough detail with respect thereto, and in which, the withholding of that information is not subject to review by any court or other body independent of the Board, cannot be said to be “a reasonable limit”.

Counsel for the applicant argues that a blanket assertion that disclosure could “reasonably be expected to threaten the safety of individuals” and could also “reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations” is not sufficient. It is argued that some more case specific explanation,⁵ either appearing from the record and related documentation, or demonstrated by affidavit material filed in the present application, is required to meet the burden imposed by section 1 of the Charter. The mere assertion by Mr.

(Continued from previous page)

assaults as the Panel could without, in the nature of the case, betraying the sources of the said information.

26. That from the nature of the information and the sources of information in the said Confidential Information Reports and the circumstances under which the said information was gathered the Panel saw no other way of putting the Applicant in a better position to meet the case raised against him other than by giving him the information at the said hearing, and giving him as much information as all the circumstances would allow.

⁴ 1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

⁵ Reference was made to *People v. Thurman*, 787 P.2d 646 (Colo., 1990) for an example of the concept “case specific”.

Le paragraphe 17(5) ne restreint évidemment pas les droits du requérant qui sont reconnus par la Charte; c'est plutôt l'inverse. Après avoir déclaré que l'article 7 de la Charte n'est pas respecté, on doit donc se demander si le non-respect peut se justifier, conformément à l'article 1 de la Charte, comme étant une règle de droit «dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»⁴. À mon avis, une procédure à la suite de laquelle une personne se trouvant dans la position du requérant est privée de sa liberté, sur la foi d'allégations que cette personne ne peut réfuter parce qu'elle n'a pas obtenu suffisamment de détails s'y rapportant, et dans le cadre de laquelle la non-divulgence de ces renseignements n'est pas assujettie à l'examen d'un tribunal ou d'un autre organisme indépendant de la Commission ne peut manifestement pas être considérée comme «une limite raisonnable».

L'avocat du requérant soutient qu'une allégation générale selon laquelle la divulgation [TRADUCTION] «risquerait vraisemblablement de mettre en danger la sécurité d'une personne et de nuire au déroulement d'enquêtes licites» n'est pas suffisante. Il allègue qu'une explication portant plus précisément sur le cas⁵, qu'elle soit tirée du dossier et des documents connexes ou d'un affidavit déposé dans la présente demande, est requise aux fins du fardeau imposé par l'article 1 de la Charte. La simple allégation de M. Stienburg selon

(Suite de la page précédente)

de précisions possibles au sujet des dates, des endroits et des heures des agressions reprochées sans révéler les sources desdits renseignements.

26. Que, compte tenu de la nature des renseignements et des sources des renseignements contenus dans lesdits rapports de renseignements confidentiels ainsi que des circonstances dans lesquelles lesdits renseignements ont été obtenus, le Comité ne voyait pas d'autre façon de permettre au requérant de répondre aux allégations qui lui étaient reprochées, si ce n'est en lui communiquant les renseignements au cours de ladite audience et en lui donnant le plus de renseignements possibles, compte tenu des circonstances.

⁴ 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

⁵ L'arrêt *People v. Thurman*, 787 P.2d 646 (Colo., 1990) a été cité à titre d'exemple du concept d'une «explication portant précisément sur le cas».

Stienburg that the requirements of subsection 17(5) of the Regulations have been met does not meet the burden of proof.

At the very least, it is argued that, the Court should review the confidential documents in an *in camera* hearing for the purpose of ascertaining the validity of the Board's assertion (when that assertion is of the blanket nature which exists in this case and there is no obvious or specific explanation which appears from the record or from other material). A review by the Court would, it is argued, give the applicant at least some assurance that the Board's judgment was not spurious or arbitrary (if it was not) but has a reasonable foundation (if it has).

Counsel for the respondent argues, on the basis of the decision of Mr. Justice Pinard in *Pulice v. National Parole Board* (1990), 34 F.T.R. 318 (F.C.T.D.), and the decisions cited therein, that there is no jurisdiction in this Court to require that the confidential information be brought before the Court as part of the application for *certiorari* and *mandamus*. It is argued that that information is not under review because it is not part of the record. I have reviewed those decisions and I make no determination as to whether the confidential information in question (the "CIR's") forms part of the record. I do not think it is necessary to do so. I might say, that, I certainly do not need them to ascertain whether there has been a breach of the section 7 guarantee of fundamental justice. The filing with the Court of the confidential reports is not relevant to the issue of whether there has been a lack of fundamental justice and therefore a breach of section 7. The documents are relevant to an independent review of the subsection 17(5) assertion and as to whether the respondent can demonstrate a section 1 justification.

I do not need to decide whether the reports in question form part of the record to enable this Court to call for the filing of the confidential documents because in my view subsection 24(1) of

laquelle les exigences du paragraphe 17(5) du Règlement ont été respectées n'a pas pour effet de décharger l'intimée du fardeau de la preuve.

^a On soutient que, à tout le moins, la Cour devrait examiner les documents confidentiels au cours d'une audience à huis clos pour déterminer la validité de l'allégation de la Commission (lorsque cette allégation est générale, comme c'est le cas en l'espèce, et qu'il n'y a aucune explication évidente ou précise qui appert du dossier ou d'autres documents). Un examen par la Cour donnerait au requérant, à tout le moins, une certaine assurance du fait que le jugement de la Commission n'était pas fallacieux ou arbitraire (le cas échéant), mais qu'il reposait plutôt sur un fondement raisonnable (le cas échéant).

^d Pour sa part, l'avocat de l'intimée invoque la décision du juge Pinard dans l'arrêt *Pulice c. Commission nationale des libérations conditionnelles* (1990), 34 F.T.R. 318 (C.F. 1^{re} inst.) et les décisions qui y sont citées pour dire que la Cour n'a pas la compétence voulue pour exiger que les renseignements confidentiels soient présentés à la Cour dans le cadre de la demande de *certiorari* et de *mandamus*. Il soutient que les renseignements ne peuvent faire l'objet d'un examen, parce qu'ils ne font pas partie du dossier. J'ai examiné ces arrêts et je ne rends aucune décision sur la question de savoir si les renseignements confidentiels visés (les «RRC») font partie du dossier. Je ne crois pas que ce soit nécessaire. Je pourrais dire que je n'en ai certainement pas besoin pour déterminer s'il y a eu violation des principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'article 7. Le dépôt auprès de la Cour des rapports confidentiels n'est pas pertinent à la question de savoir si les principes de justice fondamentale et, par conséquent, l'article 7, ont été violés. Les documents sont pertinents à l'examen indépendant de l'allégation fondée sur le paragraphe 17(5) et de la question de savoir si l'intimée peut démontrer une justification fondée sur l'article 1.

Il n'est pas nécessaire que je détermine si les rapports en question font partie du dossier pour que notre Cour soit en mesure d'exiger le dépôt des documents confidentiels, car, à mon avis, le para-

the Charter⁶ can be relied upon. Subsection 24(1) enables a court, seized of a case in which a violation of a Charter right has been found, to give the applicant “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.”

In the present case, the normal consequence of finding a breach of natural justice would be to quash the Board’s decision and require it to rehear the matter but only on the condition that sufficient detail, from the confidential information concerning the alleged sexual assaults, is released to the applicant to allow him to intelligently respond to the allegations made against him. To quash an order of the Parole Board, in a situation such as the present, is not something which should be lightly undertaken.

In the circumstances, I think the appropriate and just remedy is that which Mr. Cole suggests: an *in camera* hearing at which the Parole Board is given the opportunity to substantiate its reasons, for refusing to disclose, with more specificity. In that way the applicant’s interests, can be protected—in that some assurance will be given to him that the Board’s decision is not arbitrary—while at the same time the Board’s interests, in not having to disclose information which it alleges would reasonably result in danger to the safety of individuals or prejudice the conduct of investigations, will be met (if the assertion that disclosure would reasonably result in those consequences is established). If the Board prefers, instead, that I enter an order quashing its decision and ordering a rehearing only on condition that further information be supplied to the applicant, I am prepared to do so. The applicant shall have his costs of this application.

⁶ 24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

graphe 24(1) de la Charte⁶ peut être invoqué. Le paragraphe 24(1) permet à un tribunal saisi d’un cas où une violation d’un droit garanti par la Charte a été reconnue d’accorder au requérant «la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances».

Dans la présente cause, si l’on décidait qu’il y a eu violation des principes de justice naturelle, il serait normal d’annuler la décision de la Commission et d’exiger que celle-ci entende à nouveau le cas, mais seulement à la condition que des renseignements suffisamment détaillés tirés des renseignements confidentiels concernant les agressions sexuelles reprochées soient communiqués au requérant pour lui permettre de répondre intelligemment aux allégations formulées contre lui. L’annulation d’une ordonnance de la Commission nationale des libérations conditionnelles dans une situation semblable à celle qui prévaut en l’espèce n’est pas une mesure qui doit être prise à la légèreté.

Dans les circonstances, j’estime que la réparation juste et appropriée est celle que M^e Cole propose, soit une audience à huis clos au cours de laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles aura la possibilité d’établir avec plus de précision les motifs qu’elle a invoqués pour refuser de révéler les renseignements en question. De cette façon, les intérêts du requérant pourront être protégés et celui-ci aura une certaine assurance du fait que la décision de la Commission n’est pas arbitraire. Cette façon de procéder permettra également de protéger les intérêts de la Commission, qui ne veut pas être tenue de divulguer des renseignements qui, selon elle, pourraient mettre en danger la sécurité des personnes ou entraver le déroulement des enquêtes (si l’allégation selon laquelle la divulgation entraînerait raisonnablement ces conséquences est établie). Si la Commission préfère plutôt que je rende une ordonnance ayant pour effet d’annuler sa décision et de lui enjoindre de tenir une nouvelle audience à la condition que d’autres renseignements soient fournis au requérant, je suis prête à le faire. Le requérant a droit à ses dépens dans la présente demande.

⁶ 24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente Charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

A-827-90

A-827-90

National Parole Board (Appellant) (Respondent)**Commission nationale des libérations conditionnelles (appelante) (intimée)**

v.

^a c.**Brian Gough (Respondent) (Applicant)****Brian Gough (intimé) (requérant)**

INDEXED AS: GOUGH v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: GOUGH c. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, Hugessen and Desjardins JJ.A.—Ottawa, October 19 and 29, 1990.

Cour d'appel, juges Mahoney, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 19 et 29 octobre 1990.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Trial Judge holding non-disclosure of details of complaints giving rise to revocation of parole violation of parolee's constitutional rights — Relying on Charter, s. 24(1), ordering Parole Board to produce evidence to justify infringement — Appeal allowed — Trial Judge misconceiving Court's responsibility — Board responsible for revocation of parole and justification of decision in context of parolee's constitutional rights — Court's duty to enforce parolee's constitutional rights if decision, when challenged, not justified — As order made by Trial Judge not remedy granted to aggrieved party, not authorized by Charter, s. 24(1) — Matter referred back to Trial Judge for resumption of hearing.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Le juge de première instance a statué que la non-divulgence des détails sur les plaintes qui avaient donné lieu à la révocation de la libération conditionnelle violait les droits constitutionnels du libéré conditionnel — S'appuyant sur l'art. 24(1) de la Charte, il a ordonné à la Commission des libérations conditionnelles de produire des éléments de preuve pour justifier cette violation — Appel accueilli — Le juge de première instance a mal interprété la responsabilité de la Cour — Il incombe à la Commission de révoquer la libération conditionnelle et de justifier cette décision dans le contexte des droits constitutionnels du libéré conditionnel — Il appartient à la Cour de faire respecter les droits constitutionnels du libéré conditionnel si la décision, lorsqu'il y a contestation, n'est pas justifiée — Comme l'ordonnance rendue par le juge de première instance n'est pas une réparation pour la partie lésée, cette réparation n'est pas autorisée par l'art. 24(1) de la Charte — L'affaire est renvoyée au juge de première instance pour que l'audience soit reprise.

Parole — Trial Judge holding non-disclosure of details of complaints giving rise to parole revocation violation of constitutional rights — Ordering National Parole Board to produce confidential information to justify non-disclosure — Order misconceiving roles of Board, Court — Board's duties to remove parolee from street, justify decision — Charter, s. 24(1) limiting Court to granting remedies to aggrieved party — Application referred back to Trial Judge for resumption of hearing.

Libération conditionnelle — Le juge de première instance a statué que la non-divulgence des détails sur les plaintes qui avaient donné lieu à la révocation de la libération conditionnelle violait des droits constitutionnels — Il a ordonné à la Commission nationale des libérations conditionnelles de produire des renseignements confidentiels pour justifier la non-divulgence — Cette ordonnance a mal interprété les rôles de la Commission et de la Cour — Il incombe à la Commission de suspendre la liberté du libéré conditionnel et de justifier cette décision — En vertu de l'art. 24(1) de la Charte, la Cour doit accorder des réparations à la partie lésée — La demande est renvoyée au juge de première instance pour la reprise de l'audience.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 24(1).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(iii).

Parole Regulations, C.R.C., c. 1249, s. 17(5)(a) (as am. by SOR/86-817, s. 4), (e) (as am. idem).

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 24(1).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52(b)(iii).

Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, C.R.C., chap. 1249, art. 17(5)a) (mod. par DORS/86-817, art. 4), e) (mod. idem).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REVERSED:

Gough v. Canada (National Parole Board), [1991] 1 F.C. 160 (T.D.).

COUNSEL:

Geoffrey Lester for appellant (respondent).
Elizabeth Thomas for respondent (applicant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (respondent).
David P. Cole, Toronto, for respondent (applicant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: This appeal is taken from an order of the Trial Division [[1991] 1 F.C. 160] which, on an application for *certiorari*, *mandamus*, and prohibition, ordered that confidential information considered by the appellant, hereinafter "the Board", at a hearing which cancelled the respondent's parole, be produced and disclosed to the respondent's counsel and be subject of an *in camera* hearing "for the purpose of enabling the respondent to present specific evidence and/or argument as to why non-disclosure of the information in question is justified". The relevant facts, as set out in the oral reasons of the learned Trial Judge, follow [at pages 162-163]:

The applicant had his parole cancelled by reason of a decision of the Parole Board dated June 21, 1990. Prior to that time he had been on parole for 5½ years. This parole status was a result of his having been convicted of non-capital murder in 1973. He served 11 years of a life sentence, before being released on parole in 1984.

The parole suspension arose as a result of complaints made to the Correctional Service Office on May 2 and 3, 1990. As a result of those complaints and after an investigation relating thereto, a warrant was issued for the applicant's arrest. This was executed on May 11, 1990. At the time of the applicant's arrest, he had established a good work record, a stable relationship with his girlfriend, was about to graduate from community college and had full-time employment available.

JURISPRUDENCE

DÉCISION INFIRMÉE:

Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles), [1991] 1 C.F. 160 (1^{re} inst.).

AVOCATS:

Geoffrey Lester pour l'appelante (intimée).
Elizabeth Thomas pour l'intimé (requérant).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (intimée).
David P. Cole, Toronto, pour l'intimé (requérant).

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Appel est interjeté d'une ordonnance de la Section de première instance [[1991] 1 C.F. 160] qui, à l'occasion d'une requête en brefs de *certiorari*, de *mandamus* et de prohibition, a ordonné que les renseignements confidentiels examinés par l'appelante, ci-après appelée «la Commission», à une audience qui a annulé la libération conditionnelle de l'intimé, soient produits et divulgués à l'avocate de l'intimé et fassent l'objet d'une audience à huis clos «afin de permettre à l'intimée de présenter des éléments de preuve ou des arguments précis indiquant pourquoi la non-divulgarion des renseignements en question est justifiée». Voici les faits pertinents exposés dans les motifs oraux du juge de première instance [aux pages 162 et 163]:

Dans une décision en date du 21 juin 1990, la Commission des libérations conditionnelles a annulé la libération conditionnelle du requérant, qui était en vigueur depuis cinq ans et demi. Le requérant avait obtenu sa libération conditionnelle en 1984, après avoir purgé onze années d'une peine d'emprisonnement à vie qui lui a été imposée lorsqu'il a été reconnu coupable de meurtre non qualifié en 1973.

La libération conditionnelle a été suspendue à la suite de plaintes formulées auprès du Bureau du Service correctionnel les 2 et 3 mai 1990. À la suite de ces plaintes et d'une enquête s'y rapportant, un mandat d'arrestation a été délivré à l'endroit du requérant et exécuté le 11 mai 1990. Au moment de son arrestation, le requérant avait établi un bon dossier de travail; il avait une relation stable avec son amie, il était sur le point d'obtenir son diplôme du collège communautaire et un emploi à temps plein lui avait été offert.

The complaints which gave rise to the parole suspension proceedings allege that Mr. Gough committed acts of sexual assault, use of illegal drugs and coercion towards a number of adult females.

The essence of the evidence was that the respondent had been an exemplary parolee during his 5½ years of supervised freedom and that no charges had been laid or were proposed in respect of the alleged incidents.

The learned Trial Judge found that both common law principles of natural justice, which require a person to know the case against him, and the rights guaranteed the respondent by 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]]¹, had not been met. That finding is not contested for purposes of this appeal. She also found that paragraphs 17(5)(a) and (e) of the *Parole Regulations* [C.R.C., c. 1249 (as am. by SOR/86-817, s. 4)]² relied on by the Board, did not provide a section 1 justification for the denial of the section 7 rights.

The learned Trial Judge found it unnecessary to determine whether the confidential information was part of the record, stating [at page 169]:

The filing with the Court of the confidential reports is not relevant to the issue of whether there has been a lack of fundamental justice and therefore a breach of section 7. The documents are relevant to an independent review of the subsec-

D'après les plaintes qui ont donné lieu à l'audience sur la suspension de la libération conditionnelle, M. Gough aurait commis des actes d'utilisation de drogues illégales, d'agression sexuelle et de contrainte à l'endroit d'un certain nombre d'adultes de sexe féminin.

^a Il ressort essentiellement de la preuve que l'intimé avait été un libéré conditionnel exemplaire pendant ses cinq années et demie de liberté surveillée, et qu'aucune accusation n'avait été portée ni proposée à l'égard des incidents allégués.

^c Le juge de première instance a décidé que tant les principes de justice naturelle reconnus en common law, selon lesquels une personne doit savoir ce qu'on lui reproche, que les droits garantis à l'intimé par 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]¹ n'avaient pas été respectés. Cette décision n'est pas contestée aux fins du présent appel. Elle a également constaté que les alinéas 17(5)(a) et (e) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* [C.R.C., chap. 1249 (mod. par DORS/86-817, art. 4)]², invoqués par la Commission, ne prévoyaient pas une justification fondée sur l'article premier pour le refus des droits prévus à l'article 7.

^f Le juge de première instance a jugé inutile de déterminer si les renseignements confidentiels faisaient partie du dossier, disant ceci [à la page 169]:

^g Le dépôt auprès de la Cour des rapports confidentiels n'est pas pertinent à la question de savoir si les principes de justice fondamentale et, par conséquent, l'article 7, ont été violés. Les documents sont pertinents à l'examen indépendant de l'alléga-

¹ 7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

² 17. ...

(5) The Board is not required to supply information that, in its opinion, should not be disclosed on grounds of public interest, including information the disclosure of which

(a) could reasonably be expected to threaten the safety of individuals;

(e) could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations or the conduct of reviews pursuant to the Act or these Regulations, including any such information that would reveal the source of information obtained in confidence.

¹ 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

² 17. ...

(5) La Commission n'est pas tenue de communiquer tout renseignement prévu au paragraphe (1) dont la divulgation, de l'avis de la Commission, nuirait à l'intérêt public et, entre autres, les renseignements dont la divulgation

(a) risquerait vraisemblablement de mettre en danger la sécurité d'une personne:

(e) risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites ou d'examen faits en vertu de la Loi ou du présent règlement, notamment des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements obtenus de façon confidentielle.

tion 17(5) assertion and to whether the respondent can demonstrate a section 1 justification.

The respondent expressly declined to argue that the confidential documents are part of the record. That concession makes unnecessary our dealing with that question.

In concluding her reasons, the Trial Judge said [at page 170]:

In the circumstances, I think the appropriate and just remedy is that which Mr. Cole [applicant's counsel] suggests: an *in camera* hearing at which the Parole Board is given the opportunity to substantiate its reasons, for refusing to disclose, with more specificity. In that way the applicant's interests can be protected—in that some assurance will be given to him that the Board's decision is not arbitrary—while at the same time the Board's interests, in not having to disclose information which it alleges would reasonably result in danger to the safety of individuals or prejudice the conduct of investigations, will be met (if the assertion that disclosure would reasonably result in those consequences is established). If the Board prefers, instead, that I enter an order quashing its decision and ordering a rehearing only on condition that further information be supplied to the applicant, I am prepared to do so.

It appears that the Board either misunderstood the option offered by the Trial Judge or, on reflection, reconsidered the wisdom of its election. Be that as it may, the Board's position before us was that, while it might be prepared to make the information available to the particular counsel, it could not live with the order as a precedent.

In making the order, the learned Trial Judge relied on subsection 24(1) of the Charter³ and the Board now asks for whose benefit is an order requiring it to make out a section 1 justification in a manner that it does not wish to make it out? Neither party questions that the learned Trial Judge had the discretion to adjourn the hearing to permit the Board to add to the evidence in support of its section 1 justification but the Board says that

³ 24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

tion fondée sur le paragraphe 17(5) et de la question de savoir si l'intimée peut démontrer une justification fondée sur l'article 1.

L'intimé a expressément refusé de prétendre que les documents confidentiels font partie du dossier. Cette concession fait qu'il est inutile pour la Cour de trancher la question.

En concluant ses motifs, le juge de première instance s'est prononcé en ces termes [à la page 170]:

Dans les circonstances, j'estime que la réparation juste et appropriée est celle que M^e Cole [avocat du requérant] propose, soit une audience à huis clos au cours de laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles aura la possibilité d'établir avec plus de précision les motifs qu'elle a invoqués pour refuser de révéler les renseignements en question. De cette façon, les intérêts du requérant pourront être protégés et celui-ci aura une certaine assurance du fait que la décision de la Commission n'est pas arbitraire. Cette façon de procéder permettra également de protéger les intérêts de la Commission, qui ne veut pas être tenue de divulguer des renseignements qui, selon elle, pourraient mettre en danger la sécurité des personnes ou entraver le déroulement des enquêtes (si l'allégation selon laquelle la divulgation entraînerait raisonnablement ces conséquences est établie). Si la Commission préfère plutôt que je rende une ordonnance ayant pour effet d'annuler sa décision et de lui enjoindre de tenir une nouvelle audience à la condition que d'autres renseignements soient fournis au requérant, je suis prête à le faire.

La Commission a, semble-t-il, ou bien mal compris l'option offerte par le juge de première instance ou bien, à la réflexion, a réexaminé la sagesse de son choix. Qu'il en soit peut-être ainsi, la Commission prétend devant la Cour que, bien qu'elle soit disposée à mettre les renseignements à la disposition de l'avocat en cause, elle ne pourrait s'accommoder de l'ordonnance en tant que précédent.

En rendant l'ordonnance, le juge de première instance s'est fondé sur le paragraphe 24(1) de la Charte³, et la Commission demande maintenant dans l'intérêt de qui est rendue une ordonnance lui enjoignant de démontrer une justification fondée sur l'article premier de la manière dont elle ne désire pas le faire. Ni l'une ni l'autre partie ne met en doute le fait que le juge de première instance avait le pouvoir discrétionnaire d'ajourner l'au-

³ 24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

she has no power to coerce it, against its will, to produce particular evidence in support of that justification. It argues that the Court's function is to decide whether a section 1 justification has been made out, not to compel a party to produce the evidence which the Court considers may be necessary to make it out.

I sympathize with the learned Trial Judge not wishing to take the responsibility for putting a parolee back on the street when she knows that there may be a good, but undivulged, reason why that would be unwise. As she said [at page 170], "To quash an order of the Parole Board, in a situation such as the present, is not something which should be lightly undertaken." That, however, misconceives the Court's responsibility. It is the responsibility of the Parole Board both to take the parolee off the street and to justify that decision in the context of the parolee's constitutional rights. If it fails to justify the decision, when challenged, it is the Court's responsibility to give effect to the parolee's constitutional rights.

In my respectful opinion, the Board is correct. An order requiring the party that has been found to have infringed the constitutional rights of another to produce evidence that may establish that the infringement was justified, cannot, by any reasonable stretch of language or imagination, be held to be a remedy, appropriate and just in the circumstances, granted to the aggrieved party. It is for the party required to justify the infringement, not the Court, to determine what evidence it is prepared to present in justification. Since the order made is not a remedy to the party whose constitutional rights have been infringed, it is not a remedy authorized by subsection 24(1) of the Charter, and the learned Trial Judge was without jurisdiction to make it.

dience pour permettre à la Commission d'ajouter à la preuve afin d'étayer sa justification fondée sur l'article premier, mais la Commission prétend que le juge ne peut la contraindre, contre son gré, à produire des éléments de preuve particuliers à l'appui de cette justification. Elle fait valoir que la fonction de la Cour consiste à décider si une justification fondée sur l'article premier a été établie, et non à forcer une partie à produire la preuve qui, selon la Cour, est peut-être nécessaire en vue de cette justification.

Je comprends le point de vue du juge de première instance qui ne désire prendre la responsabilité de remettre en liberté un libéré conditionnel lorsqu'elle sait qu'il y a peut-être une raison, non divulguée, pour laquelle il ne serait pas prudent de le faire. Elle a fait cette remarque [à la page 170]: «L'annulation d'une ordonnance de la Commission nationale des libérations conditionnelles dans une situation semblable à celle qui prévaut en l'espèce n'est pas une mesure qui doit être prise à la légère.» Toutefois, il s'agit là d'une mauvaise interprétation de la responsabilité de la Cour. Il incombe à la Commission des libérations conditionnelles de suspendre la liberté du libéré conditionnel et de justifier cette décision dans le cadre des droits constitutionnels du libéré conditionnel. Si elle ne justifie pas cette décision, lorsqu'il y a contestation, il appartient à la Cour de faire respecter les droits constitutionnels du libéré conditionnel.

À mon humble avis, la Commission a raison. Une ordonnance enjoignant à la partie qui a été déclarée coupable d'avoir violé les droits constitutionnels d'une autre partie de produire des éléments de preuve qui peuvent établir que la violation était justifiée ne saurait, même si, raisonnablement, on force le langage ou on fait un effort d'imagination, être considérée comme une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, accordée à la partie lésée. Il appartient à la partie qui doit justifier la violation, et non à la Cour, de déterminer l'élément de preuve qu'elle est disposée à produire en vue de la justification. Puisque l'ordonnance rendue n'est pas une réparation pour la partie dont les droits constitutionnels ont été violés, il ne s'agit pas d'une réparation visée au paragraphe 24(1) de la Charte, et le juge de première instance n'avait pas compétence pour la rendre.

I would allow the appeal, set aside the order of the Trial Division made October 4, 1990, and pursuant to subparagraph 52(b)(iii) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], refer the matter back to the learned Trial Judge for a resumption of the hearing. On resumption, the Trial Judge will not, of course, be bound to renew or continue the options she offered nor to devise new options; that will be in her discretion. Since this appeal would not have been necessary had the Board not misapprehended the option offered it by the learned Trial Judge, and since this is clearly something of a test case, I would award the respondent his costs of the appeal.

HUGESSEN J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance que la Section de première instance a rendue le 4 octobre 1990, et, en vertu du sous-alinéa 52b)(iii) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], l'affaire est renvoyée au juge de première instance pour que l'audience soit reprise. À la reprise, le juge de première instance ne sera évidemment pas tenu de renouveler ou de continuer les options qu'elle a offertes, ni de concevoir de nouvelles options. C'est à elle de décider. Puisque le présent appel n'aurait pas été nécessaire si la Commission ne s'était pas méprise sur l'option que le juge de première instance lui avait offerte, et puisqu'il s'agit d'une action type, j'adjugerai à l'intimé ses dépens de l'appel.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-2396-88

T-2396-88

Minister of State (Multiculturalism and Citizenship) (Appellant)

v.

Ali Reza Shahkar (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF STATE, MULTICULTURALISM AND CITIZENSHIP) v. SHAHKAR (T.D.)

Trial Division, Addy J.—Vancouver, January 23; Ottawa, June 6, 1990.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from grant of citizenship under Citizenship Act, s. 14(5) allowed — Outside Court's jurisdiction to recommend waiver of residency requirement to Minister or Governor in Council — Citizenship Act, s. 14(5) limiting Court's jurisdiction to appeal from "decision" of citizenship judge, not "recommendation" — Conflict of authorities as to jurisdiction to make administrative recommendations should be resolved by legislation or Court of Appeal.

Constitutional law — Fundamental constitutional principles — Separation of powers — Appeal from grant of citizenship allowed — Statutory provision requiring Court to make administrative recommendation would be unconstitutional as contrary to principle of separation of powers — Independent judiciary necessary to protect public from unjust applications of state's administrative, political and executive powers.

Judges and courts — Federal Court Trial Judge exercising appellate jurisdiction under Citizenship Act, s. 14(5) not persona designata — Limitation of concept of persona designata by Supreme Court of Canada discussed — Impropriety of superior court judge being required by statute to participate in administrative process — Necessity for independent judiciary to safeguard public from unjust applications of state's administrative, political and executive powers.

Citizenship — Residency requirements — That respondent visited parents for one month over Christmas break from studies in U.S.A., leaving some clothes and books with them weighed against fact other personal effects left in America — Residence in Canada, as required by Citizenship Act, s. 5(1)(c), not established.

This was an appeal from a grant of citizenship. The Minister contended that the respondent had not satisfied the residency requirement set out in paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*. The respondent, a native of Iran, had visited his parents in Canada for one month during the 1983 Christmas break from his studies in California. He left some clothing and books at his

Ministre d'État (Multiculturalisme et Citoyenneté) (appellant)

a c.

Ali Reza Shahkar (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE D'ÉTAT, MULTICULTURALISME ET CITOYENNETÉ) c. SHAHKAR (1^{re} INST.)

b

Section de première instance, juge Addy—Vancouver, 23 janvier; Ottawa, 6 juin 1990.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — L'appel formé contre l'attribution de la citoyenneté en vertu de l'art. 14(5) de la Loi sur la citoyenneté est accueilli — La Cour n'est pas compétente pour recommander au Ministre ou au gouverneur en conseil de soustraire l'intimé à l'application des conditions de résidence — L'art. 14(5) de la Loi sur la citoyenneté limite la compétence de la Cour à l'appel formé contre une «décision» du juge de la citoyenneté, pas contre une «recommandation» — Les courants contradictoires de la jurisprudence au sujet du pouvoir de faire des recommandations de nature administrative devraient être tranchés soit par la loi, soit par la Cour d'appel.

Droit constitutionnel — Principes constitutionnels fondamentaux — Séparation des pouvoirs — L'appel formé contre l'attribution de la citoyenneté est accueilli — Toute disposition législative obligeant un tribunal à faire une recommandation de nature administrative serait inconstitutionnelle parce qu'elle contreviendrait au principe de la séparation des pouvoirs — L'indépendance du pouvoir judiciaire est nécessaire pour protéger le public contre les applications injustes des pouvoirs à caractère administratif, politique et exécutif de l'État.

Juges et tribunaux — Le juge de la Section de première instance qui exerce la compétence d'appel que lui confère l'art. 14(5) de la Loi sur la citoyenneté n'agit pas à titre de persona designata — Analyse de la limitation de la notion de persona designata par la Cour suprême — Il serait inopportun qu'une loi oblige un juge d'un tribunal de juridiction supérieure à prendre part à un processus administratif — L'indépendance du pouvoir judiciaire est nécessaire pour protéger le public contre les applications injustes des pouvoirs à caractère administratif, politique et exécutif de l'État.

Citoyenneté — Conditions de résidence — Le fait que l'intimé, qui poursuivait des études aux États-Unis, ait rendu visite à ses parents pendant un mois durant un congé de Noël et qu'il ait laissé quelques vêtements et livres à leur résidence doit être opposé au fait qu'il avait laissé d'autres effets personnels aux États-Unis — L'intimé n'a pas établi de résidence au Canada comme l'exige l'art. 5(1)(c) de la Loi sur la citoyenneté.

Il s'agit d'un appel formé contre l'attribution de la citoyenneté. Le ministre a prétendu que l'intimé n'a pas rempli les conditions de résidence énoncées à l'alinéa 5(1)(c) de la *Loi sur la citoyenneté*. Natif de l'Iran, l'intimé, qui poursuivait des études en Californie, est venu au Canada et a séjourné chez ses parents pendant un mois durant les vacances de Noël 1983. Il a

parents' residence, but had left other items in California. Between 1984 and 1987 he was unable to leave the U.S.A. as he did not have a passport. In 1987, he stayed at his parents' house for two months, applying for citizenship in November 1987.

In the event that the appeal should be successful, the respondent requested, pursuant to section 15, that the Court consider recommending to the Minister that he or the Governor in Council waive the residency requirements.

Held, the appeal should be allowed and jurisdiction to consider a recommendation to the Minister declined even if it had been granted by legislation.

In order to satisfy the first requirement of paragraph 5(1)(c), the applicant had to satisfy the Court that he had established a permanent residence in Canada. Therefore, the fact that he left some personal effects with his parents after his visit during the 1983-1984 Christmas season, was weighed against the fact that he had also left some personal effects in California. The objective evidence did not establish that the respondent had established a permanent residence in Canada.

The Court could not recommend that the Minister waive the residency requirements as it had not been granted jurisdiction to do so. Since an appeal is statutory, the jurisdiction is strictly limited by the text of the section granting appeal rights. The appeal was instituted under subsection 14(5), which provides that the decision of the citizenship judge, not his recommendations, is subject to appeal. It is the decision to approve or not approve the citizenship application which is under appeal and nothing else. The only provision dealing with a duty to recommend to the Minister is found in section 15, which refers to the citizenship judge's obligation to consider whether a recommendation should or should not be made. There is no suggestion that the Federal Court should make any such recommendation.

It would have been improper for the Trial Division to have been specifically authorized to make a recommendation to the Minister. Any provision purporting to oblige a court of superior jurisdiction to engage in making a merely administrative recommendation would be unconstitutional as contrary to the principle of separation of powers, the basis of our constitutional system. Attempting to impose on a member of the Court, otherwise than as *persona designata*, a purely administrative role would completely distort the Court's judicial character. Due to the rapid growth of administrative tribunals and the resulting involvement of the courts in controlling their decisions, there is great danger in overlooking the fundamental separation of powers. The independent judicial role of the courts must be preserved to protect the public against unauthorized, improper and unjust applications of the administrative, political and executive powers of the state.

In exercising the appellate jurisdiction conferred by subsection 14(5) a Judge of the Trial Division of the Federal Court cannot be considered as exercising an administrative function as a *persona designata*, since that jurisdiction is granted "to the Court". Even if the section had referred to a "judge of the Court", the Supreme Court of Canada, in the *Herman* and

laissé chez eux quelques vêtements et quelques livres, mais avait laissé d'autres effets personnels en Californie. Entre 1984 et 1987, il n'a pu quitter les États-Unis parce qu'il n'avait pas de passeport. En 1987, il est demeuré chez ses parents pendant deux mois et a présenté une demande de citoyenneté en novembre 1987.

Si l'appel était accueilli, l'intimé a demandé à la Cour, conformément à l'article 15 de la Loi, d'examiner s'il y aurait lieu de recommander au ministre ou au gouverneur en conseil de suspendre l'application des conditions de résidence.

Jugement: l'appel devrait être accueilli et le pouvoir d'examiner s'il y a lieu de faire une recommandation au ministre ne devrait pas être exercé, même s'il était attribué par la loi.

Pour remplir la première condition prévue à l'alinéa 5(1)c), le requérant devait convaincre la Cour qu'il avait établi une résidence permanente au Canada. Par conséquent, le fait qu'il avait laissé quelques effets personnels à la résidence de ses parents après le séjour qu'il y a effectué durant la période de Noël 1983-1984 a été opposé au fait qu'il avait aussi laissé des effets personnels en Californie. La preuve objective n'a pas permis d'établir que l'intimé avait établi une résidence permanente au Canada.

La Cour ne pouvait pas recommander au ministre de soustraire l'intimé à l'application des conditions de résidence vu qu'on ne lui a pas accordé le pouvoir de le faire. Comme un droit d'appel n'existe que s'il est prévu par une loi, la compétence en appel est strictement limitée par le texte de la disposition qui l'accorde. L'appel a été formé en vertu du paragraphe 14(5), qui dispose que la décision du juge de la citoyenneté est susceptible d'appel, mais pas ses recommandations. C'est la décision d'approuver ou de ne pas approuver la demande de citoyenneté qui est portée en appel et rien d'autre. La seule disposition qui impose un devoir de recommandation au ministre figure à l'article 15; elle fait état de l'obligation du juge de la citoyenneté d'examiner s'il y a lieu de faire une recommandation. On ne suggère nulle part que la Cour fédérale devrait faire une telle recommandation.

Il aurait été inopportun d'avoir expressément autorisé la Section de première instance à faire une recommandation au ministre. Toute disposition censée obliger un tribunal de juridiction supérieure à faire une recommandation purement administrative serait inconstitutionnelle parce qu'elle contreviendrait au principe de la séparation des pouvoirs, qui est à la base de notre régime constitutionnel. Toute loi tentant d'imposer à un juge, autrement qu'à titre de *persona designata*, un rôle purement administratif fausserait complètement le caractère judiciaire de la Cour. Vu la prolifération rapide des tribunaux administratifs et le rôle que les tribunaux judiciaires sont nécessairement appelés à jouer pour contrôler leurs décisions, il est très dangereux d'oublier le principe fondamental de la séparation des pouvoirs. Il faut préserver le rôle judiciaire indépendamment des tribunaux pour protéger le public contre les applications non autorisées, inopportunes et injustes des pouvoirs à caractère administratif, politique et exécutif de l'État.

Lorsqu'il exerce la compétence en appel que lui confère le paragraphe 14(5), le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale ne peut être considéré comme une *persona designata* exerçant une fonction administrative, car cette compétence est attribuée «à la Cour». Même si l'article avait parlé d'un juge de la Cour au lieu de «la Cour», la Cour suprême du

Ranville cases has greatly limited the occasions when a judge may be considered as acting as *persona designata*.

An applicant may apply directly to either the Minister or the Governor in Council to exercise his discretion under section 5. A recommendation from a citizenship judge is not required.

The conflicting case law on the jurisdiction of the Federal Court—Trial Division to make administrative recommendations should be resolved either by legislation or by the Court of Appeal. Notwithstanding subsection 14(6), which provides that the Trial Division has the final say in citizenship appeals, an appeal on a question of refusal to exercise jurisdiction is still open either under section 27 of the *Federal Court Act* or the supervisory jurisdiction of the Appeal Division over the Trial Division. A refusal to exercise jurisdiction is not a “decision” within subsection 14(6), which contemplates a decision on the merits.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1)(c),(3), (4), 14(5),(6), 15.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Herman et al. v. Deputy Attorney General (Can.), [1979] 1 S.C.R. 729; (1978), 91 D.L.R. (3d) 3; 5 C.R. (3d) 242; [1978] CTC 744; 78 DTC 6456; 23 N.R. 235; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville et al.*, [1982] 2 S.C.R. 518; (1982), 139 D.L.R. (3d) 1; [1983] 1 C.N.L.R. 12; 44 N.R. 616; [1983] R.D.J. 16; *Air Canada v. Wardair Canada (1975) Ltd.*, [1980] 1 F.C. 120; (1979), 106 D.L.R. (3d) 412; 36 N.R. 296 (C.A.); *Trust & Loan Co. of Can. v. Lindquist and Lindquist*, [1933] 2 W.W.R. 410 (Sask. K.B.).

REFERRED TO:

Canadian National Ry. Co. v. Lewis et al., [1930] Ex. C.R. 145; (1930), 4 D.L.R. 537; *Re Naber-Sykes*, [1986] 3 F.C. 434; (1986), 4 F.T.R. 204 (T.D.); *Re Salon* (1978), 88 D.L.R. (3d) 238 (F.C.T.D.); *In re Kleifges and in re Citizenship Act*, [1978] 1 F.C. 734; (1978), 84 D.L.R. (3d) 183 (T.D.); *Re Maefs* (1980), 110 D.L.R. (3d) 697 (F.C.T.D.); *In re Chute and in re Citizenship Act*, [1982] 1 F.C. 98 (T.D.); *Re Kerho* (1988), 21 F.T.R. 180 (F.C.T.D.); *Re Ngo* (1986), 6 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Re Ballhorn* (1981), 131 D.L.R. (3d) 505 (F.C.T.D.); *Re Aboumalhab* (1987), 17 F.T.R. 180 (F.C.T.D.); *Re Brown*, T-2724-80, Dubé J., judgment dated 3/11/80, F.C.T.D., not reported; *Re Steiner*, T-503-78, Dubé J., judgment dated 2/6/78, F.C.T.D., not reported; *Re Anderson*, T-1066-78, Décaré J., judgment dated 11/7/78, F.C.T.D., not reported; *Re Johnston*,

Canada a, dans les arrêts *Herman et Ranville*, grandement limité les circonstances dans lesquelles un juge peut être considéré comme agissant à titre de *persona designata*.

Un requérant peut demander directement au ministre ou au gouverneur en conseil d'exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 5. Il n'est pas nécessaire d'avoir une recommandation d'un juge de la citoyenneté.

Les courants contradictoires de la jurisprudence sur le pouvoir de la Section de première instance de la Cour fédérale de faire des recommandations de nature administrative devraient être tranchés soit par la loi, soit par la Cour d'appel. Malgré le paragraphe 14(6), qui dispose que la Section de première instance a le dernier mot dans les appels en matière de citoyenneté, il est quand même possible d'interjeter appel du refus d'un juge d'exercer sa compétence en se fondant soit sur l'article 27 de la *Loi sur la Cour fédérale*, soit sur le pouvoir de surveillance qu'a la Section d'appel sur la Section de première instance. Le refus d'exercer un pouvoir n'est pas une «décision» au sens du paragraphe 14(6), car la décision dont on parle dans ce paragraphe porte sur le fond de la demande.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1)c),(3),(4), 14(5),(6), 15.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 27.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Herman et autres c. Sous-procureur général du Canada, [1979] 1 R.C.S. 729; (1978), 91 D.L.R. (3d) 3; 5 C.R. (3d) 242; [1978] CTC 744; 78 DTC 6456; 23 N.R. 235; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville et autre*, [1982] 2 R.C.S. 518; (1982), 139 D.L.R. (3d) 1; [1983] 1 C.N.L.R. 12; 44 N.R. 616; [1983] R.D.J. 16; *Air Canada c. Wardair Canada (1975) Ltd.*, [1980] 1 C.F. 120; (1979), 106 D.L.R. (3d) 412; 36 N.R. 296 (C.A.); *Trust & Loan Co. of Can. v. Lindquist and Lindquist*, [1933] 2 W.W.R. 410 (B.R. Sask.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canadian National Ry. Co. v. Lewis et al., [1930] R.C.É. 145; (1930), 4 D.L.R. 537; *Re Naber-Sykes*, [1986] 3 C.F. 434; (1986), 4 F.T.R. 204 (1^{re} inst.); *Re Salon* (1978), 88 D.L.R. (3d) 238 (C.F. 1^{re} inst.); *In re Kleifges et in re Loi sur la citoyenneté*, [1978] 1 C.F. 734; (1978), 84 D.L.R. (3d) 183 (1^{re} inst.); *Re Maefs* (1980), 110 D.L.R. (3d) 697 (C.F. 1^{re} inst.); *In re Chute et in re Loi sur citoyenneté*, [1982] 1 C.F. 98 (1^{re} inst.); *Re Kerho* (1988), 21 F.T.R. 180 (C.F. 1^{re} inst.); *Re Ngo* (1986), 6 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); *Re Ballhorn* (1981), 131 D.L.R. (3d) 505 (C.F. 1^{re} inst.); *Re Aboumalhab* (1987), 17 F.T.R. 180 (C.F. 1^{re} inst.); *Re Brown*, T-2724-80, juge Dubé, jugement en date du 3-11-80, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Steiner*, T-503-78, juge Dubé, jugement en date du 2-6-78, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Anderson*, T-1066-78, juge Décaré, jugement en date du 11-7-78,

T-4908-77, Walsh J., judgment dated 8/5/78, F.C.T.D., not reported; *Re Turcan*, T-3202-78, Walsh J., judgment dated 6/10/78, F.C.T.D., not reported; *Re Hoang*, T-727-89, Denault J., judgment dated 4/7/89, F.C.T.D., not yet reported; *Re Hung-Cho*, T-2676-85, Joyal J., judgment dated 28/8/86, F.C.T.D., not reported; *Re Ying*, T-2677-85, Joyal J., judgment dated 28/8/86, F.C.T.D., not reported; *Re Mitha*, T-4832-78, Cattanach J., judgment dated 1/6/79, F.C.T.D., not reported; *Re Zakrzewski*, T-599-78, Dubé J., judgment dated 2/6/78, F.C.T.D., not reported; *Re Karroum*, T-1622-89, Pinard J., judgment dated 2/3/90, F.C.T.D., not yet reported; *In re Akins and in re the Citizenship Act*, [1978] 1 F.C. 757; (1978), 87 D.L.R. (3d) 93 (T.D.); *Re Conroy* (1979), 99 D.L.R. (3d) 642 (F.C.T.D.); *In re Boutros and in re Citizenship Act*, [1980] 1 F.C. 624; (1980), 109 D.L.R. (3d) 680 (T.D.); *In re Aaron and in re Citizenship Act*, [1982] 2 F.C. 348 (T.D.); *Re Anquist*, [1985] 1 W.W.R. 562; (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 241 (F.C.T.D.); *Lakha (In re) and in re Citizenship Act*, [1981] 1 F.C. 746 (T.D.) (Cattanach J.) *In re Albers*, T-75-78, Addy J., judgment dated 11/5/78, F.C.T.D., not reported; *Re Zakowski*, T-2054-85, Addy J., order dated 28/2/86, F.C.T.D., not reported; *Re Amendola*, T-177-82, Cattanach J., judgment dated 7/4/82, F.C.T.D., not reported.

COUNSEL:

Mitchell Taylor for appellant.
Jeffrey Ray for respondent.
C. C. Godwin as *amicus curiae*.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Smith, Milburn & Co., New Westminster, British Columbia, for respondent.
Bull, Housser & Tupper, Vancouver, *amicus curiae*.

The following are the reasons for order rendered in English by

ADDY J.: The Minister is appealing the grant of citizenship to the respondent on the grounds of insufficiency of residence required by paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29.

The respondent, who is 26 years of age, was born in and lived in Teheran for fourteen years. He then went to school in France. In 1981, he

C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Johnston*, T-4908-77, juge Walsh, jugement en date du 8-5-78, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Turcan*, T-3202-78, juge Walsh, jugement en date du 6-10-78, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Hoang*, T-727-89, juge Denault, jugement en date du 4-7-89, C.F. 1^{re} inst., encore inédit; *Re Hung-Cho*, T-2676-85, juge Joyal, jugement en date du 28-8-86, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Ying*, T-2677-85, juge Joyal, jugement en date du 28-8-86, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Mitha*, T-4832-78, juge Cattanach, jugement en date du 1-6-79, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Zakrzewski*, T-599-78, juge Dubé, jugement en date du 2-6-78, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Karroum*, T-1622-89, juge Pinard, jugement en date du 2-3-90, C.F. 1^{re} inst., encore inédit; *In re Akins et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1978] 1 C.F. 757; (1978), 87 D.L.R. (3d) 93 (1^{re} inst.); *Re Conroy* (1979), 99 D.L.R. (3d) 642 (C.F. 1^{re} inst.); *In re Boutros et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1980] 1 C.F. 624; (1980), 109 D.L.R. (3d) 680 (1^{re} inst.); *In re Aaron et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1982] 2 C.F. 348 (1^{re} inst.); *Re Anquist*, [1985] 1 W.W.R. 562; (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 241 (C.F. 1^{re} inst.); *Lakha (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1981] 1 C.F. 746 (1^{re} inst.) (juge Cattanach) *In re Albers*, T-75-78, juge Addy, jugement en date du 11-5-78, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Re Zakowski*, T-2054-85, juge Addy, ordonnance en date du 28-2-86, C.F. 1^{re} inst., non publiée; *Re Amendola*, T-177-82, juge Cattanach, jugement en date du 7-4-82, C.F. 1^{re} inst., non publié.

AVOCATS:

Mitchell Taylor pour l'appellant.
Jeffrey Ray pour l'intimé.
C. C. Godwin en qualité d'*amicus curiae*.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Smith, Milburn & Co., New Westminster, Colombie-Britannique, pour l'intimé.
Bull, Housser & Tupper, Vancouver, *amicus curiae*.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE ADDY: Le ministre interjette appel de l'attribution de la citoyenneté à l'intimé au motif que ce dernier ne remplit pas les conditions de résidence prévues à l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), chap. C-29.

L'intimé, qui est âgé de 26 ans, est né et a vécu à Téhéran pendant quatorze ans. Il a ensuite fréquenté l'école en France. En 1981, il est allé

went to California to further his studies. Meanwhile, his parents moved to Canada.

In 1982, he came to Canada for two weeks to visit his parents. He returned to Canada for a further visit of one month over the Christmas season on December 17, 1983. At that time he brought some items of clothing and books to Canada which he left in his parents' residence. He had meanwhile left other items in California during his stay with his parents.

While in California, he lived in students' quarters from 1981 to 1984 and subsequently lived in an apartment with a friend. He opened a bank account in Canada by correspondence in 1986 and deposited approximately \$200 there. In 1984, three months before his Iranian passport was due to expire, he mailed it for renewal to the Algerian Embassy in the United States which was at that time acting for Iran during the ongoing disputes between that country and the United States. The Algerian Embassy, for some reason, retained the passport and for over three years he was unable to obtain a renewal. It was returned to him in May 1987. Meanwhile, he did not leave the United States because of a fear of not being allowed to reenter without a passport.

In September 1987, he came to Canada to his parents' house where he stayed for two months. He stated that as he was unable to find work, he returned to California for two years where he had been offered some temporary employment. He returned to Canada at the beginning of this year. Meanwhile, in October 1988, he had come to Canada for a short visit.

The relevant time to consider his residence in Canada is during the four years immediately preceding his application for citizenship on November 10, 1987.

It is evident on reading paragraph 5(1)(c) of the Act, that there are two distinct residence requirements. The applicant must first of all satisfy the Court that he did establish a permanent residence in Canada and secondly, that during the four years

poursuivre ses études en Californie. Entre-temps, ses parents se sont installés au Canada.

En 1982, il a rendu visite à ses parents au Canada pendant deux semaines. Le 17 décembre 1983, il est revenu au Canada pour une autre visite d'une durée d'un mois à l'occasion de la période de Noël. Il a alors apporté avec lui quelques vêtements et quelques livres qu'il a laissés à la résidence de ses parents. Il a cependant laissé d'autres effets en Californie pendant qu'il effectuait ce séjour chez ses parents.

Pendant qu'il était en Californie, il a vécu dans des résidences pour étudiants de 1981 à 1984, puis a emménagé dans un appartement avec un ami. En 1986, il a ouvert un compte de banque au Canada par correspondance et y a déposé environ 200 \$. En 1984, trois mois avant la date à laquelle devait expirer son passeport iranien, il a fait parvenir son passeport à des fins de renouvellement à l'ambassade d'Algérie aux États-Unis, qui agissait alors pour le compte de l'Iran en raison du conflit qui opposait ce pays aux États-Unis. Pour une raison quelconque, l'ambassade d'Algérie a conservé son passeport, et pendant plus de trois ans l'intimé a été incapable d'obtenir un renouvellement. Il a récupéré son passeport en mai 1987. Pendant cette période, il n'a pu quitter les États-Unis parce qu'il craignait de ne pas pouvoir y retourner sans passeport.

En septembre 1987, l'intimé s'est rendu à la résidence de ses parents au Canada, où il a habité pendant deux mois. Il a déclaré qu'en raison de l'insuccès de ses recherches pour trouver du travail, il est retourné vivre en Californie où, pendant deux ans, il a occupé des emplois temporaires. Il est revenu au Canada au début de l'année. Il était cependant venu au Canada en octobre 1988 pour une brève visite.

La période qui doit être prise en considération pour établir la résidence de l'intimé au Canada comprend les quatre années qui ont précédé la date de sa demande de citoyenneté, soit le 10 novembre 1987.

Il ressort clairement de l'alinéa 5(1)(c) de la Loi que deux conditions distinctes régissent la résidence. La personne qui demande la citoyenneté doit d'abord convaincre la Cour qu'elle a effectivement établi une résidence permanente au Canada,

immediately preceding his application, he accumulated at least three years of residence calculated in accordance with the formula prescribed in that section. All of the reported cases which have dealt with that subject have held that the three years of residence do not necessarily mean three years of actual physical presence in Canada.

The time during which the applicant's [respondent's] Iranian passport was withheld from him by the Algerian authorities, thus preventing him from obtaining a renewal of his passport and a visa which would have permitted him to return to the United States to complete his studies, cannot be held against him since he had no choice in the matter. He apparently could have obtained a visitor's visa to come to Canada but there was great doubt as to whether he would have been able to return to the United States. The real question to be determined, however, is whether he fulfilled the first condition and more specifically, in his particular case, whether during the time he visited his parents for the 30 days between December 17, 1983 and January 17, 1984, presumably during a break in his studies, he became a resident of Canada. The fact of his subsequent absences in the United States, of his visits to Canada, and the other evidence relating to his personal effects, bank account, etc., are only to be taken into account if he had already established a permanent residence here.

At the time when his parents had entered Canada to establish a permanent home here, he had not accompanied them but, on the contrary, he had, some time previously, gone directly to California from Europe. After his first two-week visit to his parents' home in Toronto in 1982 his next entry into Canada was at the time of the above-mentioned 30-day visit during the 1983-1984 Christmas season. He fully intended to return to his residence in California and did indeed do so. He stated however that, at the time, his ultimate intention was to eventually return to Canada permanently and to become a Canadian citizen. I accept this evidence. But the question is whether, by his visit to Canada, he had in fact established a permanent residence here.

puis démontrer que pendant les quatre années qui ont précédé la date de sa demande, elle a résidé pendant au moins trois ans au Canada, la durée de sa résidence étant calculée de la manière prévue à cet alinéa. Dans toutes les décisions rapportées qui traitent de cette question, les tribunaux ont conclu que les trois années de résidence ne signifiaient pas nécessairement trois années de présence physique réelle au Canada.

La période durant laquelle les autorités algériennes ont conservé le passeport iranien du requérant [intimé], l'empêchant ainsi d'obtenir le renouvellement de son passeport ainsi qu'un visa qui lui auraient permis de retourner aux États-Unis pour y terminer ses études, ne peut être retenue contre lui puisqu'il n'avait pas d'autre choix. Il aurait apparemment pu obtenir un visa de visiteur pour venir au Canada, mais une grande incertitude planait quant à savoir s'il aurait pu retourner aux États-Unis. La véritable question à trancher, toutefois, est de savoir s'il a rempli la première condition et, plus particulièrement, s'il est devenu, en ce qui le concerne, un résident canadien durant les trente jours pendant lesquels il a séjourné chez ses parents entre le 17 décembre 1983 et le 17 janvier 1984, vraisemblablement pendant un congé scolaire. Ses départs subséquents des États-Unis, ses séjours au Canada et les autres éléments de preuve que sont ses effets personnels, le compte de banque qu'il a ouvert, etc. doivent seulement être pris en considération si l'on conclut qu'il avait déjà établi une résidence permanente au Canada.

À l'époque où les parents du requérant sont venus s'établir en permanence au Canada, celui-ci ne les a pas accompagnés; il a plutôt choisi de quitter l'Europe quelque temps avant eux pour se rendre directement en Californie. Après un premier séjour d'une durée de deux semaines qu'il a fait chez ses parents à Toronto en 1982, il est revenu au Canada pendant la période de Noël 1983-1984 pour le deuxième séjour d'une durée de trente jours susmentionné. Il avait alors l'intention de rentrer chez lui en Californie, et c'est d'ailleurs ce qu'il a fait. Il a toutefois déclaré qu'à ce moment, il songeait bel et bien à s'établir un jour en permanence au Canada et à devenir un citoyen canadien. J'accepte cette preuve. Toutefois, il s'agit ici de savoir si, à l'occasion de ce séjour au Canada, il a effectivement établi une résidence permanente ici.

The mere fact that he left some personal effects with them on his departure, such as books, and possibly some articles of clothing, must be weighed against the fact that he had left in California personal effects, books and clothing, which were there at his residence on his return. I fail to see how, because of his 30-day visit to his parent's home in Canada at Christmas time in 1983, it can be said that by that act and in those circumstances, he established a permanent residence for himself here. The objective evidence falls short of establishing permanent residence of the respondent in Canada at that time.

Since the appeal is being allowed and therefore the approval of the application for citizenship granted by the Citizenship Court is being disallowed, counsel for the respondent has requested that, pursuant to the provisions of section 15 of the Act, I should consider recommending to the Minister, that he, pursuant to subsection 5(3), or that the Governor in Council, pursuant to subsection 5(4), waive the residence requirements in the present case.

This is a request that often occurs on appeals before this Court and, unfortunately, conflicting decisions have been reached by the Trial Division which, because of subsection 14(6) has the final say in citizenship appeals. Subsection 14(6) reads as follows:

14. ...

(6) A decision of the Court pursuant to an appeal made under subsection (5) is, subject to section 20, final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.

[Note: Section 20 is not applicable to the case at bar.]

The only provision dealing with a duty to recommend to the Minister is to be found in the following provision of section 15:

15. (1) Where a citizenship judge is unable to approve an application under subsection 14(2), the judge shall, before deciding not to approve it, consider whether or not to recommend an exercise of discretion under subsection 5(3) or (4) or subsection 9(2) as the circumstances may require.

(2) Where a citizenship judge makes a recommendation for an exercise of discretion under subsection (1), the judge shall

(b) transmit the recommendation to the Minister with the reasons therefor; ...

Le fait qu'il a laissé chez ses parents au moment de son départ quelques effets personnels comme des livres et peut-être aussi des vêtements doit être opposé au fait qu'il a laissé en Californie des effets personnels, des livres et des vêtements, qui l'attendaient chez lui à son retour. Je ne vois pas comment on peut affirmer que le fait d'avoir séjourné dans ces circonstances pendant trente jours au Canada durant la période de Noël en 1983 lui a permis d'établir une résidence permanente ici. La preuve objective est loin de démontrer que l'intimé a établi une résidence permanente au Canada à cette époque.

Comme l'appel est accueilli et que, par conséquent, l'approbation de la demande de citoyenneté de l'intimé par la Cour de la citoyenneté est annulée, l'avocat de l'intimé m'a demandé d'examiner, conformément à l'article 15 de la Loi, s'il y aurait lieu de recommander, soit au ministre conformément au paragraphe 5(3), soit au gouverneur en conseil conformément au paragraphe 5(4), de soustraire l'intimé à l'application des conditions de résidence dans le cas présent.

C'est une demande qui est souvent formulée lorsqu'un appel est interjeté devant cette Cour et, malheureusement, des décisions contradictoires ont été rendues à ce sujet par la Section de première instance qui a, aux termes du paragraphe 14(6), le dernier mot dans les appels en matière de citoyenneté. Le paragraphe 14(6) est ainsi libellé:

14. ...

(6) La décision de la Cour rendue sur l'appel prévu au paragraphe (5) est, sous réserve de l'article 20, définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel.

[Note: L'article 20 n'est pas applicable en l'espèce.]

La seule disposition qui impose un devoir de recommandation au ministre figure à l'article 15:

15. (1) Avant de rendre une décision de rejet, le juge de la citoyenneté examine s'il y a lieu de recommander l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu aux paragraphes 5(3) ou (4) ou 9(2), selon le cas.

(2) S'il recommande l'exercice du pouvoir discrétionnaire, le juge de la citoyenneté:

b) transmet sa recommandation motivée au ministre;

The appeal before this Court has been instituted under the provisions of subsection 14(5) which reads in part as follows:

14. . . .

(5) The Minister or the applicant may appeal to the Court from the decision of the citizenship judge under subsection (2) by filing a notice of appeal in the Registry of the Court

It is trite law that a right of appeal must be provided for by statute, failing which no right exists. It is equally trite law that since an appeal is statutory, the jurisdiction is strictly limited by the text of the section granting the appeal rights. Also any provision conferring jurisdiction on a tribunal of limited statutory origin must be strictly construed (*Canadian National Ry. Co. v. Lewis et al.* [1930] Ex.C.R. 145).

Subsection 14(5) provides that the decision of the citizenship judge is subject to appeal and not his recommendations. Section 15 refers to the citizenship judge's obligation to consider whether a recommendation should or should not be made. There is not the slightest inkling that the Federal Court should make any such recommendation. It is the decision to approve or to not approve the application for citizenship which is under appeal and nothing else.

Because the Court has not been granted jurisdiction to make any recommendation to the Minister, I must refrain from doing so, but more importantly, however, had the Court Trial Division been specifically authorized to do so by statute, it would be improper in my view for me to take part in any such administrative process. Any provision purporting to oblige our Court, as a court of superior jurisdiction, to engage in making a merely administrative recommendation would be unconstitutional. Our Constitution and indeed our entire political system which we inherited from England is based on the strict principle of separation of powers. To attempt by statute to impose on a court of superior jurisdiction and indeed on any court of law, the legal duty of becoming part and parcel of the administrative process by requiring any such court to make administrative recommendations to Ministers, would be to fly in the face of that principle and indeed to relegate the Court to the rank of a mere adviser to the Minister. Attempting to impose on a member of the court, by the

L'appel interjeté devant cette Cour est fondé sur les dispositions du paragraphe 14(5), qui est en partie libellé comme suit:

14. . . .

(5) Le ministre et le demandeur peuvent interjeter appel de la décision du juge de la citoyenneté en déposant un avis d'appel au greffe de la Cour

C'est un lieu commun de dire qu'un droit d'appel n'existe que s'il est prévu par une loi. C'est aussi un lieu commun de dire qu'étant donné le fondement législatif du droit d'appel, la compétence en appel est strictement limitée par le texte de la disposition qui l'accorde. De plus, toute disposition attribuant à un tribunal une compétence ainsi limitée doit être interprétée restrictivement (*Canadian National Ry. Co. v. Lewis et al.* [1930] R.C.É. 145).

Le paragraphe 14(5) prévoit que la décision du juge de la citoyenneté est susceptible d'appel, mais pas les recommandations qu'il peut faire. L'article 15 dispose que les juges de la citoyenneté se doivent d'examiner s'il y a lieu de faire une recommandation. On ne suggère nulle part que la Cour fédérale devrait faire une telle recommandation. C'est la décision d'approuver ou de ne pas approuver la demande de citoyenneté qui est portée en appel et rien d'autre.

Comme la loi n'attribue pas à la Cour le pouvoir de faire des recommandations au ministre, je dois m'abstenir de le faire; cependant, il me paraît encore plus important de noter que même si la loi autorisait expressément la Section de première instance à intervenir, il serait à mon sens inopportun que je participe à un tel processus administratif. Toute disposition censée obliger la Cour, en tant que tribunal de juridiction supérieure, à faire une recommandation purement administrative serait inconstitutionnelle. Notre constitution, et même tout le système politique dont nous avons hérité de l'Angleterre, repose sur le principe strict de la séparation des pouvoirs. Toute loi tentant de contraindre un tribunal de juridiction supérieure ou, du reste, n'importe quel tribunal à prendre part au processus administratif en l'obligeant à faire des recommandations de nature administrative à un ministre battrait en brèche ce principe et relèguerait par le fait même la Cour au rang d'un simple conseiller du ministre. Toute disposition d'une loi du Parlement tentant d'imposer à un

provisions of any Act of Parliament, otherwise than as *persona designata*, a purely administrative role which, in this particular case would not even involve an administrative decision-making one but merely a duty to recommend, would completely distort the judicial character of our Court. Indeed it appears that by expressing sections 14 and 15 of the Act as they did our legislators were careful to avoid that particular pitfall. Also it seems clear to me that, in exercising the appellate jurisdiction conferred by subsection 14(5) a judge of the Trial Division of the Federal Court cannot by any stretch of the imagination be considered as exercising an administrative function as a *persona designata* since that jurisdiction is granted “to the Court”, which under section 2 is defined as “the Federal Court—Trial Division”.

Even if the section had referred to “a judge of the Court” rather than to “the Court” this would not have sufficed. The Supreme Court of Canada has now greatly limited the occasions when a judge may be considered as acting as *persona designata* by ruling that it must be clearly so stated in the statute which must be strictly interpreted.

Herman et al. v. Deputy Attorney General (Can.), [1979] 1 S.C.R. 729, dealt with an attempt by the Federal Court of Appeal to review a decision of a section 96 judge, by saying that he was acting as *persona designata* under subsection 231(4) of the *Income Tax Act*. This section deals with the determination of a question of solicitor and client privilege by either a Federal Court judge or a section 96 judge. The Supreme Court held that the judge was acting as a judge of the court, and was therefore not reviewable under section 28 of the *Federal Court Act*. They stated that whenever a statutory power is conferred on a judge of the court, it should be deemed to be exercised as representing the court unless there is shown a clear contrary intention. The concept of the *persona designata* is that of a judge exercising, pursuant to statute, an unusual function unrelated to his normal functions as a judge.

juge, autrement qu'à titre de *persona designata*, un rôle purement administratif qui, dans le cas présent, ne comporterait même pas la prise d'une décision administrative, mais simplement un devoir de recommandation, fausserait complètement le caractère judiciaire de notre Cour. En libellant les articles 14 et 15 comme il l'a fait, le législateur semble même avoir pris soin d'éviter cet écueil particulier. De plus, il m'apparaît évident qu'on ne peut, même en faisant un gros effort d'imagination, considérer le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale, lorsqu'il exerce la compétence en appel conférée par le paragraphe 14(5), comme une *persona designata* exerçant une fonction administrative, car cette compétence en appel est attribuée «à la Cour», que l'on définit à l'article 2 comme «la Section de première instance de la Cour fédérale».

Même si cet article avait parlé d'«un juge de la Cour» au lieu de «la Cour», cela n'aurait pas suffi. En effet, la Cour suprême du Canada a maintenant grandement limité les circonstances dans lesquelles un juge peut être considéré comme agissant à titre de *persona designata* en statuant que cela doit être dit clairement dans la loi, laquelle doit être interprétée restrictivement.

L'arrêt *Herman et autres c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 729, traitait de l'examen par la Cour fédérale du Canada d'une décision rendue par un juge nommé en vertu de l'article 96 au motif que ce dernier aurait agi à titre de *persona designata* aux termes du paragraphe 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cet article permet à un juge de la Cour fédérale ou à un juge nommé en vertu de l'article 96 de décider s'il y a un privilège de communication entre client et avocat. La Cour suprême a conclu que le juge agissait à titre de représentant du tribunal et que sa décision n'était donc pas susceptible d'examen en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour suprême a ajouté que chaque fois qu'un pouvoir est attribué par une loi à un juge, on doit considérer qu'il est exercé au nom du tribunal, à moins que l'intention contraire ne soit clairement indiquée. La notion de *persona designata* vise un juge qui exerce, en vertu d'une loi, une fonction particulière qui n'a aucun rapport avec ses tâches quotidiennes de juge.

The concept was again reviewed by the Supreme Court in *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville et al.*, [1982] 2 S.C.R. 518, where they decided that it was too confusing and should be "jettisoned". Confirming the *Herman* decision, the Court held that where a statutory power is conferred on a section 96 judge or an officer of the Court, it should be deemed to be exercised in an official capacity as representing the court unless there is an express provision to the contrary.

In *Air Canada v. Wardair Canada (1975) Ltd.*, [1980] 1 F.C. 120, the Federal Court of Appeal stated, (in the context of an issue which had become academic), that it is not the function of courts of appeal to render judgments which in effect are opinions or advisory in nature. The older case of *Trust & Loan Co. of Can. v. Lindquist and Lindquist*, [1933] 2 W.W.R. 410 (Sask. K.B.) held that the powers conferred on the Debt Adjustment Board by its governing Act [*The Debt Adjustment Act*] (S.S. 1933, c. 82) to act on compassionate grounds were not possessed by the courts. For the courts to act on such grounds would be to assume a power and jurisdiction they do not possess.

Due to the extraordinarily rapid growth of administrative law in the last few years, the great proliferation of boards and administrative tribunals and the resulting involvement of Courts in controlling their roles and decisions, there is a great danger for the public in general and even for the legal profession to overlook the fundamental principle of separation of powers. Lately we have been frequently invited by counsel to come to decisions which are purely administrative in every sense of the word. Requests of this nature would have been unthinkable only a few years ago. The independent judicial role of the courts must be strictly protected to ensure the independence of the judiciary and the unimpeded protection of the public against all unauthorized, improper and unjust applications of the administrative, political and executive powers of the state. In order to be able to do so courts of law must not be involved in exercising any of these non-judicial functions or powers.

La Cour suprême a de nouveau examiné cette notion dans l'arrêt *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville et autre*, [1982] 2 R.C.S. 518, et a statué qu'elle semait la confusion et qu'elle devrait être «abandonnée». La Cour a confirmé l'arrêt *Herman* et a conclu que lorsqu'un pouvoir est conféré à un juge nommé en vertu de l'article 96 ou à un fonctionnaire du tribunal, on doit le considérer comme un pouvoir exercé par ce juge ou ce fonctionnaire en sa qualité officielle de représentant du tribunal, à moins que la loi n'établisse clairement une intention contraire.

Dans l'arrêt *Air Canada c. Wardair Canada (1975) Ltd.*, [1980] 1 C.F. 120, la Cour d'appel fédérale a déclaré (à propos d'une question qui était devenue théorique) qu'il n'était pas dans les attributions des cours d'appel de rendre des jugements qui ne sont en fait que des opinions ou des avis. Dans l'arrêt plus ancien *Trust & Loan Co. of Can. c. Lindquist and Lindquist*, [1933] 2 W.W.R. 410 (B.R. Sask.), on a statué que les tribunaux ne possédaient pas les pouvoirs, conférés au Debt Adjustment Board par sa loi constitutive [*The Debt Adjustment Act*] (S.S. 1933, chap. 82), d'agir pour des motifs de commisération. Si les tribunaux avaient agi pour de tels motifs, ils auraient exercé un pouvoir et une compétence qu'ils ne possédaient pas.

Vu l'essor extrêmement rapide qu'a connu le droit administratif au cours des dernières années, la prolifération des offices et des tribunaux administratifs et le rôle que les tribunaux judiciaires sont nécessairement appelés à jouer pour contrôler leurs actions et leurs décisions, il est très dangereux que le public en général et même le milieu juridique oublie le principe fondamental de la séparation des pouvoirs. Ces derniers temps, les avocats nous ont fréquemment invités à rendre des décisions purement administratives dans toute l'acceptation du terme. Des demandes de cette nature auraient été impensables il y a quelques années seulement. Il faut absolument préserver le rôle judiciaire indépendant des tribunaux pour garantir l'indépendance judiciaire et la libre protection du public contre toutes les applications non autorisées, inopportunes et injustes des pouvoirs à caractère administratif, politique et exécutif de l'État. Pour arriver à le faire, les tribunaux judiciaires doivent s'abstenir d'exercer l'une de ces fonctions ou l'un de ces pouvoirs non judiciaires.

It is most important, in my view, to note at this stage that the Minister may exercise his discretion under subsection 5(3) and the Governor in Council under subsection 5(4) without any recommendation from a citizenship judge or any other official. There is nothing to prevent an applicant for citizenship from applying either directly or through any other person or representative to either the Minister or the Governor General in Council. Subsection 15(1) imposes on the citizenship judge the duty to consider making a recommendation but in no way limits the general discretionary powers granted to the Minister and to the Governor in Council under section 5.

Notwithstanding the strong views which I have expressed in this and other citizenship appeal cases on the subject of the jurisdiction of our court to make administrative recommendations, it appears that several of my brother judges have taken a different view. Attached hereto as an appendix is a list of cases where it was apparently considered proper to exercise a jurisdiction in that area and of other cases where a jurisdiction was refused. This is not necessarily comprehensive but illustrates the extent of diametrically opposed views as to the effect of subsection 14(5).

On reading the decisions shown in the appendix however, it appears that, in the majority of cases, the question of jurisdiction was neither raised nor considered. Over half of the cases which I myself heard where the applicant for a citizenship was not successful, no comments were offered by the *amicus curiae* regarding a request by counsel for the applicant that I consider making a recommendation should the applicant not be successful. This lack of consideration of the question is quite understandable since the appeals are not truly adversary in nature, as the Minister has no counsel or representative to argue the appeal and the *amici curiae* usually only respond when questions are raised by the Court.

Selon moi, il est très important de noter à ce stade-ci que le ministre peut exercer un pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 5(3) et que le gouverneur en conseil peut exercer ce même pouvoir en vertu du paragraphe 5(4), sans qu'un juge de la citoyenneté ou un autre fonctionnaire en fasse la recommandation. Rien n'empêche la personne qui demande la citoyenneté de s'adresser, soit directement, soit par l'entremise d'une autre personne ou d'un autre représentant, au ministre ou au gouverneur général en conseil. Le paragraphe 15(1) oblige le juge de la citoyenneté à examiner s'il y a lieu de faire une recommandation, mais il ne limite aucunement les pouvoirs discrétionnaires de nature générale que l'article 5 accorde au ministre et au gouverneur en conseil.

Malgré les fermes opinions que j'exprime en l'espèce et que j'ai exprimées dans d'autres appels en matière de citoyenneté au sujet du pouvoir de la Cour de faire des recommandations de nature administrative, plusieurs de mes confrères ont adopté un point de vue différent. J'ai annexé aux présents motifs une première liste d'arrêts dans lesquels on a apparemment conclu qu'un juge pouvait exercer un pouvoir dans ce domaine et une deuxième liste d'arrêts dans lesquels l'exercice de ce pouvoir a été refusé. Ces listes ne sont pas nécessairement exhaustives, mais elles illustrent l'étendue des divergences de vues sur l'incidence du paragraphe 14(5).

Il ressort toutefois de la lecture des arrêts énumérés en annexe que, dans la majorité des cas, la question de la compétence n'a été ni soulevée, ni examinée. Dans plus de la moitié des affaires que j'ai moi-même entendues, et dans lesquelles la demande de citoyenneté du requérant a été rejetée, l'*amicus curiae* n'a pas fait de commentaires au sujet de la demande qui m'a été adressée par l'avocat du requérant d'examiner s'il y aurait lieu de faire une recommandation si ce dernier n'obtenait pas gain de cause. Le fait que la question n'ait pas été prise en considération est assez compréhensible étant donné que les appels ne sont pas véritablement de nature contradictoire; en effet, le ministre n'a pas d'avocat ou de représentant pour plaider l'appel et les *amici curiae* n'interviennent habituellement que lorsque des questions sont soulevées par la Cour.

Be that as it may, the conflicting jurisprudence should be resolved either by legislation or by the Court of Appeal. With regard to the latter remedy, it appears that an appeal on a question of refusal to exercise jurisdiction is still open in citizenship appeal cases notwithstanding the provisions of subsection 14(6) previously quoted above.

Section 27 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] provides that an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any final judgment, judgment on a question of law, or interlocutory judgment of the Trial Division. Subsection 14(6) of the *Citizenship Act* prevents any decision of the Trial Division from being appealed. I have in the present case, refused to accept jurisdiction and refused to decide or even consider the question of a possible recommendation to the Minister. Such a refusal to exercise jurisdiction granted to me by the *Citizenship Act*, if in fact it has been so granted, does not constitute a "decision" as contemplated in subsection 14(6). The decision therein contemplated is one on the merits of the application. After hearing the evidence, had I rejected jurisdiction and categorically refused to decide the question of sufficiency of residence which was in issue before me, surely one or other of the parties involved would have the right to apply to the Court of Appeal for relief. Similarly, if, pursuant to subsection 14(5), jurisdiction does exist for the Court to consider making an administrative recommendation to the Minister, my refusal to comply constitutes in effect a refusal to perform a duty imposed on me by the statute in which event the Court of Appeal surely would have jurisdiction pursuant to section 27 of the *Federal Court Act* or, failing that, the necessary supervisory jurisdiction over its Trial Division to order me to act. Otherwise, the clear intention of the legislators that the questions raised in the Act be determined would be totally defeated.

A decision of the Court of Appeal on this issue would fully resolve it once and for all. To save further confusion and future wrangling over what is essentially a simple issue, an appeal against my decision would be most desirable. Since the

Quoi qu'il en soit, ces courants contradictoires de la jurisprudence devraient être tranchés soit par la loi, soit par la Cour d'appel. Dans ce dernier cas, il semble qu'on puisse encore interjeter appel du refus d'un juge d'exercer un pouvoir dans un appel en matière de citoyenneté, malgré les dispositions précitées du paragraphe 14(6).

L'article 27 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] précise qu'il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale d'un jugement définitif, d'un jugement sur une question de droit ou d'un jugement interlocutoire de la Section de première instance. Aux termes du paragraphe 14(6) de la *Loi sur la citoyenneté*, aucune décision de la Section de première instance n'est susceptible d'appel. Dans le cas présent, j'ai refusé d'exercer un pouvoir et de me prononcer sur la question d'une éventuelle recommandation au ministre, ou même d'envisager la possibilité de le faire. Ce refus d'exercer un pouvoir que me confère la *Loi sur la citoyenneté*, si ce pouvoir m'est effectivement conféré, ne constitue pas une «décision» au sens du paragraphe 14(6). La décision dont on parle dans ce paragraphe porte sur le fond de la demande. Si, après avoir entendu la preuve, je m'étais déclaré incompétent et que j'avais catégoriquement refusé de trancher la question relative à l'établissement de la résidence dont j'étais saisi, il est certain que l'une des parties en cause aurait eu le droit de demander réparation à la Cour d'appel. D'autre part, si, conformément au paragraphe 14(5), la Cour a effectivement le pouvoir d'examiner s'il y a lieu de faire une recommandation de nature administrative au ministre, mon refus d'exercer ce pouvoir équivaut en réalité au refus d'accomplir un devoir que m'impose la Loi, auquel cas la Cour d'appel serait certainement compétente selon l'article 27 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou bien pourrait invoquer le pouvoir de surveillance qu'elle exerce sur la Section de première instance pour m'ordonner d'accomplir ce devoir. Autrement, l'on ferait totalement échec à l'intention qu'a clairement exprimée le législateur de trancher les questions soulevées dans la Loi.

Une décision de la Cour d'appel réglerait la question une fois pour toutes. Afin de ne pas ajouter à la confusion et d'éviter de soulever d'autres controverses au sujet d'une question somme toute assez simple, il me semblerait hautement

administration of justice in general and the efficient disposal of citizenship appeals in particular would undoubtedly benefit greatly from a decision of the Court of Appeal, it is possible that the Minister might consider paying all legal costs of the appellant regardless of the ultimate disposition of the case.

APPENDIX A

PRO:

Re Naber-Sykes, [1986] 3 F.C. 434; (1986), 4 F.T.R. 204 (T.D.) (Walsh J.)

Re Salon (1978), 88 D.L.R. (3d) 238 (F.C.T.D.) (Thurlow A.C.J.)

In re Kleifges and in re Citizenship Act, [1978] 1 F.C. 734; (1978), 84 D.L.R. (3d) 183 (T.D.) (Walsh J.)

Re Maefs (1980), 110 D.L.R. (3d) 697 (F.C.T.D.) (Grant D.J.)

In re Chute and in re Citizenship Act, [1982] 1 F.C. 98 (T.D.) (Walsh J.) (note that he does not exercise this power in the circumstances)

Re Kerho (1988), 21 F.T.R. 180 (F.C.T.D.) (Teitelbaum J.)

Re Ngo (1986), 6 F.T.R. 81 (F.C.T.D.) (Denault J.—(no discussion))

Re Ballhorn (1981), 131 D.L.R. (3d) 505 (F.C.T.D.) (Mahoney J.)

Re Aboumalhab (1987), 17 F.T.R. 180 (F.C.T.D.) (Pinard J.)—adopts *Re Salon*

Re Brown (T-2724-80, Dubé J., judgment dated 3/11/80, F.C.T.D., not reported)—(does not exercise the power)

Re Steiner (T-503-78, Dubé J., judgment dated 2/6/78, F.C.T.D., not reported)

Re Anderson (T-1066-78, Décary J., judgment dated 11/7/78, F.C.T.D., not reported)

Re Johnston (T-4908-77, Walsh J., judgment dated 8/5/78, F.C.T.D., not reported)

Re Turcan (T-3202-78, Walsh J., judgment dated 6/10/78, F.C.T.D., not reported)

Re Hoang (T-727-89, Denault J., judgment dated 4/7/89, F.C.T.D., not yet reported)

Re Hung-Cho (T-2676-85, Joyal J., judgment dated 28/8/86, F.C.T.D., not reported)—(no discussion)

Re Ying (T-2677-85, Joyal J., judgment dated 28/8/86, F.C.T.D., not reported)—(no discussion)

Re Mitha (T-4832-78, Cattnach J., judgment dated 1/6/79, F.C.T.D., not reported)—(exercises power even though he thinks it is improper.) (Refer subsequent decision in *Amendola*, *infra*.)

Re Zakrzewski (T-599-78, Dubé J., judgment dated 2/6/78, F.C.T.D., not reported)

Re Karroum (T-1622-89, Pinard J., judgment dated 2/3/90, F.C.T.D., not yet reported)

souhaitable qu'un appel soit interjeté de ma décision. Comme l'administration de la justice en général et le règlement efficace des appels en matière de citoyenneté en particulier bénéficieraient grandement d'une décision de la Cour d'appel, il est possible que le ministre envisage de payer tous les dépens de l'appelant, quelle que soit l'issue de la cause.

ANNEXE A

b

POUR:

Re Naber-Sykes, [1986] 3 C.F. 434; (1986), 4 F.T.R. 204 (1^{re} inst.) (juge Walsh)

Re Salon (1978), 88 D.L.R. (3d) 238 (C.F. 1^{re} inst.) (juge en chef adjoint Thurlow)

c

In re Kleifges et in re Loi sur la citoyenneté, [1978] 1 C.F. 734; (1978), 84 D.L.R. (3d) 183 (1^{re} inst.) (juge Walsh)

Re Maefs (1980), 110 D.L.R. (3d) 697 (C.F. 1^{re} inst.) (juge suppléant Grant)

d

In re Chute et in re la Loi sur la citoyenneté, [1982] 1 C.F. 98 (juge Walsh) (note qu'il n'exerce pas ce pouvoir dans les circonstances)

Re Kerho (1988), 21 F.T.R. 180 (C.F. 1^{re} inst.) (juge Teitelbaum)

Re Ngo (1986), 6 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.) (juge Denault)—(pas d'examen)

e

Re Ballhorn (1981), 131 D.L.R. (3d) 505 (C.F. 1^{re} inst.) (juge Mahoney)

Re Aboumalhab (1987), 17 F.T.R. 180 (C.F. 1^{re} inst.) (juge Pinard)—adopte *Re Salon*

f

Re Brown (T-2724-80, juge Dubé, jugement en date du 3-11-80, C.F. 1^{re} inst., non publié)—(n'exerce pas le pouvoir)

Re Steiner (T-503-78, juge Dubé, jugement en date du 2-6-78, C.F. 1^{re} inst., non publié)

Re Anderson (T-1066-78, juge Décary, jugement en date du 11-7-78, C.F. 1^{re} inst., non publié)

g

Re Johnston (T-4908-77, juge Walsh, jugement en date du 8-5-78, C.F. 1^{re} inst., non publié)

Re Turcan (T-3202-78, juge Walsh, jugement en date du 6-10-78, C.F. 1^{re} inst., non publié)

Re Hoang (T-727-89, juge Denault, jugement en date du 4-7-89, C.F. 1^{re} inst., encore inédit)

h

Re Hung-Cho (T-2676-85, juge Joyal, jugement en date du 28-8-86, C.F. 1^{re} inst., non publié)—(pas d'examen)

Re Ying (T-2677-85, juge Joyal, jugement en date du 28-8-86, C.F. 1^{re} inst., non publié)—(pas d'examen)

i

Re Mitha (T-4832-78, juge Cattnach, jugement en date du 1-6-79, C.F. 1^{re} inst., non publié)—(exerce le pouvoir même s'il estime que cela n'est pas approprié) (Voir sa décision subséquente dans *Amendola*, ci-après)

Re Zakrzewski (T-599-78, juge Dubé, jugement en date du 2-6-78, C.F. 1^{re} inst., non publié)

j

Re Karroum (T-1622-89, juge Pinard, jugement en date du 2-3-90, C.F. 1^{re} inst., encore inédit)

CON:

In re Akins and in re the Citizenship Act, [1978] 1 F.C. 757; (1978), 87 D.L.R. (3d) 93 (T.D.) (Addy J.)

Re Conroy (1979), 99 D.L.R. (3d) 642 (F.C.T.D.) (Cattanach J.)

In re Boutros and in re Citizenship Act, [1980] 1 F.C. 624; (1980), 109 D.L.R. (3d) 680 (T.D.) (Addy J.)

In re Aaron and in re Citizenship Act, [1982] 2 F.C. 348 (T.D.) (Addy J.)

Re Anquist, [1985] 1 W.W.R. 562; (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 241 (F.C.T.D.) (Muldoon J.)

Lakha (In re) and in re Citizenship Act, [1981] 1 F.C. 746 (T.D.) (Cattanach J.)

In re Albers (T-75-78, Addy J., judgment dated 11/5/78, F.C.T.D., not reported)—(no discussion)

Re Zakowski (T-2054-85, Addy J., order dated 28/2/86, F.C.T.D., not reported)

Re Amendola (T-177-82, Cattanach J., judgment dated 7/4/82, F.C.T.D., not reported)—(adopts *Re Akins*)

CONTRE:

In re Akins et in re la Loi sur la citoyenneté, [1978] 1 C.F. 757; (1978), 87 D.L.R. (3d) 93 (1^{re} inst.) (juge Addy)

Re Conroy (1979), 99 D.L.R. (3d) 642 (C.F. 1^{re} inst.) (juge Cattanach)

^a *In re Boutros et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1980] 1 C.F. 624; (1980), 109 D.L.R. (3d) 680 (1^{re} inst.) (juge Addy)

In re Aaron et in re la Loi sur la citoyenneté, [1982] 2 C.F. 348 (1^{re} inst.) (juge Addy)

^b *Re Anquist*, [1985] 1 W.W.R. 562; (1984), 34 Alta. L.R. (2d) 241 (C.F. 1^{re} inst.) (juge Muldoon)

Lakha (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté, [1981] 1 C.F. 746 (1^{re} inst.) (juge Cattanach)

In re Albers (T-75-78, juge Addy, jugement en date du 11-5-78, C.F. 1^{re} inst., non publié)—(pas d'examen)

^c *Re Zakowski* (T-2054-85, juge Addy, ordonnance en date du 28-2-86, C.F. 1^{re} inst., non publiée)

Re Amendola (T-177-82, juge Cattanach, jugement en date du 7-4-82, C.F. 1^{re} inst., non publié)—(adopte *Re Akins*)

T-706-88

T-706-88

John Badger (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)INDEXED AS: *BADGER v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Saskatoon, October 3; Ottawa, October 11, 1990.

Constitutional law — Responsible government — Executive branch — Delegation of Minister's powers — Whether Deputy Minister can amend Order in Council — Band member seeking declarations (1) Band still subject to Order in Council declaring elections to be in accordance with Indian Act (2) amendment to Order in Council by Deputy Minister of no effect as made without authority — Act empowering Governor in Council to make order band council elections to be held in accordance with Act — Act amended substituting Minister for Governor in Council — Majority vote in referendum at reservation favouring reversion to band custom for elections — Deputy Minister purporting to amend Order in Council deleting band from Schedule to Order listing those having elections governed by Act — Since then several elections held under band custom — S. 3(2) of Act conferring broad delegation authority — Not question of implied authority — Minister's power lawfully delegated.

Native peoples — Elections — 1952 Order in Council declaring chief and council of certain Indian bands to be elected in accordance with provisions of Indian Act — Deputy Minister's 1982 amendment resulting in reversion to band custom elections — Referendum indicating majority of voters favouring reversion to band custom for elections — Band Council passing resolution to that effect — Minister lawfully delegating power as authorized by general provisions of Interpretation Act and in absence of specific provision to contrary — Amendment valid — Minister's power to issue or repeal declaration under present s. 74(1) bringing band's election under Indian Act not conditional on holding referendum or adoption of band council resolution.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 3, 4(2), 74(1).
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 26(4), 36(g).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2, 31(4), 44(g).
Statutory Instruments Act, S.C. 1970-71-72, c. 38.
The Indian Act, S.C. 1951, c. 29, s. 73 (as am. by S.C. 1956, c. 40, s. 20).

John Badger (demandeur)

c.

a Sa Majesté la Reine (défenderesse)RÉPERTORIÉ: *BADGER c. CANADA (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Strayer—Saskatoon, 3 octobre; Ottawa, 11 octobre 1990.

Droit constitutionnel — Gouvernement responsable — Pouvoir exécutif — Délégation des pouvoirs du ministre — Le sous-ministre peut-il modifier un décret? — Un membre d'une bande indienne désire obtenir un jugement déclaratoire portant (1) que la bande est encore assujettie au décret déclarant que les élections doivent se faire conformément aux dispositions de la Loi sur les Indiens et (2) qu'une modification apportée au décret par le sous-ministre est sans effet car celui-ci n'avait pas les pouvoirs nécessaires — La Loi autorise le gouverneur en conseil à adopter un décret portant que les élections du conseil de bande doivent se faire conformément aux dispositions de la Loi — La Loi a été modifiée pour substituer le ministre au gouverneur en conseil — Un vote majoritaire obtenu à la suite d'un référendum tenu dans la réserve favorisait le retour aux coutumes de la bande en matière d'élections — Le sous-ministre aurait modifié le décret en rayant le nom de la bande de l'annexe de ce décret qui énumère les bandes dont les élections sont régies par la Loi — Plusieurs élections ont depuis été tenues conformément aux coutumes de la bande — L'art. 3(2) de la Loi confère un vaste pouvoir de déléguer — Il ne s'agit pas d'un pouvoir implicite — Le pouvoir du ministre a été légalement délégué.

Peuples autochtones — Élections — Un décret de 1952 déclarait que le chef et le conseil de certaines bandes indiennes devaient être élus conformément aux dispositions de la Loi sur les Indiens — Une modification adoptée par le sous-ministre en 1982 a entraîné le retour aux coutumes de la bande en matière d'élections — Il ressort d'un référendum que la majorité des électeurs favorisaient le retour aux coutumes de la bande en matière d'élections — Le conseil de bande a adopté une résolution à cet effet — Le ministre a délégué son pouvoir légalement comme le lui permettent les dispositions générales de la Loi d'interprétation et en l'absence de disposition contraire — Modification valide — Le pouvoir qu'a le ministre d'adopter ou d'abroger une déclaration en vertu de l'actuel art. 74(1) relatif à la tenue d'une élection conformément à la Loi sur les Indiens n'est pas subordonné à la tenue d'un référendum ou à l'adoption d'une résolution du conseil de bande.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 26(4), 36g).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 2, 31(4), 44g).
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, chap. 29, art. 73 (mod. par S.C. 1956, chap. 40, art. 20).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 3, 4(2), 74(1).
Loi sur les textes réglementaires, S.C. 1970-71-72, chap. 38.

COUNSEL:

J. R. Cherkewich for plaintiff.
Bruce Gibson for defendant.

AVOCATS:

J. R. Cherkewich pour le demandeur.
Bruce Gibson pour la défenderesse.

a

SOLICITORS:

Cherkewich & Yost, Prince Albert, Saskatchewan, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

PROCUREURS:

Cherkewich & Yost, Prince Albert (Saskatchewan), pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.:

Relief Requested

The plaintiff seeks a declaration that the Cote Indian Band in Saskatchewan is still subject to Order in Council P.C. 1701 of March 25, 1952 which declared that the election of the chief and council of the Band should be in accordance with the provisions of *The Indian Act* [S.C. 1951, c. 29]. A declaration is also sought that a purported amendment to that Order in Council issued by the Deputy Minister of Indian and Northern Affairs on January 26, 1982 is of no effect as being made without authority.

Facts

The plaintiff is a treaty Indian and a member of the Cote Band which occupies Cote Reserve #64 in the province of Saskatchewan.

Order in Council P.C. 1701, which was adopted on March 25, 1952 declared that on and after April 1, 1952 the chief and council of each of the Indian bands named in the Schedule to the Order in Council were to be elected in accordance with the provisions of *The Indian Act*. It also provided that the chief of each of the said bands should be elected by a majority of votes of the electors of the band as should the councillors, the elections for councillors to be held at large without the respective reserves being divided into electoral divisions. The Cote Band was one of those listed in the Schedule to the Order in Council.

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

LE JUGE STRAYER:

Demande de réparation

Le demandeur désire obtenir une ordonnance déclarant que la bande indienne de Cote, en Saskatchewan, est encore assujettie à l'arrêté C.P. 1701 du 25 mars 1952 qui prévoyait que l'élection du chef et du conseil de bande devait se faire conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* [S.C. 1951, chap. 29]. Il désire obtenir également une déclaration portant qu'une modification supposément apportée à ce décret par le sous-ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien le 26 janvier 1982 est sans effet, le sous-ministre n'ayant pas les pouvoirs nécessaires.

Les faits

Le demandeur est un Indien inscrit et un membre de la bande indienne de Cote, qui occupe la réserve n° 64 de Cote, en Saskatchewan.

L'arrêté C.P. 1701, qui a été promulgué le 25 mars 1952 déclarait qu'à partir du 1^{er} avril 1952 le chef et le conseil de chacune des bandes indiennes désignées à l'annexe dudit décret devaient être élus conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Ce décret prévoyait également que le chef ainsi que les conseillers de chacune des dites bandes devaient être élus par la majorité des électeurs de la bande et que les élections devaient être tenues à l'échelle de la bande, c'est-à-dire sans que les diverses réserves soient divisées en circonscriptions électorales. La bande indienne de Cote est une des bandes énumérées à l'annexe de l'arrêté.

It appears that this Order in Council was adopted under the authority of section 73 of *The Indian Act* then in force.¹ Subsection 73(1) of that Act provided:

73. (1) Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Governor in Council may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.

Subsections 73(3) and (4) authorized the Governor in Council to adopt additional orders or regulations prescribing whether the chiefs were to be elected by the bands at large or by the elected members of council, and whether councillors were to be elected at large or elected each from a separate electoral district.

In 1956, subsection 73(1) was amended substituting the Minister for the Governor in Council.² The effect of this was to empower the Minister to make a declaration that band elections should be governed by *The Indian Act*. Although the remainder of the section was amended somewhat, the amendments left with the Governor in Council as before the power to make orders or regulations in respect of certain modalities of the elections.

On July 31, 1981 a referendum was held on the Cote reserve to determine whether members of the Band wished to revert to band custom for elections. It is agreed that the results of this referendum were as follows: number of eligible electors — 227; number of electors who voted — 131; number of voters in favour (of reverting to band custom elections) — 65; number of voters against — 62; and number of rejected ballots — 4. A document purporting to be a band council resolution which was put in evidence, dated October 6, 1981, states that a Cote Reserve Elections Act has been developed by the council, approved by a majority of the treaty Indians of Cote, and is therefore declared in force. This resolution was signed by the chief and seven of the twelve councillors.

On January 26, 1982, Mr. Paul M. Tellier, Deputy Minister of Indian and Northern Affairs issued an instrument which purported to amend

Il appert que ce décret a été adopté en vertu de l'article 73 de la *Loi sur les Indiens* qui était alors en vigueur¹. Le paragraphe 73(1) de la Loi prévoit:

a 73. (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le gouverneur en conseil peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour y désigné le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera formé au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

b Les paragraphes 73(3) et (4) autorisaient le gouverneur en conseil à adopter d'autres décrets ou règlements pour déterminer si les chefs doivent être élus par l'ensemble de la population des bandes ou par les membres élus du conseil et si les c conseillers doivent être élus par l'ensemble de la bande ou par des districts électoraux séparés.

En 1956, le paragraphe 73(1) a été modifié pour substituer le ministre au gouverneur en conseil². d Ces modifications ont eu pour effet d'habiliter le ministre à déclarer que les élections des bandes indiennes doivent être régies par la *Loi sur les Indiens*. Bien que le reste de l'article ait été quelque peu modifié, les modifications apportées n'ont e pas privé le gouverneur en conseil du pouvoir d'adopter des décrets ou règlements relatifs à certaines modalités des élections.

Le 31 juillet 1981, un référendum a été tenu à la f réserve de Cote pour déterminer si les membres de la bande désiraient retourner aux coutumes de la bande en matière d'élections. Il est admis que les résultats de ce référendum étaient les suivants: nombre d'électeurs admissibles: 227; nombre d'électeurs ayant voté: 131; nombre de votes en g faveur (au retour à la coutume électorale de la bande): 65; nombre de votes contre: 62; nombre de bulletins rejetés: 4. Un document daté du 6 octobre 1981, qui est censé être une résolution du conseil de bande et qui a été versé à titre de h preuve, déclare qu'une loi relative aux élections dans la réserve de Cote a été préparée par le conseil de bande, approuvée par une majorité d'Indiens inscrits de Cote et qu'elle est ainsi entrée en i vigueur. Cette résolution est signée par le chef et sept des douze conseillers.

Le 26 janvier 1982, le sous-ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, M. Paul M. Tellier, a publié un document qui prétend modifier

¹ S.C. 1951, c. 29.

² S.C. 1956, c. 40, s. 20.

¹ S.C. 1951, chap. 29.

² S.C. 1956, chap. 40, art. 20.

Order in Council P.C. 1701 by deleting from the Schedule to that Order in Council the Cote Band of Indians. The purported purpose and effect of this instrument was to allow the Cote Band to return to band custom in respect of elections. It is not disputed that since that time several elections have been held in accordance with band custom. The plaintiff himself was elected as a member of the council of the Cote Band on July 31, 1986, in an election governed by band custom.

The plaintiff now seeks a declaration that there was never a lawful reversion to band custom elections because the Order of Paul Tellier of January 26, 1982 is invalid. Although Her Majesty is the nominal defendant, there is no objection raised by the Crown as to this form of a proceeding for a declaration. Nor does the Crown dispute the standing of the plaintiff as a member of the Band and of the council to seek such a declaration.

Conclusions

I have concluded that the only issue necessary for me to decide is whether the Order of the Deputy Minister of January 26, 1982 was valid. The essential issue raised by the plaintiff, in this respect, is as to whether a Deputy Minister can amend an order in council. At first blush, the suggestion that this is possible is somewhat surprising.

It will be useful first to consider whether the Minister of Indian and Northern Affairs himself could have similarly amended the Order in Council of 1952. It will be noted that had the Minister or his predecessor originally issued the declaration made under what was then subsection 73(1) of the *The Indian Act*, it would appear that he could annul that declaration. This follows from subsection 31(4) of the *Interpretation Act*.³

31. ...

(4) Where a power is conferred to make regulations, the power shall be construed as including a power, exercisable in the same

³ R.S.C., 1985, c. I-21, at the time of the 1982 Order, the comparable provision was subsection 26(4) of the R.S.C. 1970, c. I-23.

l'arrêté C.P. 1701 en rayant de l'annexe de cet arrêté la bande indienne de Cote. Ce document a supposément pour but et pour effet de permettre à la bande indienne de Cote de remettre en vigueur les coutumes électorales de la bande. Le fait que depuis lors diverses élections ont été tenues conformément aux coutumes de la bande n'est pas contesté. Le demandeur a lui-même été élu membre du conseil de bande de Cote le 31 juillet 1986 dans le cadre d'une élection régie par une coutume de la bande.

Le demandeur désire obtenir une déclaration portant que le régime des élections tenues conformément aux coutumes de bande n'a jamais été rétabli légalement, car le décret de Paul Tellier daté du 26 janvier 1982 est invalide. Bien que Sa Majesté soit la défenderesse à titre nominal dans le jugement, la Couronne n'a pas soulevé d'objections sur ce mode d'obtention d'une déclaration. De même, la Couronne ne conteste pas le droit du demandeur de chercher à obtenir, en tant que membre de la bande et du conseil, une telle déclaration.

Conclusions

J'en suis arrivé à la conclusion que la seule question que je dois trancher est celle de la validité du décret du 26 janvier 1982 du sous-ministre. La question de fond soulevée par le demandeur à ce sujet est celle de savoir si un sous-ministre peut modifier un décret. À première vue, l'idée que cela soit possible est quelque peu surprenante.

Il serait utile de commencer par demander si le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien aurait pu lui-même modifier le décret de 1952. À cet égard, il y a lieu de noter que si le ministre ou son prédécesseur avait auparavant émis la déclaration faite en vertu de ce qui était alors le paragraphe 73(1) de la *Loi sur les Indiens*, il serait semble-t-il habilité à annuler cette déclaration. Cette interprétation se fonde sur le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*.³

31. ...

(4) Le pouvoir de prendre des règlements comporte celui de les modifier, abroger ou remplacer, ou d'en prendre d'autres, les

³ L.R.C. (1985), chap. I-21; au moment de la publication de l'arrêté de 1982, il s'agissait du paragraphe 26(4) des S.R.C. 1970, chap. I-23.

manner and subject to the same consent and conditions, if any, to repeal, amend or vary the regulations and make others.

In the *Interpretation Act*, “regulation” is defined as an “order, regulation . . . or other instrument issued, made or established in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act”.

A declaration made under former subsection 73(1) of *The Indian Act* would be an instrument made in the execution of a power conferred by that Act. Therefore by the general provisions of the *Interpretation Act*, and in the absence of any specific provision limiting the implied power of repeal, the Minister would have had the power to repeal his own regulation. I do not accept, as the plaintiff suggests, that such a limitation can be found in subsection 4(2) of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] which grants authority to the Governor in Council alone to declare that certain portions of the *Indian Act* are not to apply to any particular Indian band. The plaintiff suggests that because that general power exists in the Governor in Council, it precludes the power of the Minister implied by the *Interpretation Act* to repeal his own orders. I do not agree as I believe these respective powers to be quite distinguishable. There is no reason to infer from subsection 4(2) of the *Indian Act* a “contrary intention” overriding the power otherwise conferred by the *Interpretation Act* whereby those who can make regulations or orders can also repeal them.

Of course the declaration of 1952, which the Deputy Minister purported to repeal in respect of this Band, was not made by a minister or a deputy minister. It was made by Order in Council, the Governor in Council being the only person or body then authorized by *The Indian Act* of 1951 to make such a declaration bringing the Cote Band under *The Indian Act* for election purposes. However, paragraph 44(g) of the *Interpretation Act*⁴ provides that where any enactment is repealed, then:

⁴ *Supra* note 3; the relevant provision at the time of the 1982 Order would have been R.S.C. 1970, c. I-23, paragraph 36(g).

conditions d'exercice de ce second pouvoir restant les mêmes que celles de l'exercice du premier.

Dans la *Loi d'interprétation*, le terme «règlement» est défini comme tout «décret, ordonnance, proclamation . . . ou autre acte pris: soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale».

Une déclaration faite en vertu de l'ancien paragraphe 73(1) de la *Loi sur les Indiens* serait un acte pris dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime de cette Loi. Par conséquent, en vertu des dispositions générales de la *Loi d'interprétation* et en l'absence de toute disposition spécifique limitant le pouvoir d'abrogation implicite, le ministre serait habilité à abroger son propre règlement. Je n'accepte pas qu'on puisse, comme le prétend le demandeur, trouver une telle limitation dans le paragraphe 4(2) de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), chap. I-5], qui confère exclusivement au gouverneur en conseil le pouvoir de déclarer que certaines parties de la *Loi sur les Indiens* ne s'appliquent pas à une bande particulière. Le demandeur prétend que le gouverneur en conseil ayant un pouvoir général, il est interdit au ministre de se prévaloir du pouvoir qu'accorde implicitement la *Loi d'interprétation* pour abroger ses propres décrets. Je ne suis pas de cet avis, car je crois que ces pouvoirs respectifs sont assez différents les uns des autres. Il n'y a aucune raison de conclure du paragraphe 4(2) de la *Loi sur les Indiens* à une «intention contraire» qui aurait préséance sur les pouvoirs autrement conférés par la *Loi d'interprétation*, en vertu de laquelle ceux qui prennent les règlements ou les décrets sont également habilités à les abroger.

Naturellement, la déclaration de 1952, que le sous-ministre prétend abroger au sujet de cette bande, n'avait pas été adoptée par un ministre ou un sous-ministre. Il s'agissait d'un décret, le gouverneur en conseil étant la seule personne ou le seul organe alors autorisé par la *Loi sur les Indiens* de 1951 à faire une telle déclaration, qui assujettit la tenue d'élections dans la bande de Cote aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Cependant, l'alinéa 44g) de la *Loi d'interprétation*⁴ dispose que lorsqu'un texte est abrogé:

⁴ Note 3 ci-dessus; la disposition applicable au moment de l'adoption de l'arrêté de 1982 aurait été l'alinéa 36g), S.R.C. 1970, chap. I-23.

44. ...

(g) all regulations made under the repealed enactment remain in force and are deemed to have been made under the new enactment, in so far as they are not inconsistent with the new enactment, until they are repealed or others made in their stead
....

As noted above, the former subsection 73(1) of *The Indian Act* in effect in 1952 which authorized the Governor in Council to make a declaration that a band's elections were to be held under *The Indian Act* was amended in 1956 to delete the authority of the Governor in Council and to confer it instead on the Minister. The effect, therefore, of paragraph 44(g) of the *Interpretation Act* and its predecessor is that all "regulations" (and it has been already noted that such a declaration would be a "regulation" within the meaning of the *Interpretation Act*) made under the old subsection 73(1) such as the declaration in question here, would remain in force but would be deemed to have been made under the subsection as amended in 1956; namely, it would be deemed to have been made by the Minister. As we have seen, by subsection 31(4) of the *Interpretation Act* and its predecessors, if the Minister were deemed to have made the declaration in the Order in Council of 1952 then he would have the right to repeal that declaration.

The question remains as to whether such authority to repeal could be delegated to his Deputy Minister. Section 3 of the *Indian Act* provides:

3. (1) This Act shall be administered by the Minister, who shall be the superintendent general of Indian affairs.

(2) The Minister may authorize the Deputy Minister of Indian Affairs and Northern Development or the chief officer in charge of the branch of the Department relating to Indian affairs to perform and exercise any of the duties, powers and functions that may be or are required to be performed or exercised by the Minister under this Act or any other Act of Parliament relating to Indian affairs.

The power of the Minister to delegate to the Deputy Minister in subsection 3(2) is unlimited in scope, including any of the "duties, powers and functions" that the Minister may exercise under this Act. A certified copy of the Instrument of Delegation of Authority dated June 10, 1980 and in force at the time of the 1982 Order, issued by

44. ...

g) les règlements d'application du texte antérieur demeurent en vigueur et sont réputés pris en application du nouveau texte, dans la mesure de leur compatibilité avec celui-ci, jusqu'à abrogation ou remplacement;

a

Comme il a été mentionné précédemment, l'ancien paragraphe 73(1) de la *Loi sur les Indiens*, qui était en vigueur en 1952 et autorisait le gouverneur en conseil à déclarer que les élections de bande devaient être tenues en vertu de la *Loi sur les Indiens*, a été modifié en 1956 pour soustraire ce pouvoir au gouverneur en conseil et le confier de préférence au ministre. Par conséquent, l'alinéa 44g) de la *Loi d'interprétation* et la disposition correspondante de la version antérieure de cette Loi ont pour effet que tous les «règlements» (et il a été déjà fait mention du fait qu'une telle déclaration devrait être un «règlement» au sens de la *Loi d'interprétation*) pris en vertu de l'ancien paragraphe 73(1), notamment la déclaration dont il est question ici, resteraient en vigueur, mais seraient réputés avoir été adoptés conformément au paragraphe modifié en 1956, c'est-à-dire qu'ils seraient réputés avoir été pris par le ministre. Comme nous l'avons vu, en vertu du paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation* et des dispositions correspondantes de la version antérieure de cette Loi, si le ministre était sensé avoir fait la déclaration contenue dans l'arrêté de 1952, il aurait le droit de l'abroger.

Reste à trancher la question de savoir si un tel pouvoir d'abrogation pourrait être délégué au sous-ministre. L'article 3 de la *Loi sur les Indiens* dispose:

3. (1) Le ministre est chargé de l'application de la présente loi; il est le surintendant général des affaires indiennes.

(2) Le ministre peut autoriser le sous-ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien ou le fonctionnaire qui est directeur de la division du ministère relative aux affaires indiennes à accomplir et exercer tout pouvoir et fonction que peut ou doit accomplir ou exercer le ministre aux termes de la présente loi ou de toute autre loi fédérale concernant les affaires indiennes.

i Le pouvoir de délégation au sous-ministre que le paragraphe 3(2) donne au ministre a une portée illimitée s'appliquant à tout «pouvoir et fonction» que le ministre peut exercer en vertu de cette Loi.
j Une copie certifiée de l'acte de délégation de pouvoir daté du 10 juin 1980, et qui était en vigueur en 1982 au moment où le ministre des

the then Minister of Indian Affairs and Northern Development, authorized the Deputy Minister among others:

... to perform and exercise any of the powers, duties and functions that may be or are required to be performed or exercised by me under the *Indian Act*

It is difficult to imagine a more sweeping authorization to delegate than is found in subsection 3(2) of the *Indian Act* nor a more sweeping exercise of that authority to delegate than that set out in the Instrument of Delegation. While I accept the argument of counsel for the plaintiff that in certain circumstances a power to delegate is not to be implied, there is no need to imply such power here as it is expressly granted in very broad terms, and has been exercised in equally express and broad terms. In the circumstances it is not necessary to seek a further implied authority such as in paragraph 24(2)(c) of the *Interpretation Act* and its predecessor as relied on by the defendant.

I therefore conclude that the power which the Minister had to repeal the declaration made in the 1952 Order in Council had been lawfully delegated to his Deputy Minister who lawfully exercised that authority in his Order of January 26, 1982. This being the case there is no possibility of granting the declarations as requested by the plaintiff.

It should be noted that although the plaintiff also pleaded that the Deputy Minister's Order had not been published as required by the *Statutory Instruments Act*⁵ this position was abandoned in argument. I have declined to deal with the validity of the referendum of July 31, 1981, or of the band council resolution of October 6, 1981 because I am unable to see that they can in any way affect the validity of the Order of the Deputy Minister of January, 1982. The power of the Minister to issue or repeal a declaration under present subsection 74(1) with respect to bringing a band's election under the *Indian Act* is in no way conditioned on the holding of a referendum or the adoption of a band council resolution. While it is no doubt

Affaires indiennes et du Nord canadien a publié le décret, autorisait le sous-ministre entre autres choses à:

... exercer tous devoirs, pouvoirs et fonctions que peut ou doit accomplir ou exercer le Ministre aux termes de la présente Loi

Il est difficile d'imaginer une autorisation plus catégorique du pouvoir de déléguer que celle qu'on trouve au paragraphe 3(2) de la *Loi sur les Indiens* ni un exercice plus catégorique de ce pouvoir de déléguer que celle qui est exprimée dans cet acte de délégation. Tout en acceptant l'argument du procureur de la défenderesse selon lequel dans certaines circonstances un pouvoir de déléguer ne peut pas être accordé de façon implicite, j'estime qu'il n'y a pas lieu de considérer ici un tel pouvoir comme implicite, car il est explicitement accordé en des termes très larges et il a été exercé en des termes tout aussi explicites et tout aussi larges. Dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire de chercher un autre pouvoir implicite comme celui que confère l'alinéa 24(2)c) de la *Loi d'interprétation* et de la disposition correspondante de la version antérieure de cette Loi, ce sur quoi se fonde la défenderesse.

Je conclus donc que le pouvoir que le ministre avait d'abroger la déclaration contenue dans le décret de 1952 a été légalement délégué au sous-ministre qui en a fait un exercice légal en promulguant le décret du 26 janvier 1982. Cela étant, il n'y a aucune possibilité de faire les déclarations sollicitées par le demandeur.

Il convient de mentionner que le demandeur avait également allégué que le décret du sous-ministre n'avait pas été publié, comme l'exige la *Loi sur les textes réglementaires*⁵, mais cet argument a été abandonné. Je n'ai pas examiné la question de la validité du référendum du 31 juillet 1981 ni celle de la résolution du conseil de bande du 6 octobre 1981, puisque je ne vois pas en quoi ils peuvent affecter la validité du décret de janvier 1982 du sous-ministre. Le pouvoir qu'a le sous-ministre d'adopter ou d'abroger une déclaration en vertu de l'actuel paragraphe 74(1) relatif à la tenue d'une élection conformément à la *Loi sur les Indiens* n'est en aucune façon subordonné à la tenue d'un référendum ou à l'adoption d'une réso-

⁵ S.C. 1970-71-72, c. 38.

⁵ S.C. 1970-71-72, chap. 38.

highly important that the Minister have regard to the views of the Band, to the extent that those can be ascertained, the Act in no way requires some formal expression of those views such as by referendum or band council resolution. Counsel for the defendant relied in part on the Band having itself requested the repeal of the declaration in 1982 as a factor for the Court to consider in deciding against the plaintiff either on the basis of estoppel or in the exercise of equitable discretion. Having concluded that no declaration could be issued, I need not consider either estoppel or the criteria for the exercise of discretion. I would only observe that I have serious doubts that estoppel could bar the plaintiff from attacking the Order of 1982 if in fact there was no statutory authority for the making of that Order.

The action is therefore dismissed with costs.

lution du conseil de bande. S'il est sans aucun doute extrêmement important que le ministre prenne en considération les opinions de la bande, dans la mesure où celles-ci sont exprimées avec précision, la Loi n'exige en aucune façon que ces opinions soient formulées de manière officielle, par exemple par référendum ou par résolution du conseil de bande. Se fondant en partie sur le fait que la bande a elle-même demandé de considérer l'abrogation de la déclaration de 1982, l'avocat de la défenderesse a soutenu que la Cour devrait considérer cet élément pour débouter le demandeur soit pour cause d'irrecevabilité soit sur la base de l'exercice d'une discrétion équitable. Ayant conclu que la Cour ne peut émettre la déclaration demandée, je ne vois pas la nécessité de considérer ni l'irrecevabilité de la demande ni le critère de l'exercice de la discrétion. Je me contenterai d'ajouter que je doute fort que la notion d'irrecevabilité pourrait empêcher le demandeur de contester le décret de 1982, si en fait aucun texte de loi n'autorisait l'adoption de ce décret.

La cause est donc rejetée avec dépens.

T-493-88

T-493-88

CAL Investments Ltd. (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)

INDEXED AS: CAL INVESTMENTS LTD. v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Joyal J.—Vancouver, May 23; Ottawa, September 10, 1990.

Income tax — Reassessment — Limitation period — Senior officer signing waiver on behalf of corporate taxpayer without affixing corporate seal contrary to prescribed form — Although waiver mutually advantageous, corporate seal discretionary provision for Minister's benefit — Deficiency in waiver not creating nullity — Although officer lacking authority to affix seal and seal not in his possession, implied authority to sign waiver — Intending to bind company — Taxpayer estopped from repudiating waiver for non-compliance with condition.

Corporations — Use of corporate seal — Common law rule corporation bound by contract only if under seal now subject to so many exceptions that little remaining thereof — Senior officer signing income tax reassessment waiver without affixing seal, contrary to prescribed form — Officer having implied authority to sign waiver — On facts and case law, Minister's prescription requiring seal discretionary — As for Minister's benefit, may be waived.

This was an appeal from a reassessment for income tax for 1980. In September, 1985, near the end of the limitation period, Revenue Canada's auditor submitted a waiver in the form prescribed by the Minister to a Mr. Briggs, the plaintiff's Vice-President, Finance. The latter signed the form, as he knew that failure to do so would result in an immediate assessment. He had signed previous corporate tax returns and did not feel special authority was required. The corporate seal was not affixed. Some weeks later when the auditor requested that the seal be affixed, Briggs refused on the grounds that he had no authority to do so and that the seal was not in his possession. The form prescribes that whenever the taxpayer is a corporation, its corporate seal must be affixed to the waiver. The taxpayer challenged the validity of the waiver as not in prescribed form. It argued that a Minister's prescription deserves the same recognition as a statutory provision and that when the Minister prescribes that a corporate seal be affixed, it becomes an essential requirement and non-compliance results in a nullity. The Crown argued that a corporate seal was not necessary to make the waiver valid. Alternatively, the form was substantially complete and in substantial compliance with the prescribed form. The Crown relied upon such curative provisions as: *Income Tax Act*, subsection 152(8) (an assessment shall be deemed to be valid notwithstanding any error, defect or omis-

CAL Investments Ltd. (demanderesse)

c.

a Sa Majesté la Reine (défenderesse)RÉPERTORIÉ: CAL INVESTMENTS LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Joyal—Vancouver, 23 mai; Ottawa, 10 septembre 1990.

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Délai de prescription — Un dirigeant supérieur a signé, au nom d'une société contribuable, une renonciation au délai de prescription, sans apposer le sceau corporatif comme l'exigeait la formule prescrite — Bien que la renonciation comporte des avantages mutuels, l'apposition du sceau corporatif est une disposition discrétionnaire qui est à l'avantage du ministre — L'absence de sceau sur la renonciation n'entraîne pas sa nullité — Bien que le dirigeant n'ait pas eu le pouvoir d'apposer le sceau et n'ait pas eu celui-ci en sa possession, il avait le pouvoir implicite de signer la renonciation — Il avait l'intention de lier la compagnie — Le contribuable ne peut pas répudier la renonciation pour le motif qu'elle n'était pas conforme à la condition.

Corporations — Utilisation du sceau corporatif — La règle de common law selon laquelle aucun contrat non revêtu du sceau ne lie l'entreprise comporte maintenant tellement d'exceptions qu'elle est rarement appliquée de façon intégrale — Un dirigeant supérieur a signé une renonciation à une nouvelle cotisation d'impôt sur le revenu sans y apposer le sceau, contrairement à la formule prescrite — Le dirigeant avait le pouvoir implicite de signer la renonciation — Selon les faits et la jurisprudence, la prescription du ministre portant sur l'apposition du sceau est une mesure discrétionnaire — Comme il s'agit d'un avantage pour le ministre, celui-ci peut y renoncer.

Il s'agissait d'un appel à l'égard d'une nouvelle cotisation d'impôt sur le revenu pour l'année 1980. En septembre 1985, vers la fin du délai de prescription, un vérificateur de Revenu Canada a remis une renonciation en la forme prescrite par le ministre à un certain M. Briggs, le vice-président des finances de la demanderesse. Ce dernier a signé la formule, car il savait que, s'il refusait de le faire, une cotisation serait immédiatement établie. Il avait signé les déclarations d'impôt antérieures de la compagnie et il ne croyait pas qu'une autorisation spéciale était requise à cette fin. Le sceau de la compagnie n'a pas été apposé. Quelques semaines plus tard lorsque le vérificateur a demandé que le sceau soit apposé, Briggs a refusé pour le motif qu'il n'était pas habilité à le faire et qu'il n'avait pas le sceau en sa possession. La formule prévoit que, lorsque le contribuable est une compagnie, son sceau corporatif doit être apposé sur la renonciation. La contribuable a contesté la validité de la renonciation pour le motif qu'elle n'était pas en la forme prescrite. Elle a allégué que la prescription du ministre mérite la même reconnaissance qu'une disposition d'une loi et que, lorsque le ministre prescrit qu'un sceau corporatif doit être apposé, le document sera nul si cette condition n'est pas respectée. La Couronne a soutenu qu'il n'est pas nécessaire que le sceau corporatif soit apposé sur la formule de renonciation pour que celle-ci soit valide. Subsidièrement, la formule était sensible-

sion); subsection 152(3) (liability is not affected by an incorrect or incomplete assessment); and section 166 (an assessment shall not be vacated by reason only of any irregularity). It was further argued that the plaintiff should be estopped from denying the validity of the instrument or the authority of the officer in executing it on the basis of the officer's conduct and his own evidence. The Crown submitted that the common law rule that no corporation is bound by contract except under seal has been so eroded by exceptions that little remains of it, apart from special statutory intervention. Finally, reference was made to cases under the *Income Tax Act* in which strict adherence to various prescriptions has been found wanting without affecting the legality of the document. The issue was whether the prescription was mandatory so that its absence made the waiver null and void.

Held, the action should be dismissed.

The corporate seal is a discretionary provision for the Minister's benefit and a deficiency in the waiver does not create a nullity. The assessment subsequently issued was valid.

A waiver provides mutual advantages to the Crown and to the taxpayer. It is an accommodation between the Crown and the taxpayer for the better administration of the *Income Tax Act* and to provide a more efficient determination of any liability. A waiver allows the Crown to continue its assessment or audit work without having to worry about limitation periods. If forced to issue a premature assessment because of the imminent expiry of the limitation period, the Crown may include items it could otherwise omit. As the onus of proving an assessment to be wrong is on the taxpayer, the burden upon him might thus be increased. It is incumbent upon the Crown, in accepting the waiver, to be satisfied that the taxpayer will be bound by it. In that the authority of persons acting on behalf of a corporation is best assured by the affixing of a corporate seal, the requirement of a corporate seal would appear to be for the Crown's benefit.

Upon a review of the facts and case law, it appeared that the requirement of a corporate seal was directory only. The prescription was imposed by the Minister and was for his protection. As such it could be waived by him in appropriate circumstances. A waiver was not a statutory obligation to which statutory defences might be raised, but a consensual arrangement between the taxpayer and the Crown to accept a delayed process for an assessment for mutually advantageous reasons. The signing officer had implied authority to agree to a waiver. He signed the waiver with the intention of binding the com-

ment complète et sensiblement conforme à la formule prescrite. La Couronne a invoqué les dispositions correctives suivantes: le paragraphe 152(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (une cotisation est réputée être valide nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission); le paragraphe 152(3) (le fait qu'une cotisation est inexacte ou incomplète n'a pas d'effet sur les responsabilités du contribuable); et l'article 166 (une cotisation ne doit pas être annulée uniquement par suite d'irrégularité). On a également fait valoir que, compte tenu de la conduite du dirigeant et de son propre témoignage, la demanderesse ne pouvait nier la validité du document ou le pouvoir du dirigeant de le signer. La Couronne a allégué que la règle de common law selon laquelle aucun contrat non revêtu du sceau ne lie l'entreprise comporte tellement d'exceptions qu'elle est rarement appliquée de façon intégrale, sauf dans les cas où le législateur est intervenu de façon explicite. Enfin ont été également citées certaines décisions qui ont été rendues en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et dans lesquelles la légalité du document n'a pas été touchée par le fait que certaines prescriptions n'avaient pas été respectées à la lettre. La question était de savoir si la prescription était obligatoire au point que l'absence du sceau corporatif rendrait la renonciation nulle et non avenue.

Jugement: l'action devrait être rejetée.

Le sceau corporatif constitue une exigence discrétionnaire avantageuse pour le ministre et une lacune que comporterait la renonciation n'entraînerait pas sa nullité. La cotisation établie subséquemment était valide.

Une renonciation comporte des avantages mutuels pour la Couronne et le contribuable. C'est un accommodement entre la Couronne et le contribuable qui permet d'améliorer l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de déterminer de façon plus efficace toute dette découlant de l'application de celle-ci. La renonciation permet à la Couronne de continuer sa cotisation ou son évaluation sans devoir se préoccuper des délais. Si elle est forcée d'établir une cotisation prématurée parce qu'elle voit approcher la fin du délai, la Couronne peut inscrire des éléments que sinon elle pourrait omettre. Comme c'est le contribuable qui a la charge de prouver que la cotisation est erronée, cette charge pourrait devenir plus lourde. Il incombe à la Couronne de s'assurer, lorsqu'elle accepte la renonciation, que le contribuable soit lié par celle-ci. Vu que l'apposition du sceau corporatif est la mesure permettant le mieux de confirmer l'existence du pouvoir de la personne qui agit au nom de la compagnie, l'exigence liée à l'apposition du sceau corporatif semblerait être une condition avantageuse pour la Couronne.

Après examen des faits et de la jurisprudence, il est apparu que l'apposition du sceau corporatif était une exigence directrice seulement. La prescription était imposée par le ministre et pour sa protection. Il pourrait renoncer à cette mesure de protection dans des circonstances appropriées. La renonciation ne constitue pas une obligation législative à l'égard de laquelle des moyens de contestation d'origine législative pourraient être soulevés, mais un accord mutuel par lequel le contribuable et la Couronne acceptent que le délai d'évaluation soit prolongé pour des raisons avantageuses pour les deux parties. Le dirigeant qui a signé avait le pouvoir implicite d'accepter une renonciation. Il a signé la renonciation avec l'intention de lier la compagnie. Le contribuable ne pourrait pas répudier plus tard la renonciation

pany. The taxpayer could not later repudiate the waiver on the ground of non-compliance with one of its prescribed conditions.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, ss. 124, 125.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 152(3), (4)(a)(ii), (8), 166, 220(1), 244(16), 248.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. 1-21, s. 2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Hart Electronics Ltd. (1959), 29 W.W.R. 28 (Man. C.A.); *R. v. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] F.C. 396 (T.D.); *Liverpool Borough Bank v. Turner* (1860), 2 De G. F. & J. 502; *Howard v. Bodington* (1877), 2 P.D. 203 (Ct. of Arches).

CONSIDERED:

Pan American World Airways Inc. v. R., [1979] 2 F.C. 34; (1979), 96 D.L.R. (3d) 267 (T.D.); *Waterous Engine Co. v. Town of Capreol* (1922), 52 O.L.R. 247; [1923] 3 D.L.R. 575 (C.A.); *Guaranty Properties Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 292; [1987] 1 C.T.C. 242; (1987), 87 DTC 5124; 9 F.T.R. 17 (T.D.); *Wilchar Construction Ltd. v. R.*, [1982] 2 F.C. 489; (1981), 124 D.L.R. (3d) 415; [1981] CTC 415; 81 DTC 5318; 38 N.R. 578 (C.A.); *R. v. Kidd* (1974), 6 O.R. (2d) 769; 74 DTC 6574 (H.C.); *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 554; (1974), 45 D.L.R. (3d) 254; [1974] C.T.C. 241; 74 DTC 6197; 2 N.R. 197 (C.A.); *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 339; [1986] 2 C.T.C. 325; (1986), 86 DTC 6465; 6 F.T.R. 294 (T.D.).

AUTHORS CITED

Phipson, Sidney L. *The Law of Evidence*, 8th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1942.
 Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*, Toronto: The Carswell Co. Ltd., 1979.

COUNSEL:

Ian H. Pitfield for plaintiff.
William Mah for defendant.

SOLICITORS:

Thorsteinsson, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson, Vancouver, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

pour le motif qu'elle n'était pas conforme à l'une des conditions prescrites.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Company Act, R.S.B.C. 1979, chap. 59, art. 124, 125.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 152(3), (4)a(ii), (8), 166, 220(1), 244(16), 248.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 2.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. v. Hart Electronics Ltd. (1959), 29 W.W.R. 28 (C.A. Man.); *R. c. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] C.F. 396 (1^{re} inst.); *Liverpool Borough Bank v. Turner* (1860), 2 De G. F. & J. 502; *Howard v. Bodington* (1877), 2 P.D. 203 (Ct. of Arches).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Pan American World Airways Inc. c. R., [1979] 2 C.F. 34; (1979), 96 D.L.R. (3d) 267 (1^{re} inst.); *Waterous Engine Co. v. Town of Capreol* (1922), 52 O.L.R. 247; [1923] 3 D.L.R. 575 (C.A.); *Guaranty Properties Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 292; [1987] 1 C.T.C. 242; (1987), 87 DTC 5124; 9 F.T.R. 17 (1^{re} inst.); *Wilchar Construction Ltd. c. R.*, [1982] 2 C.F. 489; (1981), 124 D.L.R. (3d) 415; [1981] CTC 415; 81 DTC 5318; 38 N.R. 578 (C.A.); *R. v. Kidd* (1974), 6 O.R. (2d) 769; 74 DTC 6574 (H.C.); *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 554; (1974), 45 D.L.R. (3d) 254; [1974] C.T.C. 241; 74 DTC 6197; 2 N.R. 197 (C.A.); *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 339; [1986] 2 C.T.C. 325; (1986), 86 DTC 6465; 6 F.T.R. 294 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Phipson, Sidney L. *The Law of Evidence*, 8th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1942.
 Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*, Toronto: The Carswell Co. Ltd., 1979.

h

AVOCATS:

Ian H. Pitfield pour la demanderesse.
William Mah pour la défenderesse.

i

PROCUREURS:

Thorsteinsson, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson, Vancouver, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

j

The following are the reasons for judgment rendered in English by

JOYAL J.: This is an appeal by the plaintiff, a company incorporated under the laws of British Columbia, from a reassessment for income tax purposes for the taxation year 1980. The plaintiff alleges that not only is the reassessment wrong on the merits but that it was issued beyond the four-year limitation period applicable at the relevant period.

The plaintiff's challenge to the validity of the reassessment is on the grounds that a waiver signed on behalf of the plaintiff pursuant to subparagraph 152(4)(a)(ii) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] was not in a "prescribed" form and consequently is a nullity. The form prescribes that whenever the taxpayer is a corporation, its corporate seal must be affixed to the waiver. The corporate seal was not affixed.

After the parties had exchanged pleadings, they agreed that the issue of the validity of the reassessment which involves of course the validity of the waiver, should first be decided. The resolution of that issue would either bring the litigation to an end or otherwise provoke a second round of debate on the merits of the reassessment itself.

THE FACTS

The facts surrounding the waiver issue are not in dispute. Evidence was heard from James Findlay Briggs, Vice-President, Finance, of the plaintiff company and from Spencer William Holmes, an auditor with Revenue Canada, Taxation. Both witnesses gave clear and forthright testimony and it can be said that on all issues of substance, they effectively corroborated each other.

It was late in January or early February, 1985, that Mr. Holmes started an audit of the plaintiff's books. In the course of the following seven or eight months, he attended intermittently at the plaintiff's offices to conduct his audit. His chief source of information throughout that period was of course Mr. Briggs whose duties and functions

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

LE JUGE JOYAL: Il s'agit d'un appel de la demanderesse, société constituée en vertu des lois de la Colombie-Britannique, à l'égard d'une nouvelle cotisation d'impôt pour l'année d'imposition 1980. La demanderesse soutient que la nouvelle cotisation est mal fondée et que, de plus, elle a été établie après le délai de quatre ans applicable à la période pertinente.

La demanderesse conteste la validité de la nouvelle cotisation pour le motif que la renonciation qui a été signée en son nom conformément au sous-alinéa 152(4)a)(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63] n'était pas une renonciation «en la forme prescrite» et n'était donc pas valable. La formule renferme une clause prescrivante que, si le contribuable est une corporation, son sceau corporatif doit être apposé sur la renonciation. Le sceau corporatif n'a pas été apposé.

Après s'être échangé leurs actes de procédure, les parties ont convenu qu'il fallait d'abord trancher la question de la validité de la nouvelle cotisation, ce qui sous-entend évidemment la question de la validité de la renonciation. La décision relative à cette question mettrait fin au litige ou provoquerait un autre débat sur le fond de la nouvelle cotisation elle-même.

LES FAITS

Les faits entourant la question de la renonciation ne sont pas contestés. On a présenté le témoignage de James Findlay Briggs, vice-président des finances de la société demanderesse, et de Spencer William Holmes, vérificateur chez Revenu Canada, Impôt. Ces deux personnes ont donné un témoignage clair et direct et on peut dire que, sur toutes les questions de fond, l'une a corroboré les dires de l'autre.

C'est à la fin de janvier ou au début de février 1985 que M. Holmes a entrepris une vérification des livres de la demanderesse. Au cours des sept ou huit mois qui ont suivi, il s'est rendu par intermittence aux bureaux de la demanderesse pour mener sa vérification. Sa principale source de renseignements tout au long de cette période-là a évidemment été M. Briggs, dont les tâches et fonctions portaient explicitement sur l'administration des

specifically involved the administration of the plaintiff's accounts and of its corporate records.

Mr. Briggs had held that position for some eight years. He was not, however, a shareholder or director of the plaintiff company. He also held the title of corporate secretary but did not have unilateral authority to affix the corporate seal to documents. Neither did he have possession of the corporate seal. The seal always remained in the care of the plaintiff's solicitors.

By September of 1985, Mr. Holmes was alerted to the fact that the limitation period was running out and on September 12, 1985, he submitted to Mr. Briggs a waiver document in the form prescribed by the Minister of National Revenue. The required information on the form had already been written and Mr. Briggs had simply to sign. Mr. Briggs had not seen that kind of form before but he assumed the four-year limitation was imminent. He did not discuss the matter with anyone in his company nor for that matter did Mr. Holmes ask him if he had the necessary authority nor did he request that the corporate seal be affixed. Mr. Briggs did not read the printed words in the waiver. He contented himself to reading the typed words which Mr. Holmes had inserted. Without further ado, Mr. Briggs signed the form.

Mr. Briggs admitted in his evidence that he assumed that it was within his sphere of responsibility as Vice-President, Finance, to sign the form. He knew enough from his experience as a chartered accountant that, should he refuse to sign it, an assessment would immediately issue. Furthermore, all previous corporate tax returns and amended returns had been signed by him. He felt that no special authority was required.

It was some weeks later that Mr. Holmes' colleagues in Revenue Canada alerted him to the absence of the corporate seal on the waiver document. On October 18, 1985, he returned to Mr. Briggs' office and requested that this be done. Mr. Briggs informed him that he had no authority to affix the corporate seal and that in any event the seal was not in his possession. Mr. Briggs consult-

comptes et registres corporatifs de la demanderesse.

M. Briggs avait occupé ce poste-là pendant environ huit ans. Cependant, il n'était ni actionnaire ni administrateur de la société demanderesse. Il était également secrétaire de l'entreprise, mais il n'avait pas le pouvoir unilatéral d'apposer le sceau corporatif sur les documents et il n'avait pas non plus en sa possession le sceau corporatif, lequel demeurerait toujours sous la garde des avocats de la demanderesse.

En septembre 1985, M. Holmes a constaté que le délai de prescription était sur le point d'expirer et, le 12 septembre 1985, il a remis à M. Briggs une renonciation en la forme prescrite par le ministre du Revenu national. Les renseignements devant être inscrits sur le formulaire avaient déjà été écrits et M. Briggs n'avait qu'à signer. Celui-ci n'avait pas vu ce genre de formule auparavant, mais il a présumé que le délai de prescription de quatre ans était sur le point d'expirer. Il n'a pas discuté de cette question avec une personne de son entreprise; d'ailleurs, M. Holmes ne lui a pas demandé s'il avait l'autorisation nécessaire et il n'a pas exigé non plus l'apposition du sceau corporatif. M. Briggs n'a pas lu les mots qui étaient imprimés sur la renonciation. Il s'est contenté de lire les mots dactylographiés que M. Holmes avait insérés et, sans plus de cérémonie, il a signé la formule.

Au cours de son témoignage, M. Briggs a admis avoir présumé que la signature de la formule faisait partie des tâches dont la responsabilité lui incombait comme vice-président des finances. Il avait acquis suffisamment d'expérience comme comptable agréé pour savoir que, s'il refusait de signer, une cotisation serait immédiatement établie. En outre, il avait signé toutes les déclarations d'impôt et les déclarations modifiées de la société. Selon lui, aucune autorisation spéciale n'était requise.

Quelques semaines plus tard, M. Holmes a été prévenu par ses collègues de Revenu Canada qu'aucun sceau corporatif n'était apposé sur le document de la renonciation. Le 18 octobre 1985, M. Holmes est retourné au bureau de M. Briggs et lui a demandé de voir à ce que le sceau soit apposé. M. Briggs lui a dit qu'il n'était pas habilité à apposer le sceau corporatif et que, à tout

ed the plaintiff's solicitors and on October 24, advised Mr. Holmes that no further action would be taken by the plaintiff and that the corporate seal would not be affixed.

The result is the issue as framed.

THE CASE FOR THE PLAINTIFF

The plaintiff's argument may be summarized as follows:

1. Subsection 152(4) of the *Income Tax Act* provides for the waiver rule and states that a waiver must be filed or completed in the prescribed form;
2. Part XVII of the statute deals with interpretation and in subsection 248(1) thereof, the word "prescribed" in the case of a form means prescribed by order of the Minister;
3. Subsection 220(1) further stipulates that it is the duty of the Minister to administer and to enforce the Act.
4. In furtherance of the Minister's duties, a form of waiver was prescribed and on the reading of it, it sets forth in unequivocal terms the manner in which a corporation may waive a statutory right.
5. Further, says plaintiff's counsel, the Minister's prescription is deserving of the same recognition as a provision of a statute or of a regulation. Under section 2 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, as complemented by statutory authority conferred on the Minister under the *Income Tax Act*, the word "enactment" and a Minister's "direction" have equal force and effect.
6. It can therefore be said that the Minister intended that the corporate seal be affixed to a corporation's waiver and there is no reason to suggest that the requirement is permissive or discretionary or elective.
7. Although plaintiff's counsel readily concedes that a corporate seal in contemporary terms might be regarded as an anachronism and indeed certain provincial corporation statutes have done away

événement, il n'avait pas le sceau en sa possession. Après avoir consulté les avocats de la demanderesse, M. Briggs a avisé M. Holmes, le 24 octobre, du fait que la demanderesse ne prendrait aucune autre mesure et que le sceau corporatif ne serait pas apposé.

C'est de cette situation que découle le présent litige.

b LA THÈSE DE LA DEMANDERESSE

La thèse de la demanderesse peut être résumée comme suit:

1. D'après la règle concernant la renonciation, qui est énoncée au paragraphe 152(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une renonciation doit être déposée ou remplie selon la forme prescrite;
2. La Partie XVII de ladite Loi porte sur l'interprétation et, au paragraphe 248(1), le mot «prescrit» dans le cas d'une formule signifie prescrit par ordre du ministre;
3. Le paragraphe 220(1) prévoit également que le ministre assure l'application et l'exécution de la Loi;
4. Dans le cadre des fonctions du ministre, une formule de renonciation était prescrite et ladite formule comporte une clause énonçant de façon non équivoque la façon dont une société peut renoncer à un droit d'origine législative;
5. En outre, ajoute l'avocat de la demanderesse, la prescription du ministre mérite la même reconnaissance qu'une disposition d'une loi ou d'un règlement. Selon l'article 2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, complété par le pouvoir législatif dont le ministre dispose en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le mot «texte» et une «directive» du ministre ont la même portée et la même application;
6. On peut donc dire que le ministre désirait que le sceau corporatif soit apposé sur la renonciation de l'entreprise et il n'y a pas de raison de soutenir que l'exigence est de nature discrétionnaire, permissive ou facultative;
7. Même si l'avocat de la demanderesse admet volontiers qu'un sceau corporatif pourrait aujourd'hui être considéré comme un anachronisme et que, effectivement, il a été aboli dans certaines lois

with it, the requirements of a corporate seal to bind a corporation is still there. The *Company Act* of British Columbia [R.S.B.C. 1979, c. 59] in section 124, provides for a seal. If the Minister should then prescribe that such a seal be affixed to a waiver, it becomes an essential requirement to its validity and has binding effect.

In support of the foregoing arguments, plaintiff's counsel relies *inter alia* on the case of *Pan American World Airways Inc. v. R.*, a 1979 decision of Mahoney J., then of the Trial Division of this Court, and reported at [1979] 2 F.C. 34. In that case, regulations pursuant to section 4 of the *Aeronautics Act* [R.S.C. 1970, c. A-3] authorized the responsible Minister to impose charges on aircraft owners flying within Canada for use of public services and provided for the enforceable collection of these charges. Section 5 of the statute, however, authorized the Minister to "prescribe" charges which in effect were imposed on overflights of aircraft in Canada on international routes. Section 5, by some anomaly in drafting perhaps, did not provide for enforceable collection. The argument advanced by Pan Am, of course, was that the Act failed to impose a liability for the payment of these charges and that this was a fatal gap in the legislative scheme.

Faced with this hard question, Mahoney J. said this at pages 47-48:

"Prescribing" as used in section 5 is the gerund of the word "prescribe", a transitive verb. It is not used in a medical context nor can it be found that Parliament intended to use it in one of its obsolete meanings. As a word having a technical legal meaning "prescribing" may be a word relating to the loss of a right by effluxion of time but it is plainly not employed in that sense in section 5. It is to be given its ordinary English meaning.

The Oxford English Dictionary (1933) defines the current, transitive, verb "prescribe" as follows:

"To write or lay down as a rule or direction to be followed; to appoint, ordain, direct, enjoin.

Funk and Wagnall's New "Standard" Dictionary of the English Language (1961) has the following definition:

"To set or lay down authoritatively for direction or control; give as a law or direction.

provinciales sur les sociétés, la condition selon laquelle le sceau corporatif doit être apposé pour que la société soit liée existe encore. L'article 124 du *Company Act* [R.S.B.C. 1979, chap. 59] de la Colombie-Britannique porte sur le sceau. Lorsque le ministre prescrit qu'un sceau de cette nature doit être apposé sur une renonciation, cette condition devient une condition essentielle à la validité de ladite renonciation et une condition qui lie les parties concernées.

À l'appui des arguments précités, l'avocat de la demanderesse se fonde, notamment, sur l'arrêt *Pan American World Airways Inc. c. R.*, décision rendue en 1979 par le juge Mahoney, alors juge de la Section de première instance de notre Cour, et publiée dans [1979] 2 C.F. 34. Dans cette cause-là, le Règlement établi sous l'autorité de l'article 4 de la *Loi sur l'aéronautique* [S.R.C. 1970, chap. A-3] autorisait le ministre responsable à imposer aux propriétaires d'aéronefs exploitant des appareils à l'intérieur du Canada des frais pour l'utilisation des services publics et prévoyait le recouvrement forcé de ces frais. Cependant, l'article 5 de cette même Loi autorisait le ministre à «prescrire» des frais qui ont effectivement été imposés à l'égard de survols d'aéronefs au Canada sur des routes internationales. L'article 5 ne prévoyait pas le recouvrement forcé, peut-être en raison d'une anomalie dans la rédaction. Pan Am a évidemment soutenu que la Loi n'imposait pas d'obligation à l'égard du paiement de ces frais et qu'il s'agissait là d'une lacune fatale du texte législatif.

Devant trancher cette question épineuse, le juge Mahoney a dit ce qui suit aux pages 47 et 48:

«Prescrivants», employé à l'article 5, est le participe présent du verbe transitif «prescrire». Il n'est pas employé dans le contexte médical et rien n'indique que le Parlement ait voulu l'employer dans l'un de ses sens archaïques. Dans son acception juridique, «prescrivants» peut se rapporter à la déchéance d'un droit par l'écoulement d'un certain délai, mais il est évident que ce terme n'est pas employé dans cette acception par l'article 5. Il faut donc l'entendre dans son acception usuelle.

The Oxford English Dictionary (1933) définit ainsi le verbe transitif «prescribes» (prescrire):

[TRADUCTION] Établir ou fixer une règle ou une directive à caractère obligatoire; fixer, commander, ordonner, enjoindre.

La définition suivante est donnée par le *Funk and Wagnall's New "Standard" Dictionary of the English Language* (1961):

[TRADUCTION] Formuler ou établir avec autorité une règle de direction ou de commandement; poser à titre de loi ou de directive.

Webster's Third New International Dictionary (1961) defines it in the following terms:

to lay down authoritatively as a guide, direction or rule of action: impose as a peremptory order; DICTATE, DIRECT, ORDAIN.

Referring to the same dictionaries, the *Oxford's* pertinent definition of "impose" is:

To lay on, as something to be borne, endured or submitted to; to inflict (something) on or upon; to levy or enforce authoritatively or arbitrarily.

Funk & Wagnall's definition is:

To lay or place, as something to be borne or endured; levy or exact as by authority, as to impose a tax, toll, or penalty.

Webster's definition is:

to make, frame or apply (as a charge, tax, obligation, rule, penalty) as compulsory, obligatory or enforceable; LEVY, INFLICT.

The words are synonyms. They have the same general meaning. Parliament may have intended to make a significant distinction between the authorities delegated by using "imposing" in section 4 and "prescribing" in section 5; however, that is not the most reasonable construction to be put on the sections. The corollary of the plaintiff's argument would, it seems, be that when the Governor in Council "imposes" a charge under section 4, he does everything necessary but fix the amount of the charge and that there is no authority for him to do that, thereby rendering the legislative scheme fatally deficient. It is not, I think, to be assumed that Parliament, speaking in ordinary English, intends synonyms necessarily to have very different meanings, thereby rendering a legislative scheme as incomplete as the plaintiff would have this one. It is not an argument that would have occurred to any but a lawyer nor, very likely, even to a lawyer had the sections not appeared in immediate proximity.

I therefore conclude that when the Governor in Council or Minister of Transport, with due authority, which is not questioned in this action, makes a regulation prescribing a charge under section 5 of the *Aeronautics Act* for the use of any facility or service, he not only fixes the charges for such use but imposes on their user a legal obligation to pay the charges.

I take it that counsel's reliance on the foregoing case is to emphasize the seriousness and importance of any prescribed term or condition and to have the Court conclude that if the authority to "prescribe" in the *Aeronautics Act* includes the authority to impose and collect, it should follow that where a Minister prescribes that a corporate seal be affixed to a waiver, non-compliance results in a nullity.

Counsel for the plaintiff also cites the case of *Waterous Engine Co. v. Town of Capreol* (1922),

Le *Webster's Third New International Dictionary* (1961) le définit ainsi:

[TRADUCTION] fixer avec autorité un principe, une directive ou une règle d'action; imposer impérativement; DICTER, COMMANDER, ORDONNER.

^a Quant au verbe «impose» (imposer), voici les définitions données par les mêmes dictionnaires. Le dictionnaire *Oxford* le définit ainsi:

[TRADUCTION] Faire subir quelque chose de fâcheux, de désagréable, ou de pénible; infliger (quelque chose); faire payer ou subir autoritairement ou arbitrairement.

^b *Funk & Wagnall's* le définit ainsi:

[TRADUCTION] Faire accepter ou admettre quelque chose de fâcheux ou de désagréable; faire payer ou exiger autoritairement, comme imposer une taxe, un impôt ou une peine.

Voici la définition donnée par *Webster*:

^c [TRADUCTION] créer, poser ou appliquer une charge, un impôt, une obligation, une règle, une peine obligatoire; FRAPPER, INFLIGER.

^d Ces verbes sont synonymes et signifient à peu près la même chose. Il se peut que le Parlement ait voulu faire une distinction notable dans les pouvoirs délégués en utilisant «imposant» dans l'article 4 et «prescrivant» dans l'article 5; toutefois, telle n'est pas l'interprétation la plus raisonnable de ces articles. Le corollaire de l'argument de la demanderesse semble être que le gouverneur en conseil, en «imposant» une taxe en vertu de l'article 4, fixe tout sauf le montant de la taxe et que, en l'absence d'un tel pouvoir, l'économie de la loi est essentiellement déficiente. A mon avis, on ne peut pas supposer que le Parlement, en employant des termes courants, ait voulu donner nécessairement à des synonymes des sens totalement différents, rendant ainsi l'économie de la loi aussi incomplète que le voudrait la demanderesse. Il faut être avocat pour pouvoir penser à un tel argument et je doute fort que même un avocat ait pu y penser si les articles en question ne se suivaient pas.

^e Je conclus par conséquent que le gouverneur en conseil ou le ministre des Transports, en exerçant légitimement le pouvoir à lui conféré, pouvoir qui n'est pas contesté en l'espèce, pour établir un règlement prescrivant, en vertu de l'article 5 de la *Loi sur l'aéronautique*, une redevance pour l'utilisation de quelque installation ou service, ne fixe pas seulement la redevance en question, mais impose à l'usager une obligation légale de la payer.

^f Je présume que l'avocat a cité cet arrêt pour démontrer la gravité et l'importance d'une condition prescrite et pour inciter la Cour à conclure que, si le pouvoir de «prescrire» qui est prévu dans la *Loi sur l'aéronautique* comprend le pouvoir d'imposer et de recouvrer des sommes d'argent, il en résulte forcément que, lorsqu'un ministre prescrit qu'un sceau corporatif doit être apposé sur une renonciation, le document sera nul si cette condition n'est pas respectée.

^g L'avocat de la demanderesse cite également l'arrêt *Waterous Engine Co. v. Town of Capreol*

52 O.L.R. 247, a judgment of the Court of Appeal of Ontario where the Court set aside a claim on a note issued and signed by the mayor and treasurer of a municipal corporation on the grounds that the note was not under seal and no by-law authorizing the note to be used had been passed. This case suggests again that whenever formalities, such as a corporate seal or by-law are imposed by law, non-compliance with those formalities have substantive results.

It is in the case of *Guaranty Properties Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 292 (T.D.), that counsel for the plaintiff finds support for the proposition that a defect in the waiver cannot be cured. In that case, Rouleau J. of this Court, after reviewing the statutory provisions of the *Income Tax Act* respecting corporate amalgamation, found that a reassessment issued in error against one corporation, could not be retroactively validated against another corporation where such a reassessment had become statute-barred. Rouleau J. points out in that case, at page 308, that:

The curative provisions of the *Income Tax Act* will not assist the defendant in this case. It is clear from the facts that a number of errors have plagued the defendant throughout this matter. The auditor who should have been made aware of the amalgamation was not advised and, by the time this was discovered and matters rectified, the time limit prescribed by statute for reassessing Dixie's 1976 taxation year had expired. Equity alone would prevent the use of curative provisions such as those contained within the *Income Tax Act* to correct a substantive error of this nature. I am of the opinion that the legislation does not contemplate the amendment of a reassessment after the expiry of a limitation period.

Finally, counsel for the plaintiff quotes from *Phipson on Evidence*, 8th Ed., page 667, as quoted in *Wilchar Construction Ltd. v. R.*, [1982] 2 F.C. 489 (C.A.), at page 496, as follows:

Estoppels of all kinds, however, are subject to one general rule: they cannot override the law of the land . . . Thus, where a particular formality is required by statute, no estoppel will cure the defect . . .

On that basis, argues counsel, it matters not what binding effect a document issued without a corporate seal would have on a corporation and no matter if the intention of Mr. Briggs in signing the

(1922), 52 O.L.R. 247, où la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté une réclamation relative à un billet établi et signé par le maire et trésorier d'une corporation municipale pour le motif que le sceau n'avait pas été apposé sur le billet et qu'aucun règlement autorisant l'utilisation du billet n'avait été adopté. Cet arrêt indique encore une fois que, lorsque des formalités, comme l'apposition d'un sceau corporatif ou l'adoption d'un règlement, sont imposées par un texte de loi, le non-respect de ces formalités a des conséquences importantes.

C'est sur l'arrêt *Guaranty Properties Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 292 (1^{re} inst.) que l'avocat de la demanderesse se fonde pour soutenir qu'une lacune de la renonciation ne peut être corrigée. Dans cette cause-là, le juge Rouleau, de notre Cour, après avoir examiné les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant la fusion de sociétés, en est arrivé à la conclusion qu'une nouvelle cotisation établie par erreur à l'encontre d'une société ne pouvait être validée rétroactivement à l'encontre d'une autre société lorsque cette nouvelle cotisation était devenue prescrite. À la page 308, le juge Rouleau formule les commentaires suivants:

Les dispositions correctives de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne sont d'aucune assistance à la défenderesse en l'espèce. Il ressort des faits que certaines erreurs ont ennuyé cette dernière dans toute cette affaire. Le vérificateur qu'on aurait dû mettre au courant de la fusion n'en a pas été avisé et, au moment de la découverte de cette erreur et de la rectification de celle-ci, le délai imparti par la Loi pour l'établissement d'une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1976 de Dixie avait expiré. L'équité à elle seule empêche qu'on recoure à des dispositions correctives comme celles qui figurent dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour corriger une erreur de fond de cette nature. J'estime que la Loi n'envisage pas la modification d'une nouvelle cotisation après l'expiration d'un délai.

Enfin, l'avocat de la demanderesse cite un extrait de *Phipson on Evidence*, 8^e édition, page 667, que l'on trouve dans *Wilchar Construction Ltd. c. R.*, [1982] 2 C.F. 489 (C.A.), à la page 496:

[TRADUCTION] Les fins de non-recevoir, quelles qu'elles soient, restent cependant soumises à une règle générale; elles ne peuvent aller à l'encontre des lois d'application générale . . . Ainsi, lorsqu'une loi impose des mesures particulières, aucune fin de non-recevoir ne pourra valider son inobservation . . .

Selon l'avocat, compte tenu de ce qui précède, nous n'avons pas à nous demander si un document établi sans sceau corporatif lierait une société ou si M. Briggs, lorsqu'il a signé la renonciation, vou-

waiver was to make of it an effective waiver, it cannot make up by way of estoppel the absence of a prescribed corporate seal.

THE CASE FOR THE CROWN

Crown counsel takes the position that a corporate seal on the waiver form is not necessary to make it valid. Alternatively, says counsel, if a seal is necessary, the form is substantially complete and is in substantial compliance with the prescribed form to make it valid.

Furthermore, counsel finds the necessary curative provisions in subsection 152(3), subsection 152(8) and in section 166 of the *Income Tax Act*.

Subsection 152(8) provides that "An assessment shall, subject to being varied or vacated on an objection or appeal under this Part and subject to a reassessment, be deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission therein or in any proceeding under this Act relating thereto."

Subsection 152(3) states that "Liability for the tax under this Part is not affected by an incorrect or incomplete assessment or by the fact that no assessment has been made."

Section 166 of the Act provides that "An assessment shall not be vacated or varied on appeal by reason only of any irregularity, informality, omission or error on the part of any person in the observation of any directory provision of this Act."

Finally, counsel for the Crown argues that on the basis of Mr. Briggs' conduct and of his own evidence in relation to the execution and delivery of the waiver form, the plaintiff must be estopped from denying the validity of the instrument or the authority of Mr. Briggs in executing it on behalf of the company.

With respect to the mystique or legal fiction of a corporate seal, counsel for the Crown quotes from

lait faire de celle-ci un document valide, puisqu'une société ne peut remédier à l'omission d'apposer un sceau corporatif prescrit en invoquant une fin de non-recevoir.

^a LA THÈSE DE LA COURONNE

^b L'avocat de la Couronne soutient qu'il n'est pas nécessaire que le sceau corporatif soit apposé sur la formule de renonciation pour que celle-ci soit valide. Subsidiairement, déclare l'avocat, si un sceau est nécessaire, la renonciation est sensiblement complète et sensiblement conforme à la formule prescrite, de sorte qu'elle est valide.

^c En outre, l'avocat allègue que les dispositions correctives nécessaires se trouvent aux paragraphes 152(3) et 152(8) et à l'article 166 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

^d Selon le paragraphe 152(8), «Sous réserve de modifications qui peuvent y être apportées ou d'annulation qui peut être prononcée lors d'une opposition ou d'un appel fait en vertu de la présente Partie et sous réserve d'une nouvelle cotisation, une cotisation est réputée être valide et exécutoire nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la présente loi.»

^e En outre, le paragraphe 152(3) énonce que «Le fait qu'une cotisation est inexacte ou incomplète ou qu'aucune cotisation n'a été faite n'a pas d'effet sur les responsabilités du contribuable à l'égard de l'impôt prévu par la présente Partie.»

^f L'article 166 de la Loi prévoit ce qui suit: «Une cotisation ne doit pas être annulée ni modifiée lors d'un appel uniquement par suite d'irrégularité, de vice de forme, d'omission ou d'erreur de la part de qui que ce soit dans l'observation d'une disposition simplement directrice de la présente loi.»

^g Enfin, l'avocat de la Couronne fait valoir que, compte tenu de la conduite de M. Briggs et de son propre témoignage concernant la signature et la délivrance de la formule de renonciation, la demanderesse ne peut nier la validité du document ou le pouvoir de M. Briggs de le signer au nom de l'entreprise.

^h En ce qui a trait à la mystique ou à la fiction juridique du sceau corporatif, l'avocat de la Cou-

F. W. Wegenast, *The Law of Canadian Companies*, Carswell, 1979, at pages 268-270 as follows:

Section 36 of the Canadian Act provides that "every deed which any person, lawfully empowered in that behalf by the company as its attorney, signs on behalf of the company and seals with his seal, shall be binding on the company and shall have the same effect as if it was under the seal of the company." So that it is not so much a matter of affixing the corporate seal as it is of affixing a seal.

As to the necessity of the seal in contracts, section 37 of the Canadian Act provides that "every contract, agreement, engagement or bargain made, and every bill of exchange drawn, accepted or endorsed, and every promissory note and cheque made, drawn or endorsed on behalf of the company, by any agent, officer or servant of the company, in general accordance with his powers as such under the by-laws of the company, shall be binding upon the company. In no case shall it be necessary to have the seal of the company affixed to any such contract, agreement, engagement, bargain, bill of exchange, promissory note or cheque or to prove that the same was made, drawn, accepted or endorsed, as the case may be, in pursuance of any by-law or special vote or order. No person so acting as such agent, officer or servant of the company shall be thereby subjected individually to any liability whatever to any third person."

This statutory provision is conclusive as to a number of questions which were formerly the cause of much difficulty. The general rule of the common law was that a corporation was not bound by contracts unless under seal, though even in early times it was recognized that the seal was not necessary for every corporate act. In modern times the common law rule has become so eaten up with exceptions that little remains of it, apart from special statutory intervention. It has been laid down in the first place that in all matters of trifling importance and frequent occurrence a contract duly entered into by any corporation would be binding both on the corporation and the other party, notwithstanding the absence of the corporate seal. Again it is well settled that in the case of executed contracts, that is to say contracts in which one of the parties, whether the corporation or the other party, had done its part, the corporation was liable though the contract was not under the corporate seal. Further, it has been clearly established that all contracts of trading corporations within the scope of their objects are binding on the corporation without the corporate seal. Finally, it has been laid down that even in the case of non-trading corporations a contract may be binding without the corporate seal so long as the contract is within the special purposes of the corporation's charter. It has been held under some of the provincial Acts that important appointments such as that of manager or a chief engineer should be made under seal; but this would not be so under the Canadian Act except in the sense that the appointment to be regular, should, be by by-law, or at least under the authority of a general by-law. But, as already said, the provision of the Canadian Act seems thoroughly to cover the subject, and incidentally to assimilate, in the case of

ronne cite l'extrait suivant de l'ouvrage de F. W. Wegenast intitulé *The Law of Canadian Companies*, Carswell, 1979, aux pages 268 à 270:

[TRADUCTION] L'article 36 de la loi canadienne énonce que «tout acte qu'une personne, légalement autorisée à ce titre par la société comme fondé de pouvoir de celle-ci, signe au nom de ladite société et sur lequel elle appose son sceau lie la société et s'applique de la même façon que si ledit document comportait le sceau de la société». Ce qui importe, ce n'est pas que le sceau de l'entreprise soit apposé, mais bien qu'un sceau soit apposé.

En ce qui a trait à la nécessité du sceau dans les contrats, l'article 37 de la loi canadienne prévoit ce qui suit: «tout contrat, engagement ou entente conclu, toute lettre de change tirée, acceptée ou endossée et tout billet à ordre ou chèque fait, tiré ou endossé au nom de la société par un mandataire, dirigeant ou préposé de la société, généralement de façon conforme aux pouvoirs dont cette personne dispose en vertu des règlements de la société, lie celle-ci. Il n'est en aucun cas nécessaire d'apposer le sceau de la société sur ce contrat, cette entente, cet engagement, cette lettre de change, ce billet à ordre ou ce chèque ou de prouver que celui-ci a été fait, tiré, accepté ou endossé, selon le cas, conformément à un règlement ou à un vote ou une directive spécial. Aucune personne agissant ainsi à titre de mandataire, dirigeant ou préposé de la société ne peut être tenue personnellement responsable envers un tiers».

Cette disposition législative résout de façon concluante un certain nombre de questions qui causaient auparavant de sérieux problèmes. Selon la règle générale reconnue en common law, une société n'était pas liée par un contrat à moins que celui-ci ne comporte le sceau de l'entreprise, bien que l'on n'ait pas tardé à reconnaître que le sceau n'était pas nécessaire pour chacun des actes de la société. Aujourd'hui, la règle comporte tellement d'exceptions qu'elle s'applique rarement de façon intégrale, sauf dans les cas où le législateur est intervenu de façon explicite. On a d'abord reconnu que, lorsque le document en question avait une importance mineure ou était utilisé de façon répétitive, l'entente en question qui avait été dûment conclue par une société liait tant celle-ci que l'autre partie, malgré l'absence de sceau corporatif. Encore une fois, il est bien établi que, dans le cas des contrats exécutés, c'est-à-dire lorsque l'une des parties, que ce soit la société ou l'autre partie, a rempli ses obligations, l'entreprise est responsable, même si son sceau n'est pas apposé sur l'entente. En outre, il a été établi de façon non équivoque que tous les contrats que les sociétés commerciales concluent à l'intérieur des limites de leurs objets lient lesdites sociétés, même en l'absence du sceau corporatif. Enfin, il a été établi que, même dans le cas des sociétés non commerciales, un contrat peut lier ladite société malgré l'absence du sceau de l'entreprise, en autant qu'il ne dépasse pas les limites des buts spéciaux énoncés dans la charte de la société. Invoquant certaines lois provinciales, les tribunaux ont parfois décidé que des nominations importantes, comme celles du directeur ou de l'ingénieur-chef, devaient comporter le sceau de l'entreprise; cependant, cette obligation n'existe pas selon la Loi canadienne, bien que la nomination doive être faite de façon régulière, que ce soit par règlement ou, à tout le moins, sous l'autorité d'un règlement général. Cependant, comme je l'ai déjà souligné, les dispositions de la Loi canadienne semblent couvrir le sujet à fond et, incidemment, assimiler, dans le cas

Canadian companies, the law of Quebec with that of the other provinces in the matter of the use of the corporate seal.

Practically speaking, therefore, and apart from section 37, the use of the seal is required of a corporation only where it would be of an individual, that is to say upon such documents as deeds, powers of attorney, etc. In this connection the reader may be reminded that a seal "imports" both consideration and delivery: that is to say, where a contract is under seal it is not necessary to prove either consideration or the delivery of the contract, consideration not being necessary in the case of a contract under seal and delivery being presumed. But that is not to say that want of consideration may not be proved or that a deed or contract under seal may not be held in escrow. It is a matter of fact and intention whether delivery has taken place, but *prima facie* delivery may be presumed; and where an instrument is produced under the seal of a company it is presumed to have been properly executed, though this presumption may be rebutted.

Crown counsel relies heavily on the statement in the foregoing extract that in modern times, the common law rule to the effect that no corporation is bound by contract except under seal, has become so eaten up with exceptions that little remains of it, apart from special statutory intervention. It is argued that in the circumstances the prescribed "corporate seal" on a waiver document is not an essential requirement to establish a document valid on its face and binding on the company.

Crown counsel also finds comfort in sections 124 and 125 of the *Company Act*, R.S.B.C., 1979, c. 59, which appears to establish that whatever is required between natural persons to enter into binding contracts applies as well to companies. These sections read as follows:

124. (1) Every contract that, if made between natural persons would by law be required to be in writing and under seal, may be made for a company in writing under seal and may, in the same manner, be varied or discharged.

(2) Every contract that, if made between natural persons would by law be required to be in writing and signed by the parties to be charged, may be made for the company in writing signed by a person acting under its authority, express or implied, and may in the same manner be varied or discharged.

(3) Every contract that, if made between natural persons would by law be valid although made orally and not reduced to writing, may be made in like manner for the company by a

des sociétés canadiennes, les règles du Québec à celles des autres provinces en ce qui a trait à l'utilisation du sceau corporatif.

En conséquence, sur le plan pratique, si l'on fait exception de l'article 37, la société n'est tenue d'utiliser le sceau que lorsque le particulier lui-même doit le faire, notamment lorsqu'il s'agit de documents comme des actes scellés, des procurations, etc. Sur ce point, le lecteur doit se rappeler que le sceau «sous-entend» à la fois la contrepartie et la délivrance: en effet, lorsque le sceau est apposé sur un contrat, il n'est pas nécessaire de prouver la contrepartie ou la délivrance du contrat, la contrepartie n'étant pas nécessaire dans le cas d'un contrat scellé et la délivrance étant présumée. Cependant, cela ne signifie pas que l'on ne puisse établir l'absence de contrepartie ou qu'un acte ou contrat scellé ne puisse être déposé en mains tierces. La question de savoir s'il y a eu délivrance est une question de fait et d'intention, mais la délivrance *prima facie* peut être présumée; en outre, lorsque le sceau de la société est apposé sur le document, celui-ci est présumé avoir été signé en bonne et due forme, bien que cette présomption puisse être réfutée.

L'avocat de la Couronne se fonde en grande partie sur l'extrait précité où l'auteur déclare que, de nos jours, la règle de common law selon laquelle aucun contrat non revêtu du sceau ne lie l'entreprise comporte tellement d'exceptions qu'elle est rarement appliquée de façon intégrale, sauf dans les cas où le législateur est intervenu de façon explicite. Il allègue que, dans les circonstances, le «sceau corporatif» prescrit sur le document de la renonciation ne constitue pas une condition qui doit nécessairement être respectée pour que le document soit valide à sa face même et qu'il lie l'entreprise.

L'avocat de la Couronne invoque également les articles 124 et 125 du *Company Act*, R.S.B.C., 1979, chap. 59, qui semblent établir que les exigences liées au caractère exécutoire des ententes conclues entre des personnes naturelles s'appliquent également dans le cas des sociétés. Voici le libellé de ces dispositions:

[TRADUCTION] **124.** (1) Lorsque la loi exige qu'une entente conclue entre des personnes physiques soit consignée par écrit et scellée, ladite entente pourra être faite par écrit et scellée au nom d'une société et elle pourra être modifiée ou annulée de la même façon.

(2) Lorsque la loi exige qu'une entente conclue entre des personnes physiques soit consignée par écrit et signée par les parties pour être valide, ladite entente pourra être faite par écrit pour la société et signée par une personne autorisée, expressément ou implicitement, à cette fin par ladite société et elle pourra être modifiée ou annulée de la même façon.

(3) Toute entente conclue entre des personnes physiques qui, selon la loi, serait valide même s'il s'agit d'une entente verbale, pourra être faite de la même façon au nom de la société par une

person acting under its authority, express or implied, and may in the same manner be varied or discharged.

(4) Every contract made according to this section is effectual in law, and shall bind the company and its successors and all other parties to it.

(5) Every bill of exchange or promissory note shall be deemed to have been made, accepted or endorsed on behalf of a company if made, accepted or endorsed in the name of, or by, or on behalf of, or on account of, the company by a person acting under its authority.

125. A document that requires authentication or certification by a company may be authenticated or certified by a director, or officer of the company, or by the solicitor for the company, and need not be under its common seal.

There is also reference by Crown counsel to a number of cases under the *Income Tax Act* where strict adherence to various prescriptions has been found wanting without affecting the legality of the document.

In *R. v. Hart Electronics Ltd.* (1959), 29 W.W.R. 28 (Man. C.A.), the taxpayer company was charged with failure to file tax returns. In fact, an officer of the company had forwarded a letter to National Revenue enclosing unsigned T-2 return forms showing no tax payable and on which certain remarks and information had been filled in. No documents were attached to the forms.

The Manitoba Court of Appeal dismissed an appeal by the Crown from a magistrate's dismissal of the charge. At page 30, the Court stated:

The form was not signed but was enclosed with a letter. The omission to sign the form does not render the return a nullity. If a cheque had been enclosed it could not be argued that there was no return. If it appears that no tax is payable it also is a return though the form was not signed. In my opinion a form T2, which gives certain information sent by letter though the form is not signed, does constitute an income tax return.

A similar finding occurred in *R. v. Kidd* (1974), 6 O.R. (2d) 769. Lacourcière J., then of the Ontario High Court, refused to entertain a defence of wilful tax evasion on the grounds that the accused taxpayer had not signed his tax returns when he had failed to declare his true income. His Lordship stated at page 772:

personne autorisée, expressément ou implicitement, à cette fin par celle-ci et elle pourra être modifiée ou annulée de la même façon.

(4) Toute entente conclue conformément au présent article est valide en droit et lie la société, ses successeurs et toutes les autres parties à ladite entente.

(5) Toute lettre de change ou billet à ordre sera présumé avoir été fait, accepté ou endossé au nom de la société s'il a été fait, accepté ou endossé au nom ou pour le compte de la société par une personne autorisée à agir ainsi par ladite société.

125. Tout document devant être authentifié ou attesté par une société peut être authentifié ou attesté par un administrateur ou dirigeant de la société ou par l'avocat de la société et il n'est pas nécessaire qu'il comporte le sceau habituel de la société.

L'avocat de la Couronne cite également certaines décisions qui ont été rendues en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et dans lesquelles la légalité du document n'a pas été touchée par le fait que certaines prescriptions n'avaient pas été respectées à la lettre.

Dans *R. v. Hart Electronics Ltd.* (1959), 29 W.W.R. 28 (C.A. Man.), la société contribuable a été accusée d'avoir omis de déposer ses déclarations d'impôt. En réalité, un dirigeant de la société avait fait parvenir à Revenu national une lettre à laquelle il avait joint des déclarations T-2 non signées indiquant qu'aucun impôt n'était exigible et comportant certains renseignements et exigentaires. Aucun document n'était joint aux formules.

Le magistrat a rejeté l'accusation et la Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel de la Couronne. À la page 30, la Cour a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Bien qu'elle n'ait pas été signée, la formule était jointe à la lettre. L'omission de signer la formule ne rend pas la déclaration nulle. Si un chèque avait été joint, on n'aurait pu soutenir qu'il n'y avait pas de déclaration. S'il appert du document qu'aucun impôt n'est exigible, il s'agit néanmoins d'une déclaration, bien que la formule n'ait pas été signée. À mon avis, une formule T2 qui est jointe à une lettre comportant certains renseignements constitue une déclaration d'impôt sur le revenu, même si elle n'est pas signée.

Une décision semblable a été rendue dans *R. v. Kidd* (1974), 6 O.R. (2d) 769. Le juge Lacourcière, alors juge de la Haute Cour de l'Ontario, a refusé d'examiner le moyen de contestation de l'évasion fiscale volontaire invoqué pour le motif que le contribuable n'a pas signé ses déclarations d'impôt lorsqu'il a omis de déclarer son véritable revenu. À la page 772, le juge s'est exprimé comme suit:

The unsigned income tax returns for the 1970 and 1968 taxation years were complete and sufficient to constitute a defence on a failure to file charge: *The Queen v. Hart Electronics Ltd.*, 59 D.T.C. 1192. If the appellant intended that the return should form the basis of his tax assessment — and there cannot be any other conclusion — he cannot rely on his omission to sign it. He cannot have it both ways: the return cannot be a defence to a charge of non-filing as well as a defence, because it is unsigned, to a charge of evasion . . .

Noël A.C.J. of this Court faced an analogous issue in the case of *R. v. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] F.C. 396. The defendant in 1964 had purchased most of the assets of Simard & Frères Cie Limitée and had undertaken to pay the seller's debts incurred prior to January 1, 1965.

When the seller was reassessed in 1969 for substantial amounts of taxes covering the years 1954-1964, the Crown claimed the unpaid taxes from the defendant. In resisting the claim, the defendant pleaded the invalidity of certain waivers it had signed on behalf of the other company. His Lordship's comments on that issue are found at page 405:

Defendant's argument that the waivers signed by it for the mis en cause for 1961 and 1962 — as regards which it claims that there were no misrepresentations or fraud and where, as a result, the *prima facie* presumption of validity of the assessments would not apply — are not valid because they were not signed by the taxpayer cannot be raised here. Defendant held itself out as the agent, or apparent agent, of the mis en cause, and plaintiff, relying on these waivers, subsequently allowed the four years specified in s. 46(4) to elapse with respect to the years in question. In the circumstances plaintiff [*sic*] is in no position to plead the invalidity of these waivers. Moreover, I do not think it is too surprising that the waivers were signed by the purchaser of the rights and property of the vendor, since the purchaser, in which some of the persons having an interest also had interests in the mis en cause, is the very same company which continued the vendor's operations and must have collected the profits therefrom.

It was in the case of *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 554 (C.A.), that Mackay D.J. raised the issue of estoppel on which Crown counsel relies. His Lordship said at page 568:

Hanbury's *Modern Equity* 9th ed., pp. 664 and 666, defines estoppel as a doctrine which prevents a person acting inconsistently with a representation which he has made to the other party, in reliance on which the other party has acted to his

[TRANSDUCTION] Les déclarations d'impôt non signées se rapportant aux années d'imposition 1970 et 1968 étaient complètes et suffisantes pour constituer un moyen de défense à l'accusation d'avoir omis de déposer des déclarations: *The Queen v. Hart Electronics Ltd.*, 59 D.T.C. 1192. Si l'appelant désirait que la déclaration constitue le fondement de sa cotisation, et il ne peut en être autrement, il ne peut invoquer son omission de la signer. Il doit choisir: il ne peut invoquer la déclaration à la fois comme moyen de contestation d'une accusation de non-dépôt et comme moyen de contestation d'une accusation d'évasion, du fait qu'elle n'est pas signée . . .

Dans l'affaire *R. c. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] C.F. 396, le juge en chef adjoint Noël, de notre Cour, devait se prononcer sur une question analogue. En 1964, la demanderesse avait acheté la plupart des éléments d'actif de Simard & Frères Cie Limitée et avait convenu de payer les dettes que la venderesse avait engagées avant le 1^{er} janvier 1965.

Lorsqu'une nouvelle cotisation a été établie en 1969 à l'encontre de la venderesse, la Couronne a réclamé de la défenderesse des montants élevés se rapportant aux impôts impayés pour les années allant de 1954 à 1964. Contestant la réclamation, la défenderesse a plaidé l'invalidité de certaines renonciations qu'elle avait signées au nom de l'autre société. Voici les commentaires que le juge a formulés à ce sujet à la page 405:

L'argument de la défenderesse que les renonciations signées par elle pour la mise en cause pour les années 1961 et 1962, pour lesquelles elle prétend qu'il n'y a pas eu représentations erronées ou fraude et où, par conséquent, la présomption *prima facie* de validité des cotisations ne jouerait pas, ne valent pas parce que non signées par le contribuable, ne peut être soulevé ici. Elle s'est en effet présentée comme l'agent de la mise en cause ou son mandataire apparent et la demanderesse, fort de ces renonciations, a, par la suite, laissé écouler les quatre ans prévus à l'art. 46(4) pour les années en cause. La demanderesse serait bien mal venue d'invoquer, dans ces circonstances, l'invalidité de ces renonciations. D'ailleurs, il ne me paraît pas qu'il soit trop surprenant que ces renonciations aient été signées par l'acheteur des biens et droits du vendeur puisque cet acheteur, dont certains de ses intéressés avaient des intérêts dans la mise en cause, est celui-là même qui a continué les opérations du vendeur et qui a dû en récolter les profits.

C'est dans l'arrêt *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 554 (C.A.), que le juge suppléant Mackay a soulevé la question de la fin de non recevoir que l'avocat de la Couronne invoque. À la page 568, le juge a dit ce qui suit:

L'ouvrage de Hanbury, *Modern Equity*, 9^e éd., aux pp. 664 et 666, définit l'irrecevabilité comme étant une doctrine qui empêche une personne d'agir d'une manière inconsciente par rapport à une représentation qu'elle a faite à l'autre partie et

detriment. It is necessary that there should be an unambiguous representation of existing fact upon which the representee is intended to act and does act to his detriment.

Finally, Crown counsel cites the dictum of Muldoon J., of this Court, in the case of *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 339, at page 359:

Printed forms are part of the essential mystique of governments in the twentieth century, but one must not be dazzled by printed forms even when they are officially prescribed. The printed form itself, carries no legal force.

THE FINDINGS

The issue remains whether the absence of a corporate seal on a prescribed waiver document renders it null and void. To determine this, the following elements, in my view, should be considered.

1. Nature of a Waiver

A waiver of the sort at issue in this case, might be interpreted as an accommodation between the Crown and a taxpayer for the better administration of the *Income Tax Act* and to provide a more efficient determination of any liability thereunder. In the light of the limitations on assessments under section 152 of the Act, the Crown requests a waiver so that it may continue its assessment or audit work in a normal administrative mode without having to worry about limitations. The taxpayer, on the other hand, knows full well that on an assessment being made, he alone has the burden of proving it wrong. That burden becomes much heavier if the Crown, facing the end of the limitation period, issues what might be termed a premature assessment which, for purposes of abundant caution, would include many sundry items which the taxpayer would have to traverse one by one. The taxpayer in those circumstances would look upon a waiver as being to his own benefit as well as the Crown's and would ordinarily comply with the Crown's request.

In many cases, also, the waiver might be limited to specified issues, i.e., those where assessing or auditing processes have not been completed and

sur laquelle cette dernière s'est fondée, agissant à son détriment. Il doit nécessairement y avoir une représentation non équivoque d'une situation réelle sur laquelle on veut que l'autre partie se fonde pour agir et d'après laquelle elle agit effectivement à son détriment.

Enfin, la Couronne cite les remarques suivantes que le juge Muldoon, de notre Cour, a formulées dans *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 339, à la page 359:

Les imprimés font partie de la mystique essentielle des gouvernements au vingtième siècle, mais personne ne doit s'y laisser prendre même lorsqu'il s'agit de formules officielles et obligatoires. L'imprimé lui-même n'a pas force de loi.

LES CONCLUSIONS

La question demeure celle de savoir si l'absence de sceau corporatif sur une formule de renonciation prescrite rend celle-ci nulle et non avenue. Pour trancher cette question, il faut, à mon avis, tenir compte des éléments suivants.

1. Nature d'une renonciation

Une renonciation semblable à celle qui fait l'objet du présent litige pourrait être considérée comme un accommodement entre la Couronne et un contribuable qui permet d'améliorer l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de déterminer de façon plus efficace toute dette découlant de l'application de celle-ci. Compte tenu de délais de prescription prévus à l'article 152 de la Loi à l'égard des cotisations, la Couronne demande une renonciation afin de pouvoir continuer son évaluation dans le cadre d'un processus administratif normal sans devoir se préoccuper des délais. Pour sa part, le contribuable sait très bien que, lorsqu'une cotisation est établie, lui seul a le fardeau de prouver qu'elle est erronée. Ce fardeau devient beaucoup plus lourd si la Couronne, qui voit approcher la fin du délai, établit ce qu'on pourrait appeler une cotisation prématurée dans laquelle elle inscrirait, par mesure de prudence, de nombreux éléments divers que le contribuable devrait réfuter un à un. Dans ces circonstances, le contribuable sera porté à considérer la renonciation comme une solution avantageuse tant pour lui que pour la Couronne et se conformera habituellement à la demande de celle-ci.

En outre, dans bien des cas, la renonciation peut se limiter à des questions précises, c'est-à-dire les questions relativement auxquelles le travail d'éva-

which in fact remain the only outstanding items on which the Crown can ultimately decide to assess or reassess. This narrows the field of the assessment and again provides mutual advantages to both the Crown and the taxpayer.

2. Requirements of a prescribed form of waiver

If by its nature, a waiver under the *Income Tax Act* may be said to be a mutual affair, it might nevertheless be incumbent upon the Crown in accepting a waiver to be satisfied that the taxpayer will be bound by it. This would normally present no problem when the taxpayer is an individual. It is otherwise, however, when the taxpayer is a corporation which can only become bound by the hand of a person or persons acting on its behalf. The authority of such person or persons would of course be best assured by the affixing of the corporate seal. The corporate seal would thus provide a sufficient degree of validity or authenticity on which the Crown could rely.

Viewed in that light, the requirements of a corporate seal could be said to be for the benefit of the Crown.

3. The statutory basis for the prescribed form

Subsection 244(16) of the Act provides that "Every form purporting to be a form prescribed or authorized by the Minister shall be deemed to be a form prescribed by order of the Minister under this Act unless called in question by the Minister or some person acting for him or Her Majesty."

Subparagraph 152(4)(a)(ii) provides that a Minister may reassess at any time when a taxpayer "has filed with the Minister a waiver in prescribed form within 4 years". [My emphasis.]

The prescribed form of waiver in 1985 declares that it is authorized and prescribed by the Minister. The form also includes on its face a series of instructions which the form indicates must be ful-

luation n'est pas terminé et qui demeurent effectivement les seuls points non réglés à l'égard desquels la Couronne pourrait décider d'établir une cotisation ou une nouvelle cotisation. Ce genre de renonciation a pour effet de rétrécir la portée de la cotisation et comporte des avantages tant pour la Couronne que pour le contribuable.

2. Exigences liées à une formule de renonciation prescrite

Si, de par sa nature, une renonciation établie en conformité de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut être considérée comme un accord mutuel, il incombera peut-être néanmoins à la Couronne de s'assurer, lorsqu'elle accepte la renonciation, que le contribuable sera lié par celle-ci. Il n'y aura habituellement aucun problème sur ce point si le contribuable est un particulier. Cependant, il en est autrement lorsque le contribuable est une société qui ne peut être liée que par l'entremise d'une personne agissant pour son compte. Bien entendu, l'apposition du sceau corporatif serait la mesure permettant le mieux de confirmer l'existence du pouvoir de cette personne. Le sceau corporatif conférerait donc au document un degré suffisant de validité ou d'authenticité que la Couronne pourrait invoquer.

Envisagées sous cet angle, les exigences liées à l'apposition du sceau corporatif pourraient être considérées comme des conditions avantageuses pour la Couronne.

3. Le fondement législatif du formulaire prescrit

Le paragraphe 244(16) de la Loi se lit comme suit: «Chaque formule donnée comme constituant une formule prescrite ou autorisée par le Ministre est réputée être une formule prescrite par ordre du Ministre en vertu de la présente loi, sauf si elle est mise en doute par le Ministre ou quelque personne agissant pour lui ou pour Sa Majesté.»

Selon le sous-alinéa 154(4)a)(ii), le ministre peut établir une nouvelle cotisation en tout temps lorsque le contribuable «a adressé au Ministre une renonciation, en la forme prescrite, dans un délai de 4 ans». [C'est moi qui souligne.]

D'après la déclaration qui apparaît sur la formule de renonciation prescrite en 1985, il s'agit d'une formule autorisée et prescrite par le ministre. La formule comporte également au recto une

filled in order for the waiver to be valid. It must be signed by the taxpayer himself, if an individual, or if a corporation, by the authorized signing officer with the authority to bind the corporation. In the case of a corporation, the corporate seal must be affixed.

This is in line with plaintiff's argument that the corporate seal requirement is mandatory. Its absence renders the waiver null and void. It is not a valid waiver and the statute prescribes that a valid waiver it must be. Furthermore, according to this line of thinking, the waiver cannot be accepted as valid if the signing officer as Vice-President, Finance, enjoying the ostensible authority to bind the company, did not have, on the evidence, any authority on his own to affix the corporate seal. This of course is to suggest that even if by some circumstance or other, Mr. Briggs had had possession of the corporate seal at the time the waiver was submitted to him, his affixing it without the required authority would not have bound the company.

4. General Rules re Corporate Seal

It may be briefly stated that according to sections 124 and 125 of the *Company Act* of British Columbia, it would not have been ordinarily required to affix the seal to the waiver document to make it valid and binding on the company. In the circumstances, the issue of the waiver's validity rests exclusively on whether or not the prescription is of such a mandatory nature that its absence makes the document null and void.

5. Mandatory or Directory "Enactment"

This requires an interpretation of the "prescribed" conditions. The attachment of a corporate seal is either a mandatory requirement or a discretionary one. Whether it is one or the other requires consideration of the purpose of the prescription, the context within which it is deemed to apply and the general intentment of either Parliament or of its servant in imposing it. I subscribe in this respect to the words of Lord Campbell in the case of *Liverpool Borough Bank v. Turner* (1860), 2 De G. F. & J. 502 where he stated at pages 507-508:

série de directives qui doivent être suivies, selon le texte de la formule, pour que la renonciation soit valide. Le document doit être signé par le contribuable lui-même, s'il s'agit d'un particulier, ou par le signataire autorisé à lier la société, s'il s'agit d'une société. En outre, dans le cas d'une société, le sceau corporatif doit être apposé.

Ces exigences vont dans le sens de l'argument de la demanderesse selon lequel l'apposition du sceau corporatif est obligatoire et l'absence de ce sceau rend la renonciation nulle et non avenue. La renonciation n'est pas valide et la loi énonce qu'il doit s'agir d'une renonciation valide. En outre, selon ce raisonnement, on ne peut dire que la renonciation est valide lorsque le signataire, comme vice-président des finances disposant du pouvoir apparent de lier l'entreprise, n'était pas autorisé, selon la preuve, à apposer le sceau corporatif. Cela sous-entend évidemment que, même si M. Briggs avait eu en sa possession le sceau corporatif au moment où la renonciation lui a été soumise, l'apposition du sceau par cette personne, qui n'avait pas le pouvoir requis, n'aurait pas lié la société.

4. Règles générales concernant le sceau corporatif

On peut résumer les règles générales en disant que, selon les articles 124 et 125 du *Company Act* de la Colombie-Britannique, il n'aurait habituellement pas été nécessaire d'apposer le sceau sur la renonciation pour que celle-ci soit valide et lie la société. Dans les circonstances, la validité de la renonciation dépend uniquement de la réponse à la question de savoir si la prescription est obligatoire au point où le non-respect de cette prescription rend le document nul et non avenue.

5. «Texte» obligatoire ou directeur

Il faut ici interpréter les conditions «prescrites». L'apposition du sceau corporatif constitue soit une exigence obligatoire, soit une exigence discrétionnaire. Pour trancher cette question, il faut examiner le but de la prescription, le contexte dans lequel elle est présumée s'appliquer et l'intention générale qu'avait le Parlement ou son préposé lorsqu'il l'a imposée. À cet égard, je fais miennes les remarques que lord Campbell a formulées dans *Liverpool Borough Bank v. Turner* (1860), 2 De G. F. & J. 502, lorsqu'il a dit ce qui suit aux pages 507 et 508:

No universal rule can be laid down for the construction of statutes as to whether mandatory enactments shall be considered directory only or obligatory only with an implied nullification for disobedience. It is the duty of Courts of Justice to try to get at the real intention of the Legislature by carefully attending to the whole scope of the statute to be construed.

A similar approach was adopted by Lord Penzance in *Howard v. Bodington* (1877), 2 P.D. 203 (Court of Arches) at page 211:

I believe, as far as any rule is concerned, you cannot safely go further than that in each case you must look to the subject-matter; consider the importance of the provision that has been disregarded, and the relation of that provision to the general object intended to be secured by the Act; and upon a review of the case in that aspect decide whether the matter is what is called imperative or only directory.

THE CONCLUSION

A review of the particular facts before me as well as of the extensive case law referred to by counsel leads me to the conclusion that the requirement of the corporate seal is directory only. I view the prescription imposed by the Minister in that regard as one to provide the Minister with an assurance that he can safely postpone his reassessment and that he may rely on the corporate taxpayer being bound by it. The taxpayer would not, absent unusual circumstances such as a forged signature, be in a position to repudiate it when the limitations have run out.

On the facts before me, no such unusual circumstances apply. There is no doubt in my mind that Mr. Briggs, as Vice-President, Finance, had an implied authority to agree to a waiver. He knew full well the purpose of the waiver and although he had not previously been called upon to deal with a waiver on behalf of his company, he knew from his previous experience as a chartered accountant what a waiver was all about. He had no hesitation in signing it. He assumed, correctly in my view, that without a waiver, an immediate assessment would issue. He did not feel the need to bring the matter to the attention of his directors. He felt it was part of his basic responsibility as Vice-President, Finance, to deal with it. For some years, as a matter of fact, he had dealt with the company's tax matters and had signed several T-2 tax returns in previous years. Mr. Briggs of course had no specific authority to use the seal but I must find,

[TRADUCTION] Aucune règle universelle ne peut être imposée à l'égard de l'interprétation des lois pour déterminer si un texte de loi doit être considéré comme un texte à caractère directeur ou obligatoire et si le non-respect de ce texte entraîne implicitement la nullité du document visé. Il incombe aux tribunaux de déterminer la véritable intention du législateur en examinant avec soin la portée générale de la loi à interpréter.

Dans *Howard v. Bodington* (1877), 2 P.D. 203 (Court of Arches), à la page 211, lord Penzance a adopté un raisonnement similaire:

[TRADUCTION] À mon avis, quelle que soit la règle en cause, on ne peut aller plus loin que de dire que, dans chaque cas, il faut examiner la question, tenir compte de l'importance de la disposition qui n'a pas été respectée et du lien entre cette disposition et le but général visé par la Loi et décider, après avoir examiné l'affaire sous cet angle, si la disposition est de nature impérative ou seulement directrice.

LA CONCLUSION

Après avoir examiné les faits dont j'ai été saisi et les nombreux arrêts que les avocats ont cités, je suis d'avis que l'apposition du sceau corporatif est une exigence directrice seulement. À mon avis, la prescription imposée par le ministre à cet égard lui permet de s'assurer qu'il peut reporter en toute sécurité l'établissement d'une nouvelle cotisation et qu'il peut se fonder sur le fait que la société contribuable est liée par la renonciation. En l'absence de circonstances inhabituelles, telle une imitation de signature, le contribuable ne serait pas en mesure de répudier la renonciation une fois le délai de prescription expiré.

À la lumière des faits qui ont été établis devant moi, aucune circonstance inhabituelle de cette nature ne peut être invoquée ici. Je n'ai aucun doute sur le fait que M. Briggs, en qualité de vice-président des finances, avait le pouvoir implicite de consentir à une renonciation. Il était bien conscient du but de la renonciation et, même si on ne lui a pas demandé auparavant de signer une renonciation au nom de son entreprise, il savait en quoi consistait une renonciation, en raison de l'expérience qu'il avait acquise comme comptable agréé. Il l'a signée sans hésitation. Il a présumé (et, à mon avis, il avait raison) que, en l'absence de renonciation, une cotisation serait immédiatement établie. Il n'a pas jugé nécessaire de signaler la question à l'attention des administrateurs. Il a cru que cette tâche faisait partie de ses responsabilités comme vice-président des finances. Effectivement, pendant quelques années, il s'est occupé des

on the evidence, he had no less an implied authority to sign a waiver than he had to sign corporate tax returns.

The other aspect material to the case is that the prescription imposed by the Minister is, in my view, for the benefit of the Minister. For reasons already stated, it is the Minister's measure of protection and may, in appropriate circumstances, be waived by him. The Minister's position in that regard is analogous to any person's prerogative to waive a condition prescribed in his favour.

A further element in the matter before me is that this waiver, however prescribed in its form, is not a statutory obligation imposed on a taxpayer over which, in appropriate cases, statutory defences might be raised. A waiver, as prescribed in this case, is no more, no less a consensual arrangement between the taxpayer and the Crown to accept a delayed process for an assessment to be made for reasons which are mutually advantageous. It is clear from the evidence that Mr. Briggs willingly signed the waiver with the intention of making of it a valid waiver binding on the company. From the realities of the situation as I have described it, the waiver, in the eyes of Mr. Briggs, was no big deal.

In such circumstances, can it now be said that in the absence of such a ministerial prescription as a corporate seal on the waiver form, the document should be considered null and void and bereft of any legal weight? To do so, in my respectful view, would be to endorse the arguments advanced by plaintiff's counsel that the subject-matter be treated within the narrow perimeters of the prescribed form, within the even narrower context of the Minister's printed postulates and that the substance and mutuality of the waiver process itself be disregarded. It would require a strict or literal interpolation of the several doctrines of interpretation suggested by plaintiff's counsel and confer on the prescriptions of the waiver form a sovereign

aspects fiscaux de la gestion de l'entreprise et il a signé plusieurs déclarations d'impôt au cours des années antérieures. M. Briggs n'avait évidemment aucun pouvoir explicite quant à l'utilisation du sceau, mais je dois conclure, à la lumière de la preuve, que s'il avait le pouvoir implicite de signer les déclarations d'impôt de l'entreprise, il avait aussi celui de signer une renonciation.

L'autre aspect important du présent litige est le fait que la prescription imposée par le ministre est, à mon sens, avantageuse pour celui-ci. Pour les raisons déjà mentionnées, c'est une mesure de protection du ministre et celui-ci peut, dans les circonstances appropriées, y renoncer. La position du ministre à cet égard est analogue à celle de toute personne qui a le privilège de renoncer à une condition établie en sa faveur.

En outre, cette renonciation, bien que la forme en soit prescrite, ne constitue pas une obligation législative qui est imposée à un contribuable et à l'égard de laquelle des moyens de contestation d'origine législative pourraient être soulevés dans les cas appropriés. Une renonciation semblable à celle qui est prescrite en l'espèce est un accord mutuel par lequel le contribuable et la Couronne acceptent que le délai de l'évaluation soit prolongé pour des raisons avantageuses pour les deux parties, ni plus, ni moins. La preuve indique clairement que M. Briggs a signé volontairement la renonciation avec l'intention de la rendre valide comme renonciation liant l'entreprise. D'après la réalité de la situation que j'ai décrite, la renonciation n'était pas importante aux yeux de M. Briggs.

Dans ces circonstances, peut-on dire maintenant qu'en raison du non-respect d'une formalité prescrite par le ministre, comme l'apposition du sceau corporatif sur la formule de renonciation, le document doit être considéré comme nul et non avenu et dénué de toute portée juridique? Si j'en arrivais à cette conclusion, à mon humble avis, j'accepterais par le fait même les arguments allégués par l'avocat de la demanderesse selon lesquels la question doit être examinée à l'intérieur des limites restreintes de la formule prescrite, dans le contexte encore plus restreint des conditions du ministre qui sont imprimées, et qu'il ne faut pas tenir compte du fond et du caractère mutuel de la renonciation. Il faudrait faire une interpolation stricte ou litté-

and inviolate character which, in my respectful view, is not warranted.

If an unsigned tax return can be found to be a valid return as in the *Hart Electronics* case, or if a waiver signed by one company can be found to bind another company, as in the *Simard-Beaudry* case, I can see no reason why, in the particular circumstances of the case before me, a document intended to bind the company, signed on its behalf by a senior officer with the very least an implied authority to do so, could now be repudiated on grounds of non-compliance with one of its prescribed conditions. It may be said that the Minister was at risk when he accepted the plaintiff's waiver without its corporate seal. It does not, however, leave it open to the plaintiff to repudiate the waiver on that ground.

I should therefore find that, despite the ingenious arguments of the plaintiff's counsel to the contrary, the corporate seal is a discretionary provision for the Minister's benefit, that the deficiency in the waiver does not create a nullity and that the assessment subsequently issued is valid in all respects.

Further to the parties' consent to a hearing and adjudication of this preliminary yet very much substantive issue, the plaintiff's action is dismissed. Subject to any appeal, the parties may now move to set down for trial on the merits of the plaintiff's appeal against the defendant's assessment.

Costs shall be in the cause.

rale des diverses doctrines d'interprétation proposées par l'avocat de la demanderesse et conférer aux formalités liées à la formule de renonciation un caractère absolu et inviolé, ce qui, à mon avis, n'est pas justifié.

Si une déclaration d'impôt non signée peut être jugée valide, comme dans l'arrêt *Hart Electronics*, ou qu'une renonciation signée par une entreprise peut être considérée comme un document liant une autre entreprise, comme dans l'arrêt *Simard-Beaudry*, je ne vois pas pourquoi, dans les circonstances particulières qui me sont soumises, un document destiné à lier l'entreprise et signé en son nom par un dirigeant supérieur qui possède, à tout le moins, le pouvoir implicite de le faire pourrait maintenant être répudié pour le motif que l'une des conditions prescrites dans ledit document n'a pas été respectée. On pourra dire que le ministre a pris un risque lorsqu'il a accepté la renonciation de la demanderesse alors que celle-ci ne comportait pas de sceau corporatif. Cependant, il ne s'ensuit pas pour autant que la demanderesse peut répudier la renonciation pour ce motif.

Je dois donc en venir à la conclusion que, malgré les arguments ingénieux qu'a invoqués l'avocat de la demanderesse pour dire le contraire, le sceau corporatif constitue une exigence discrétionnaire avantageuse pour le ministre, que la lacune que comporte la renonciation n'entraîne pas la nullité de celle-ci et que la cotisation établie subséquentement est valide à tous égards.

Suivant le consentement des parties à l'audience et au règlement de cette question préliminaire, bien que très importante, l'action de la demanderesse est rejetée. Sous réserve d'un appel, les parties peuvent maintenant inscrire pour audition quant au fond l'appel interjeté par la demanderesse à l'égard de la cotisation de la défenderesse.

Les dépens suivront l'issue de la cause.

T-1971-86

T-1971-86

Her Majesty the Queen (Plaintiff)

v.

J. U. Merten (Defendant)

INDEXED AS: CANADA v. MERTEN (T.D.)

Trial Division, Strayer J.—Calgary, September 24; Ottawa, October 9, 1990.

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from Tax Court decision allowing deduction of automobile expenses for travel between temporary construction sites and home — Taxpayer, construction company project manager, reporting to and leaving from employer's "permanent office", except when first or final duty of day at construction site when commuted directly from or to home — Whether such travel "in the course of his employment" under s. 8(1)(h) — Tax Court considered T.D. decision in The Queen v. Chrapko (G.R.) binding — Appeal dismissed — Court of Appeal varying T.D. decision in Chrapko, restricting taxpayer to deducting expenses for travelling from home to work where place of work other than place at which "usually works" — Rationale in Luks, Herman v. Minister of National Revenue, precluding deductions for travelling to and from work unless travel involved performance of service, no longer applicable — Inference as to "usual" place of work from language of agreed statement of facts.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 8(1)(h), 178(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, item 2; 1984, c. 45, s. 75).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Luks, Herman v. Minister of National Revenue, [1959] Ex.C.R. 45; (1958), 58 DTC 1194. *i*

APPLIED:

Chrapko (G.R.) v. The Queen, [1988] 2 C.T.C. 342; (1988), 88 DTC 6487 (F.C.A.); *varg The Queen v. Chrapko (G.R.)*, [1984] CTC 594; (1984), 84 DTC 6544 (F.C.T.D.). *j*

Sa Majesté La Reine (demanderesse)

c.

*a***J. U. Merten (défendeur)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. MERTEN (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Strayer—Calgary, 24 septembre; Ottawa, 9 octobre 1990. *b*

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui avait autorisé la déduction des frais d'automobile du défendeur pour ses déplacements entre les chantiers de construction temporaires et son domicile — Le contribuable, chef de projet d'une compagnie de construction, se rendait au «bureau permanent» de son employeur et en repartait, sauf lorsque sa première ou sa dernière tâche de la journée se trouvait à un chantier de construction, auquel cas il s'y rendait directement de son domicile ou rentrait directement à son domicile — A-t-il effectué ces déplacements «pour exercer les fonctions de son emploi» au sens de l'art. 8(1)(h)? — La Cour canadienne de l'impôt s'est considérée liée par la décision de la Section de première instance dans La Reine c. Chrapko (G.R.) — Appel rejeté — La Cour d'appel a modifié la décision de première instance dans l'affaire Chrapko, en permettant seulement au contribuable de déduire ses frais de déplacement entre son domicile et le lieu de son travail autre que celui «où il exerce habituellement ses fonctions» — Le raisonnement suivi dans l'affaire Luks, Herman v. Minister of National Revenue, qui interdisait la déduction des frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail à moins que le déplacement lui-même ne consiste en une prestation de services, n'est plus applicable — La déduction relative au lieu «habituel» de travail découle du libellé de l'exposé conjoint des faits.

g LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 8(1)(h), 178(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58, numéro 2; 1984, chap. 45, art. 75).

h

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Luks, Herman v. Minister of National Revenue, [1959] R.C.É. 45; (1958), 58 DTC 1194.

DÉCISION APPLIQUÉE:

Chrapko (G.R.) c. La Reine, [1988] 2 C.T.C. 342; (1988), 88 DTC 6487 (C.A.F.); *mod. La Reine c. Chrapko (G.R.)*, [1984] CTC 594; (1984), 84 DTC 6544 (C.F. 1^{re} inst.).

CONSIDERED:

Healy v. R., [1979] 2 F.C. 49; [1979] CTC 44; (1979), 79 DTC 5060; 25 N.R. 429 (C.A.).

REFERRED TO:

Klue, J T v. MNR, [1976] CTC 2401; (1976), 76 DTC 1303 (T.R.B.); *Dale (J B) v. MNR*, [1977] CTC 2208 (T.R.B.).

COUNSEL:

Carman R. McNary and *David I. Besler* for plaintiff.
R. Kipp Craig for defendant.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.
Atkinson, McMahon, Calgary, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.:

Relief Requested

This is an appeal by the Minister of National Revenue against a decision of the Tax Court of Canada dated May 6, 1986, in which the Tax Court allowed an appeal of the defendant from a reassessment of his taxation liability. The effect of this decision was to allow the defendant to deduct travel expenses in the amount of \$2,172.67 from his income from employment.

Facts

The parties agreed to the following statement of facts:

1. From 1977 to the spring of 1988 including 1981 the taxation year in question J.U. Merten ("Merten") was employed as a project manager by Western Electrical Constructors Limited ("Western").
2. Western's permanent office was located at all material times at 330 - 11th Avenue S.W., Calgary. At this office Western's Corporate Management, including Merten, carried on the day to day overall management of Western.
3. During the 1981 taxation year Western was a contractor and maintained worksites for the construction of two projects in the City of Calgary; the Delta Hotel located at 209 - 4 Avenue, S.E., and Heritage Square located at 8500 Macleod Trail South.

DÉCISION EXAMINÉE:

Healy c. R., [1979] 2 C.F. 49; [1979] CTC 44; (1979), 79 DTC 5060; 25 N.R. 429 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Klue, J T c. MRN, [1976] CTC 2401; (1976), 76 DTC 1303 (C.R.I.); *Dale (J B) c. MRN*, [1977] CTC 2208 (C.R.I.).

a AVOCATS:

Carman R. McNary et *David I. Besler* pour la demanderesse.
R. Kipp Craig pour le défendeur.

c

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.
Atkinson, McMahon, Calgary, pour le défendeur.

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

e

LE JUGE STRAYER:

Redressement demandé

Le présent appel a été interjeté par le ministre du Revenu national contre une décision rendue le 6 mai 1986 par la Cour canadienne de l'impôt, qui a alors accueilli l'appel du défendeur à l'encontre d'une nouvelle cotisation de son obligation fiscale. Cette décision a eu pour effet de permettre au défendeur de déduire de son revenu d'emploi la somme de 2 172,67 \$ à titre de frais de déplacement.

Les faits

Les parties s'entendent quant à l'exposé des faits suivant:

[TRADUCTION] 1. De 1977 au printemps de 1988, y compris l'année d'imposition 1981 qui est en cause, J.U. Merten («Merten») était employé par la Western Electrical Constructors Limited («Western») à titre de chef de projet.

2. Durant toute la période visée, le bureau permanent de Western était situé au 330 - 11th Avenue S.W., Calgary. La direction de Western, y compris Merten, exerçait ses activités quotidiennes de gestion générale à cet endroit.

3. Au cours de l'année d'imposition 1981, Western exerçait l'activité d'entrepreneur et exploitait deux chantiers de construction dans la ville de Calgary: à l'hôtel Delta situé au 209 - 4 Avenue, S.E., et à Heritage Square au 8500 Macleod Trail South.

4. Merten was required to be present at the permanent office on a regular basis as he was involved in the management of Western including bidding and costing jobs, dealing with suppliers, project owners, and engineers, and general administration. He was also required to attend Western's various temporary construction sites described above. His duties at the projects included site meetings, site inspections, trade relations as it affects the routing of major and minor components of a project, employee relations and overall supervision and coordination of Western's construction efforts.

5. When Merten's first duty of employment on any given morning was at one of Western's temporary construction sites he would drive directly to that site from his home located at 983 Edgemont Road N.W., Calgary rather than first reporting in at the permanent office.

6. When Merten's final duties of employment on any given day was at one of Western's temporary construction sites he would drive directly home rather than reporting back at the permanent office.

7. At all other times Merten reported to work at the permanent office and left from the permanent office.

8. Merten was required by the terms of his employment contract to utilize his own vehicle while travelling within the course of his employment and to pay the expenses thereof.

9. Merten has incurred automobile expenses in travelling between the permanent office listed in paragraph 2 and the temporary construction sites listed in paragraph 3 and other related expenses in the amount of \$4,617.43 which amount the Minister of National Revenue has allowed as a deduction from Merten's income.

10. Merten has incurred automobile expenses related to travel between the temporary construction sites listed in paragraph 3 and his home at 983 Edgemont Road N.W., Calgary, in the amount of \$2,172.67, all of which the Minister of National Revenue has disallowed as a deduction from Merten's income.

11. Merten received a travel allowance of \$4,800.00 from Western which amount was included in his income for purposes of his 1981 tax return.

12. The amounts as claimed by the taxpayer are not unnecessary or excessive if they otherwise qualify under section 8(1)(h) of the Income Tax Act (Canada).

Issues

The provision of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] in question is paragraph 8(1)(h). Subsection 8(1) generally sets out the deductions permitted from a taxpayer's income from an office or employment and permits such deduction of, *inter alia*,

8. (1) ...

4. Merten devait se trouver régulièrement au bureau permanent, puisqu'il participait à la gestion de Western, notamment aux fonctions de préparation des estimations de coût et des soumissions, ainsi qu'aux discussions avec les fournisseurs, avec les promoteurs des projets, les ingénieurs et les membres de l'administration générale. Par ailleurs, il devait aussi travailler aux divers chantiers temporaires de construction de Western mentionnés ci-dessus. Sur les chantiers, ses fonctions comprenaient les réunions de chantier, l'inspection du chantier, les relations avec les fournisseurs de produits et de services relativement à l'acheminement ou à la réalisation des composantes principales et secondaires du projet, les relations ouvrières ainsi que la supervision et la coordination globales du travail de construction de Western.

5. Lorsque sa première tâche de la journée obligeait Merten à se présenter à l'un des chantiers temporaires de construction de Western, il conduisait son véhicule directement à ce chantier après avoir quitté son domicile situé au 983, chemin Edgemont N.W., à Calgary, plutôt que de se rendre d'abord au bureau permanent.

6. Lorsque sa dernière tâche de la journée obligeait Merten à se présenter à l'un des chantiers temporaires de construction de Western, il conduisait son véhicule directement à son domicile plutôt que de se rendre d'abord au bureau permanent de Western.

7. Dans tous les autres cas, Merten se rendait au bureau permanent et en repartait.

8. En vertu de son contrat d'emploi, Merten était tenu d'utiliser son propre véhicule pour ses déplacements dans le cadre de ses fonctions et d'en acquitter les frais.

9. Pour ses déplacements entre le bureau permanent mentionné au paragraphe 2 et les chantiers temporaires de construction mentionnés au paragraphe 3, Merten a acquitté des frais d'automobile et d'autres frais connexes s'élevant à 4 617,43 \$; le ministère du Revenu national a accepté la déduction de cette somme contre le revenu de Merten.

10. Pour ses déplacements entre son domicile situé au 983, chemin Edgemont N.W., à Calgary, et les chantiers temporaires de construction mentionnés au paragraphe 3, Merten a acquitté des frais d'automobile s'élevant à 2 172,67 \$; le ministère du Revenu national a refusé de permettre la déduction de cette somme en entier contre le revenu de Merten.

11. Merten a reçu de Western une allocation pour frais de déplacement s'élevant à 4 800,00 \$, qui fut comprise dans le revenu déclaré pour l'année d'imposition 1981.

12. Les montants réclamés par le contribuable ne sont pas arbitraires ni excessifs si leur déductibilité est autrement admissible en vertu de l'alinéa 8(1)h) de la Loi de l'impôt sur le revenu (Canada).

Les points en litige

La disposition litigieuse de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63] est l'alinéa 8(1)h). De façon générale, le paragraphe 8(1) énumère les déductions que les contribuables peuvent faire sur leur revenu d'une charge ou d'un emploi, notamment

8. (1) ...

(h) where the taxpayer, in the year,

(i) was ordinarily required to carry on the duties of his employment away from his employer's place of business or in different places,

(ii) under the contract of employment was required to pay the travelling expenses incurred by him in the performance of the duties of his office or employment, and

(iii) was not in receipt of an allowance for travelling expenses that was, by virtue of subparagraph 6(1)(b)(v),(vi) or (vii), not included in computing his income and did not claim any deduction for the year under paragraph (e),(f) or (g),

amounts expended by him in the year for travelling in the course of his employment;

It is not disputed here that the defendant in this case met the requirements of subparagraphs 8(1)(h)(ii) and (iii). At times counsel for the plaintiff appeared to be questioning that the defendant met the requirements of subparagraph 8(1)(h)(i) although he indicated early in the proceedings that the real issue was whether the expenses incurred by the defendant in travelling between his home and the two temporary construction sites could be regarded as "travelling in the course of his employment" as required by the closing words of paragraph (h). This definition of the issue was also confirmed in the written argument of the plaintiff and I shall therefore confine myself to it.

Conclusions

The Tax Court of Canada, in allowing the defendant's appeal, indicated that in its view while at one time the defendant would on the basis of the decision in *Luks, Herman v. Minister of National Revenue*,¹ have been precluded from deducting the amounts for travel from his home to any places of work, including travel to the permanent office and to the construction sites, since the decision of Jerome A.C.J. in *The Queen v. Chrapko (G.R.)*² there was binding authority that he was entitled to deduct these expenses. The rationale for this view was that by the *Luks* case it had been held that a person could not be deemed to be "travelling in the course of his employment" as required by the closing words of paragraph 8(1)(h) unless the

¹ [1959] Ex.C.R. 45.

² [1984] CTC 594 (F.C.T.D.).

h) lorsque le contribuable, dans l'année,

(i) a été, d'une manière habituelle, tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur ou à différents endroits,

(ii) a été tenu, en vertu de son contrat d'emploi, d'acquitter les frais de déplacement engagés par lui pour l'accomplissement des fonctions de sa charge ou de son emploi, et

(iii) n'a pas reçu d'allocation pour frais de déplacement qui, en vertu du sous-alinéa 6(1)b)(v), (vi) ou (vii), n'était pas incluse dans le calcul de son revenu, et n'a pas réclamé de déduction pour l'année en vertu de l'alinéa e),f) ou g),

les sommes qu'il a dépensées pendant l'année aux fins de déplacements pour exercer les fonctions de son emploi;

Dans cette cause, on ne met pas en doute que le défendeur ait satisfait aux critères énoncés dans les sous-alinéas 8(1)h)(ii) et (iii). À quelques reprises, l'avocat de la demanderesse a semblé remettre en question le fait que le défendeur se conformait aux critères de l'alinéa 8(1)h)(i), même s'il avait indiqué plus tôt au cours des procédures que le point en litige était de savoir si les frais de déplacement payés par le défendeur pour le transport entre son domicile et les deux chantiers de construction temporaires constituaient vraiment des sommes dépensées «aux fins de déplacements pour exercer les fonctions de son emploi» comme on l'exige à la fin de l'alinéa h). Dans sa plaidoirie écrite, le défendeur a repris la même définition du litige que la demanderesse, et je me confinerai donc à cet aspect de la question.

Conclusions

Dans sa décision confirmant l'appel du défendeur, la Cour canadienne de l'impôt a indiqué qu'à son avis la décision *Luks, Herman v. Minister of National Revenue*¹ aurait dans le passé interdit la déduction des frais de déplacement entre le domicile et n'importe quel lieu de travail, notamment le bureau permanent et les chantiers de construction, mais que depuis la décision du juge en chef adjoint Jerome dans la cause *La Reine c. Chrapko (G.R.)*² il existait un précédent contraignant qui l'autorisait à déduire ces frais. Le raisonnement à l'appui de cette opinion reposait sur le fait que dans la décision *Luks* on avait considéré qu'une personne ne pouvait répondre à l'exigence «aux fins de déplacements pour exercer les fonctions de son

¹ [1959] R.C.É. 45.

² [1984] CTC 594 (C.F. 1^{re} inst.).

travel actually involved the performance of some service as compared to simply getting oneself to the place of work. However, the words "in the course of his employment" were held in the *Chrapko* decision in the Federal Court Trial Division not to preclude a deduction in such circumstances. The Tax Court considered itself bound by the later decision in *Chrapko*.

Since the decision of the Tax Court, however, the Federal Court of Appeal has rendered a decision on appeal in the *Chrapko* case.³ The two parties in the present appeal characterize somewhat differently that decision of the Court of Appeal. In the view of the defendant the Court of Appeal implicitly adopted the reasoning of the Trial Judge but modified it in application. In the view of the plaintiff the Court of Appeal "overturned" the trial decision.

Without debating how one should characterize the decision of the Court of Appeal, it is sufficient to note its practical effect. At trial the Associate Chief Justice had held that the taxpayer in *Chrapko* was entitled to deduct travelling expenses incurred in travelling from his home to three different racetracks at which he acted as a parimutual teller for the Ontario Jockey Club. He lived in Niagara Falls. He travelled to two different racetracks in Toronto where he spent a total of some seventy-five percent of his working time, and also travelled to a racetrack in Fort Erie where he spent the remainder of his working time. The Court of Appeal varied the decision of the Trial Judge by allowing the taxpayer to deduct only his expenses for travelling from his home to the Fort Erie track, because in the view of that Court he was entitled to deduct only travel expenses

... incurred ... in travelling to a place of work away from the places at which he usually worked ...⁴

³ *Chrapko (G.R.) v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 342 (F.C.A.).

⁴ *Ibid.*, at p. 344.

emploi» précisée à la fin de l'alinéa 8(1)h) que si le déplacement comprenait réellement la prestation d'un service et non pas seulement le fait de se rendre à son lieu de travail. Toutefois, dans la décision *Chrapko*, la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada a considéré que l'expression «pour exercer les fonctions de son emploi» n'interdisait pas la déductibilité des frais dans un cas semblable. La Cour canadienne de l'impôt s'est considérée liée par la plus récente décision dans l'affaire *Chrapko*.

Depuis que la décision a été rendue par la Cour canadienne de l'impôt, la Cour d'appel fédérale du Canada a rendu une décision en appel dans l'affaire *Chrapko*³. Les deux parties au présent appel interprètent de façon quelque peu différente la décision de la Cour d'appel fédérale. Selon le défendeur, la Cour d'appel fédérale a implicitement adopté les motifs du juge de première instance mais en aurait modifié l'application. De l'avis de la demanderesse, la Cour d'appel fédérale aurait «renversé» la décision du tribunal de première instance.

Il n'est pas nécessaire d'interpréter ici la décision de la Cour d'appel fédérale; il suffit d'en saisir l'effet pratique. En première instance, le juge en chef adjoint avait déclaré que le contribuable dans l'affaire *Chrapko* avait le droit de déduire ses frais de déplacement entre son domicile et trois différentes pistes de course où il travaillait comme guichetier des paris mutuels pour le compte de l'Ontario Jockey Club. Le contribuable habitait à Niagara Falls. Il devait se rendre à deux pistes de course différentes à Toronto; il y passait en tout environ les trois quarts de ses heures de travail. Il devait aussi se rendre à Fort Erie où il passait le reste de ses heures de travail. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance en permettant au contribuable de déduire uniquement ses frais de déplacement entre son domicile et la piste de course de Fort Erie parce que, de l'avis de la Cour, le contribuable n'avait le droit de déduire que ses frais de déplacement

[TRADUCTION] ... engagés ... pour se rendre ailleurs qu'aux lieux où il exerçait habituellement ses fonctions ...⁴

³ *Chrapko (G.R.) c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 342 (C.A.F.).

⁴ *Ibid.*, à la p. 344.

It is true that the rationale adopted by the Associate Chief Justice at trial in the *Chrapko* case would appear to give little or no significance to the words "travelling in the course of his employment" provided the other requirements of paragraph 8(1)(h) are met. On appeal the Court of Appeal has implicitly qualified those words by recognizing that a taxpayer can deduct expenses for travelling from his home to a place of work as long as that place of work is other than the place at which he "usually" works. There were similar decisions in the past by the Tax Review Board permitting deductions for travel from home to workplace.⁵ These do appear to be somewhat inconsistent with the rationale adopted by Thurlow J. (as he then was) in the *Luks* case⁶ which would preclude any deductions for travelling to and from one's work unless the travel itself was the performance of some service such as delivery. Nevertheless it is clear from the decision of the Court of Appeal in *Chrapko*⁷ and implicit in an earlier decision of that Court in *Healy v. R.*⁸ that the *Luks* rationale can no longer be applied so as to preclude all deductibility where the travelling itself is not the performance of a service for the employer.

Applying the rule laid down by the Court of Appeal in *Chrapko*, I have concluded that the defendant in this case was obliged to travel to places of work, namely the construction sites, away from the place at which he usually worked, namely the permanent office of Western Electrical Constructors Limited. Counsel for the plaintiff suggested that I had no evidence before me to indicate which was the usual place of work of the defendant. I believe that I can infer this fact from the language of the agreed statement of facts itself: it

⁵ See e.g. *Klue, J T v. MNR*, [1976] CTC 2401 (T.R.B.); *Dale (J B) v. MNR*, [1977] CTC 2208 (T.R.B.).

⁶ *Supra*, note 1.

⁷ *Supra*, note 3.

⁸ [1979] 2 F.C. 49 (C.A.): the statement in that case at page 55 as to the objective of paragraph 8(1)(h) as being to enable employees required to work from time to time "away from the places at which they usually work" to deduct their travel expenses was explicitly endorsed by the Court in *Chrapko*.

Il est vrai que le raisonnement adopté par le juge en chef adjoint en première instance dans la décision *Chrapko* semblerait accorder bien peu ou pas d'importance à l'expression «aux fins de déplacements pour exercer les fonctions de son emploi», pourvu que les autres critères de l'alinéa 8(1)h soient respectés. En appel, la Cour d'appel a implicitement limité la portée de cette expression en reconnaissant qu'un contribuable peut déduire ses frais de déplacement entre son domicile et son lieu de travail, pourvu que ce lieu soit autre que celui où il travaille «habituellement». Dans le passé, la Commission de révision de l'impôt avait rendu des décisions semblables par lesquelles elle permettait de déduire des frais de déplacement de son domicile à son lieu de travail⁵. Ces décisions ne semblent guère conformes aux motifs invoqués par le juge Thurlow (alors juge puîné) dans la décision *Luks*⁶ qui interdiraient la déduction des frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail à moins que le déplacement lui-même ne consiste en la prestation de services, par exemple la livraison. Néanmoins, il est manifeste dans la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Chrapko*⁷ et implicite dans la décision antérieure de la Cour dans *Healy c. R.*⁸ que les motifs de la décision *Luks* ne s'appliquent plus de façon à interdire toute déduction des frais de déplacement dans les cas où le déplacement ne constitue pas la prestation d'un service pour l'employeur.

En application de la règle établie par la Cour d'appel fédérale dans la décision *Chrapko*, j'ai conclu que le défendeur en l'instance était tenu de se rendre à des lieux de travail, c'est à dire les chantiers de construction, autres que son lieu habituel de travail qui était le bureau permanent de Western Electrical Constructors Limited. L'avocat de la demanderesse a allégué qu'on ne m'avait pas présenté de preuve indiquant quel était le lieu de travail habituel du défendeur. Je crois que je peux déduire ce fait à partir du texte de l'exposé

⁵ Voir *Klue, JT c. MRN*, [1976] CTC 2401 (C.R.I.); et *Dale (JB) c. MRN*, [1977] CTC 2208 (C.R.I.), par exemple.

⁶ Précité, note 1.

⁷ Précité, note 3.

⁸ [1979] 2 C.F. 49 (C.A.): à la page 55 de cette décision, l'affirmation que l'objectif de l'alinéa 8(1)h est de permettre à l'employé qui travaille de temps à autre «ailleurs qu'aux lieux mêmes de l'entreprise de son employeur» de déduire ses frais de déplacement a été explicitement confirmée par la Cour dans la décision *Chrapko*.

refers to the "permanent office" of the employer at 330 - 11th Avenue S.W., Calgary and to the "temporary construction sites" being the Delta Hotel and Heritage Square. It is agreed that the defendant had management responsibilities at the office going well beyond his functions at the two temporary construction sites. I believe that I can infer that a "permanent office" would be a place where the defendant worked "usually" during his years of employment with Western, from 1977 to 1988 and that his involvement at two "temporary" constructions sites would be of a less regular nature. I accept the argument by counsel for the defendant that in determining what is "usual" one may have to look beyond the taxation year in question to see the long-term pattern of the defendant's work.

I therefore dismiss the appeal. It was agreed by the Minister that, consistently with subsection 178(2) of the *Income Tax Act* [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, item 2; 1984, c. 45, s. 75] (whether or not that subsection is still in force) costs should be awarded against the Minister no matter what the outcome. In any event, the appeal having failed, costs are awarded against the Minister and in favour of the defendant.

conjoint des faits: il s'agit du «bureau permanent» de l'employeur situé au 330 - 11th Avenue S.W., à Calgary, alors que les «chantiers de construction temporaires» étaient l'hôtel Delta et Heritage Square. Il est convenu que le défendeur exerçait au bureau des fonctions de gestion bien plus importantes que ses responsabilités sur les deux chantiers de construction temporaires. Je crois que je peux conclure que le «bureau permanent» serait l'endroit où le défendeur travaillait «habituellement» durant les années passées au service de Western, c'est-à-dire de 1977 à 1988, et que sa participation à deux chantiers de construction «temporaires» était d'une nature moins régulière. J'accepte les arguments avancés par l'avocat du défendeur, qui propose que pour définir ce qui est «habituel» on puisse regarder au-delà de l'année d'imposition en question de manière à déterminer les caractéristiques à long terme du travail du défendeur.

Par conséquent, je rejette l'appel. Il avait été convenu avec le ministre que, conformément au paragraphe 178(2) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58, numéro 2; 1984, chap. 45, art. 75] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (que ce paragraphe soit ou non encore en vigueur), les dépens seraient à la charge du ministre quelle que soit la décision de la Cour. De toute façon, comme l'appel est rejeté, les dépens sont à la charge du ministre et pour le défendeur.

CEA-2-90

CEA-2-90

In the Matter of an Order made by the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission to the Royal Canadian Mounted Police on April 22, 1990;

And in the Matter of the Complaints of Darrell Rankin, Number 2000-P.C.C. 89060 and 2000-P.C.C. 89083;

And in the Matter of an application pursuant to section 38(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, for determination of an objection to disclosure of information made by Joseph Philip Robert Murray in a Certificate dated June 7, 1990.

INDEXED AS: RANKIN (RE) (T.D.)

Trial Division, Denault J.—Ottawa, September 25 and October 9, 1990.

RCMP — Inappropriate for Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission to apply under Canada Evidence Act, s. 38 to overturn RCMP's certificate of objection to production of intelligence files and Protective Policing Manual — As quasi-judicial tribunal, impartiality required — S. 45.45, Royal Canadian Mounted Police Act (allowing Commission to hold in camera hearings) not giving it power to compel evidence — Mere procedural device — Commission having only some powers of board of inquiry.

Practice — Evidence — Application to determine validity of objection to disclosure of intelligence files and policing manual under Canada Evidence Act, s. 38 — Complaint concerning use of excessive force by RCMP against demonstrator during visit of American President — Objection based on grounds of public interest, national security and international relations — Balancing of public interest in administration of justice against public interest in non-disclosure — National and international security issues raised in view of risk from terrorist organizations — Public interest ill served by disclosure of sensitive information where not crucial to finding of fact and non-disclosure not prejudicial to complainant.

This was an application by the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission under *Canada Evidence Act*, subsection 38(1) for the determination of the validity of an objection to disclosure of information made by the Assistant Commissioner of the RCMP under section 37. Subsection 38(1) provides that an objection to disclosure of information on grounds that the disclosure would be injurious to international

Affaire intéressant l'ordonnance rendue par la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada à l'intention de la Gendarmerie royale du Canada le 22 avril 1990;

Et les plaintes 2000-P.C.C. 89060 et 2000-P.C.C. 89083 déposées par Darrell Rankin;

Et la demande présentée en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, en vue de l'obtention d'une décision concernant une opposition portée par Joseph Philip Robert Murray dans une attestation datée du 7 juin 1990 à l'égard de la divulgation de renseignements.

RÉPERTORIÉ: RANKIN (RE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Denault—Ottawa, 25 septembre et 9 octobre 1990.

GRC — Il n'est pas opportun pour la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada de demander, en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada, l'annulation de l'attestation d'opposition de la GRC à la production de dossiers de renseignements et du Manuel de la police de protection — En sa qualité de tribunal quasi judiciaire, la Commission doit être impartiale — L'art. 45.45 de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, qui permet à la Commission de tenir des audiences à huis clos, ne confère pas à cette dernière le pouvoir d'exiger une preuve — Simple disposition de forme — La Commission ne possède que certains des pouvoirs d'une commission d'enquête.

Pratique — Preuve — Demande présentée en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada en vue de la détermination de la validité de l'opposition à la divulgation de dossiers de renseignements et du manuel de la police — Plainte découlant du recours à une force excessive par la GRC contre un manifestant pendant la visite du président américain — Opposition fondée sur des raisons d'intérêt public, de sécurité nationale et de relations internationales — Il faut établir l'équilibre entre les raisons d'intérêt public fondées sur l'administration de la justice et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation — Des problèmes de sécurité nationale et internationale se posent compte tenu du risque que présentent les organisations terroristes — La divulgation de documents confidentiels qui ne sont pas essentiels à une conclusion de fait irait à l'encontre de l'intérêt public et leur non-divulgation ne porterait pas préjudice au plaignant.

Il s'agit d'une demande présentée par la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* en vue de la détermination de la validité d'une opposition à la divulgation de renseignements portée par le commissaire adjoint de la GRC en vertu de l'article 37. Le paragraphe 38(1) prévoit qu'une opposition à la divulgation de

relations or national defence or security may be determined only by the Chief Justice of the Federal Court, or his designate. Section 37 allows an objection to disclosure of any government information to be filed in any court, on grounds of a specified public interest. The complainant alleged that excessive force had been used against him by an RCMP officer while he was protesting against cruise missile testing in Canada during a visit by the President of the United States of America, and that his freedom of expression had been infringed. In the course of its hearing, the Commission ordered the RCMP to produce two intelligence files and the Protective Policing Manual. The RCMP filed a certificate of objection on the basis that disclosure would be injurious to the public interest, national security and international relations. The issues were (1) whether it was appropriate for the Commission to take an active role in seeking to have a certificate overturned considering the mandate conferred on it by Parliament, and (2) whether the certificate should be overturned. The Commission submitted that an objection to disclosure can only be maintained if its disclosure would be injurious to international relations, national defence or security. It submitted that the information might be injurious to the functioning of the RCMP and other police forces but was not information which would be injurious to international relations or national defence.

Held, the application should be denied.

(1) It was inappropriate that the Commission take the initiative of this application. As a quasi-judicial tribunal, the Commission has an obligation to appear and act impartially. When the matter is remitted back for a hearing, the Commission will have to resume its role as an arbitrator. Subsection 45.45 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, which allows the Commission to order the hearing be held in private "if it is of the opinion that during the course of the hearing [certain] information will likely be disclosed", does not give the Commission power to compel the evidence. It is merely a procedural device to assist the Commission in holding *in camera* proceedings. The Commission has some, but not all, of the powers of a board of inquiry, i.e. it can summon persons to give evidence, administer oaths and receive and accept on oath evidence as the board sees fit whether or not it would be admissible in a court. It cannot examine the records and make inquiries as it deems necessary. The Commission is further restricted by paragraph 45.45(8)(a) in that, unlike certain other tribunals, it cannot receive any evidence that would be inadmissible in a court of law by reason of privilege.

(2) As to the merits of this case, it was necessary to determine whether the public interest in the administration of justice outweighed the public interest in non-disclosure. This involved an inquiry into whether the documents were of critical importance to the complainant, and whether he would be prejudiced if the documents were not provided. The materials sought were not necessary with respect to the finding of fact as to whether there had been excessive use of force, or whether the complainant's right to demonstrate had been infringed. As they did not relate to a material fact in issue and the information

renseignements fondée sur le motif que celle-ci porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou sécurité nationales peut être décidée uniquement par le juge en chef de la Cour fédérale, ou par une personne désignée par ce dernier. L'article 37 autorise une opposition à la divulgation de renseignements gouvernementaux devant être produits devant un tribunal, pour une raison d'intérêt public déterminé. Le plaignant allègue qu'un agent de la GRC a eu recours à une force excessive pendant qu'il participait à une manifestation contre l'essai de missiles de croisière au Canada à l'occasion de la visite du président des États-Unis d'Amérique et que sa liberté d'expression a été violée. À l'audience, la Commission a ordonné à la GRC de produire deux dossiers de renseignements et le Manuel de la police de protection. La GRC a produit une attestation d'opposition fondée sur le motif que la divulgation porterait préjudice à l'intérêt public, à la sécurité nationale et aux relations internationales. Il s'agit de savoir (1) s'il est opportun pour la Commission de jouer un rôle actif en vue de faire annuler l'attestation compte tenu du mandat que le législateur fédéral lui a conféré et (2) si l'attestation doit être annulée. La Commission soutient qu'une opposition à la divulgation peut uniquement être maintenue si elle porte préjudice aux relations internationales, ou encore à la défense ou à la sécurité nationales. Elle soutient que les renseignements pourraient porter préjudice au fonctionnement de la GRC et d'autres forces de police, mais qu'il ne s'agit pas de renseignements qui porteraient préjudice aux relations internationales ou à la défense nationale.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

(1) Il ne convient pas que la Commission prenne l'initiative de présenter la demande. En sa qualité de tribunal quasi judiciaire, la Commission est tenue d'agir, et de sembler agir, impartialement. Lorsque l'affaire est renvoyée pour une audience, la Commission doit de nouveau assumer son rôle d'arbitre. Le paragraphe 45.45 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, qui permet à la Commission d'ordonner le huis clos «si elle estime qu'en cours d'audience seraient probablement révélés» certains renseignements, ne confère pas à celle-ci le pouvoir d'exiger une preuve. Il s'agit simplement d'une disposition de forme destinée à aider la Commission à conduire une procédure à huis clos. La Commission possède certains des pouvoirs d'une commission d'enquête, mais pas tous les pouvoirs d'une telle commission; elle peut assigner une personne à témoigner, faire prêter serment, ainsi que recevoir et accepter une preuve sous serment comme elle le juge bon, et ce, que celle-ci soit recevable ou non devant un tribunal. Elle ne peut pas examiner les dossiers et mener les enquêtes qu'elle juge nécessaires. L'alinéa 45.45(8)a impose des restrictions, en ce sens que contrairement à certains autres tribunaux, la Commission ne peut pas recevoir une preuve qui serait non recevable devant un tribunal du fait qu'il est protégé.

(2) Quant au bien-fondé de l'affaire, il faut déterminer si les raisons d'intérêt public fondées sur l'administration de la justice l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Cela comporte l'examen de la question de savoir si les documents sont d'une importance cruciale pour le plaignant, et si la non-divulgation porterait préjudice à celui-ci. Les documents demandés ne sont pas nécessaires en ce qui concerne la conclusion de fait lorsqu'il s'agit de déterminer si une force excessive a été utilisée, ou si le droit qu'a le plaignant de participer à une démonstration a été violé. Étant donné que

was not relied upon by the RCMP as part of its defence, the impugned documents were not critical to the complaint against the RCMP and the complainant would not be prejudiced by their non-disclosure. The public interest would be ill served if sensitive material were disclosed when it is not even crucial to a finding of fact.

The Commission's submission, that the information was not within sections 37 and 38, assumed that domestic policing operations can be separated from international security operations. The operations between police forces in Canada and abroad are interrelated by exchanges of intelligence and resources. The information referred to in the certificate related to a visit of the President of the United States and issues of national and international security were raised in view of the threat posed by terrorist organizations.

les documents ne portent pas sur un fait essentiel en litige et que la GRC ne s'appuie pas sur eux dans sa défense, les documents litigieux ne sont pas essentiels à la plainte contre la GRC et leur non-divulgarion ne porterait pas préjudice au plaignant. La divulgation des documents confidentiels qui ne sont pas essentiels à une conclusion de fait irait à l'encontre de l'intérêt public.

La prétention de la Commission, à savoir que les renseignements ne sont pas visés par les articles 37 et 38, laisse supposer que les opérations policières internes peuvent être séparées des opérations internationales relatives à la sécurité. Les opérations des forces de police au Canada et à l'étranger sont liées les unes aux autres au moyen d'échanges de renseignements et de ressources. Les renseignements mentionnés dans l'attestation portent sur la visite du président des États-Unis et des problèmes de sécurité nationale et internationale se posent compte tenu de la menace que présentent les organisations terroristes.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38.
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 39(2),(3).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 24.1(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 15), 45.35(1)(a) (as enacted *idem*, s. 16), 45.45 (as enacted *idem*), 45.46 (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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; *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (C.A.).

CONSIDERED:

Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re), [1990] 2 F.C. 750 (T.D.).

REFERRED TO:

Caimaw v. Paccar Canada Ltd., [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 102 N.R. 1; *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586 (C.A.).

COUNSEL:

Simon Noël for the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), chap. R-10, art. 24.1(3) (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 15), 45.35(1)(a) (édicte, *idem*, art. 16), 45.45 (édicte, *idem*), 45.46 (édicte, *idem*).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 37, 38.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), chap. C-23, art. 39(2),(3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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; *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re), [1990] 2 C.F. 750 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Caimaw c. Paccar Canada Ltd., [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 102 N.R. 1; *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586 (C.A.).

AVOCATS:

Simon Noël pour la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada.

D. J. Rennie, André A. Morin and Marc McCombs for the Royal Canadian Mounted Police.

Elizabeth Thomas for Darrell Rankin.

Richard Mongeau for S.-Sgt. Raymond Bergeron. ^a

D. J. Rennie, André A. Morin et Marc McCombs pour la Gendarmerie royale du Canada.

Elizabeth Thomas pour Darrell Rankin.

Richard Mongeau pour le sergent d'état-major Raymond Bergeron.

SOLICITORS:

Noël, Berthiaume, Aubry, Hull, Quebec for the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission. ^b

Deputy Attorney General of Canada for the Royal Canadian Mounted Police.

Elizabeth Thomas, Ottawa, for Darrell Rankin. ^c

Mongeau, Gouin, Côté, Roy, Montréal, for S.-Sgt. Raymond Bergeron.

The following are the reasons for order rendered in English by

DENAULT J.: This is an application by the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission ("the Commission"), under subsection 38(1) of the *Canada Evidence Act*¹ for the determination of the objection to disclosure of information made by Assistant Commissioner Murray in a certificate dated June 7, 1990. ^e

The issue relates to two complaints filed by Darrell T. Rankin concerning an alleged use of excessive force and an infringement of his right to freedom of expression, filed pursuant to paragraph 45.35(1)(a) of the *Royal Canadian Mounted Police Act* (RCMP Act).² The complaints were filed after an incident occurred on February 10, 1989 wherein the complainant was engaged in an authorized demonstration protesting cruise missile testing in Canada on the occasion of the visit of President George Bush of the United States of America. The demonstration was to take place on Sussex Drive in the vicinity of the External Affairs Building. The RCMP established secure and sterile zones disallowing protesters on the north side of Sussex. Several minutes prior to the arrival of the ^f

PROCUREURS:

Noël, Berthiaume, Aubry, Hull (Québec), pour la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada.

Le sous-procureur général du Canada pour la Gendarmerie royale du Canada.

Elizabeth Thomas, Ottawa, pour Darrell Rankin.

Mongeau, Gouin, Côté, Roy, Montréal, pour le sergent d'état-major Raymond Bergeron.

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

LE JUGE DENAULT: Il s'agit d'une demande présentée par la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada («la Commission») en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*¹, en vue de l'obtention d'une décision concernant l'opposition que le commissaire adjoint Murray avait portée dans une attestation datée du 7 juin 1990 à l'égard de la divulgation de renseignements. ^g

Le litige porte sur deux plaintes dans lesquelles Darrell T. Rankin allègue qu'une force excessive a été utilisée et que son droit à la liberté d'expression a été violé. Ces plaintes ont été déposées conformément à l'alinéa 45.35(1)a) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* (la Loi sur la GRC²); elles résultent d'événements survenus le 10 février 1989 lorsque le plaignant participait à une manifestation autorisée contre l'essai de missiles de croisière au Canada à l'occasion de la visite du président des États-Unis d'Amérique, George Bush. La manifestation devait avoir lieu sur la promenade Sussex près de l'édifice des Affaires extérieures. La GRC avait établi des zones de sécurité et des zones stériles en vue d'interdire l'accès du côté nord de la promenade Sussex. ^h

¹ R.S.C., 1985, c. C-5.

² R.S.C., 1985, c. R-10 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16).

¹ L.R.C. (1985), chap. C-5.

² L.R.C. (1985), chap. R-10 (ajouté par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 16).

presidential motorcade, the complainant Rankin crossed Sussex to the north side carrying a large banner which said "George take your missiles home". S.-Sgt. Bergeron of the RCMP arrived and advised him that no one was allowed on the north side of Sussex. The complainant refused to relocate, claiming that he had a permit. The complainant submits that Bergeron grabbed his arm, twisted it behind his back, and forced him face first over the trunk of the car, and then into the back of the police vehicle. S.-Sgt. Bergeron's evidence with respect to the amount of force used to put Rankin in the vehicle is different.

There was a hearing by the Commission of the complaints on May 22 and 23, 1990. The applicant Commission in the course of its hearing issued an order to the respondent (RCMP) to produce for inspection and examination by the counsel for the applicant the following:

- i) File No. P.O.B.-200—a respondent intelligence file,
- ii) a respondent intelligence file referred to in the testimony of Sgt. Angelo Fiore of the Ottawa Police Force,
- iii) The Protective Policing Manual as related to VIP Security and Protection.

In response to the order, the respondent made an oral objection to disclosure of the aforementioned information under subsection 37(1) of the *Canada Evidence Act*. At the request of the applicant Commission, the respondent filed a certificate of objection on the basis that the disclosure of the information would be injurious to the public interest, namely, the sound and effective functioning of the RCMP and of other police and security forces in Canada and elsewhere, the conduct of criminal investigations, the implementation of criminal law. He also added that some documents contained information the disclosure of which would be injurious to the national security of Canada and international relations.

Quelques minutes avant l'arrivée de l'escorte de protection motorisée présidentielle, le plaignant avait traversé la promenade Sussex pour se rendre du côté nord; il portait un gros étendard qui disait [TRADUCTION] «George, apporte tes missiles chez toi». Le sergent d'état-major Bergeron, de la GRC, est arrivé et a informé le plaignant que l'accès au côté nord de la promenade Sussex était interdit. Le plaignant a refusé de s'installer ailleurs, en alléguant qu'il détenait un permis. Il soutient que Bergeron l'a saisi par le bras, lui a tordu le bras derrière le dos, lui a mis la face contre le coffre arrière de la voiture, puis l'a fait monter à l'arrière du véhicule de la police. La version du sergent d'état-major Bergeron en ce qui concerne le degré de force utilisé pour faire monter Rankin dans le véhicule n'est pas la même.

Les plaintes ont été instruites par la Commission les 22 et 23 mai 1990. Au cours de l'audience, la Commission a délivré une ordonnance dans laquelle elle enjoignait à l'intimée (la GRC) de produire les documents suivants en vue de leur inspection et de leur examen par l'avocat du requérant:

- i) le dossier P.O.B.-200—, qui était un dossier de renseignements de l'intimée,
- ii) un dossier de renseignements de l'intimée dont le sergent Angelo Fiore, de la police d'Ottawa, avait fait mention dans sa déposition,
- iii) le Manuel de la police de protection concernant la sécurité et la protection des personnages de marque.

En réponse à l'ordonnance, l'intimée a fait une opposition orale selon laquelle elle refusait de divulguer les documents susmentionnés en vertu du paragraphe 37(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. À la demande de la Commission, l'intimée a produit une attestation d'opposition dans laquelle elle déclarait que la divulgation des documents porterait préjudice à l'intérêt public, puisque cela gênerait le fonctionnement efficace de la GRC et des autres forces de police et agences de sécurité au Canada et ailleurs, la conduite des enquêtes criminelles, et l'application du droit pénal. Il a ajouté que certains documents contenaient des renseignements dont la divulgation porterait préjudice à la sécurité nationale du Canada et aux relations internationales.

The Commission subsequently filed an application pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act* with the Federal Court to determine the validity of the objection.

Preliminary Objection

Counsel for the RCMP raised a preliminary objection to the Commission taking an aggressive role to overturn the certificate. It submits that the Commission's role as an impartial body is to investigate complaints by members of the public concerning the performance of duties by members and officers of the RCMP, and to make recommendations based on the investigation to the Commissioner and the Solicitor General, but not to take an aggressive role in the proceedings.

In response, the Commission argues it has the powers of a board of inquiry in relation to the matter before it, by virtue of subsection 45.45(4) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] of the RCMP Act, and that the purpose behind the creation of the Commission is to ensure that members of the public are treated fairly and impartially. The Commission relies on a judgment³ of MacKay J. of this Court who had this to say on Part VI (RCMP Public Complaints Commission) and Part VII (Public Complaints) of the RCMP Act:

I am prepared to conclude that Parts VI and VII in the amendments to the Act were enacted with the primary objective of protecting the public and the RCMP itself from the risk of an apprehension of or actual bias in dealing with complaints about police conduct. Prior to these amendments, the RCMP itself was functioning as the sole arbiter of complaints made against it. The opportunity for independent and open review by the Commission of RCMP disposal of complaints can only enhance confidence of the general public in the force and its activities.

The Commission also argues that subsection 38(1) of the *Canada Evidence Act* can be made "on application" and places no restriction on whom may bring the application. It reads as follows:

38. (1) Where an objection to the disclosure of information is made under subsection 37(1) on grounds that the disclosure

³ *Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re)*, [1990] 2 C.F. 750 (T.D.), at pp. 774-775.

La Commission a par la suite déposé une demande auprès de la Cour fédérale conformément à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* en vue d'obtenir une décision au sujet du bien-fondé de l'opposition.

L'opposition préliminaire

L'avocat de la GRC a porté une opposition préliminaire par suite du rôle actif que la Commission jouait en vue d'annuler le certificat. Il soutient que le rôle de la Commission en sa qualité d'organisme impartial est d'enquêter sur les plaintes déposées par des membres du public au sujet de la manière dont les membres et officiers de la GRC assument leurs tâches, et de faire ensuite des recommandations au commissaire et au solliciteur général, mais non de jouer un rôle actif dans la procédure.

En réponse, la Commission soutient qu'elle a les mêmes pouvoirs qu'une commission d'enquête en ce qui concerne l'affaire, en vertu du paragraphe 45.45(4) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 16] de la Loi sur la GRC, et qu'elle a été créée en vue de veiller à ce que les membres du public soient traités d'une manière juste et impartiale. La Commission s'appuie sur le jugement rendu par le juge MacKay³, de la présente Cour, qui a fait les remarques suivantes au sujet de la partie VI (Commission des plaintes du public contre la GRC) et de la partie VII (Plaintes du public) de la Loi sur la GRC:

Je suis disposé à conclure que les parties VI et VII des modifications à la Loi ont été adoptées dans le but principal de protéger le public et la GRC elle-même contre le risque de partialité réelle ou appréhendée dans le traitement des plaintes déposées au sujet de la conduite de la Gendarmerie. Avant ces modifications c'était la GRC elle-même qui agissait comme seul arbitre des plaintes portées contre elle. La possibilité de faire réviser par la Commission de façon impartiale et ouverte le règlement des plaintes ne peut qu'améliorer la confiance du grand public dans la Gendarmerie et ses activités.

La Commission soutient également qu'en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la question peut être décidée «sur demande» et qu'aucune restriction n'est imposée au sujet des personnes qui ont qualité pour présenter la demande. Cette disposition est ainsi libellée:

38. (1) Dans les cas où l'opposition visée au paragraphe 37(1) se fonde sur le motif que la divulgation

³ *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re)*, [1990] 2 C.F. 750 (1^{re} inst.), aux p. 774 et 775.

would be injurious to international relations or national defence or security, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection 37(2) only by the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that Court as the Chief Justice may designate to hear such applications.

I agree with that proposition but the question is whether it is appropriate for the Commission to bring the application considering the mandate conferred upon it by Parliament.

The Commission submits that subsection 45.45(11) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] of the RCMP Act confers upon it the jurisdiction to compel the production of the certificate. Subsection 45.45(11) reads like this:

45.45 ...

(11) A hearing to inquire into a complaint shall be held in public, except that the Commission may order the hearing or any part of the hearing to be held in private if it is of the opinion that during the course of the hearing any of the following information will likely be disclosed, namely,

(a) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

(b) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to law enforcement; and

(c) information respecting a person's financial or personal affairs where that person's interest outweighs the public's interest in the information.

That section allows the Commission to order the hearing to be held in private "if it is of the opinion that during the course of the hearing any of the following information will likely be disclosed" (emphasis added). The plain wording of the section does not give the Commission power to compel the evidence. Rather it is a procedural device to assist the Commission in holding *in camera* proceedings where in its opinion any information likely to be disclosed would reasonably be expected to be injurious to the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or injurious to law enforcement. This section does not give the Commission power to compel this type of evidence. The intent of Parliament was to allow the Commission, in its discretion, to hold the proceedings *in camera*. The Commission cannot bring this application on the strength of subsection 45.45(11).

porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, la question peut être décidée conformément au paragraphe 37(2), sur demande, mais uniquement par le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de ce tribunal qu'il charge de l'audition de ce genre de demande.

Je souscris à cette proposition, mais il s'agit de savoir s'il est opportun pour la Commission de présenter la demande, compte tenu du mandat que le législateur fédéral lui a conféré.

La Commission soutient que le paragraphe 45.45(11) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 16] de la Loi sur la GRC lui confère compétence pour exiger la production de l'attestation. Cette disposition est ainsi libellée:

45.45 ...

(11) Les audiences sont publiques; toutefois, la Commission peut ordonner le huis clos pendant tout ou partie d'une audience si elle estime qu'au cours de celle-ci seront probablement révélés:

a) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives;

b) des renseignements risquant d'entraver la bonne exécution des lois;

c) des renseignements concernant les ressources pécuniaires ou la vie privée d'une personne dans le cas où l'intérêt de cette personne l'emporte sur l'intérêt du public dans ces renseignements.

Cette disposition permet à la Commission d'ordonner le huis clos «si elle estime qu'au cours de celle-ci seront probablement révélés» certains renseignements (c'est moi qui souligne). Selon le libellé clair de la disposition, la Commission n'a pas le pouvoir d'exiger une telle preuve. Il s'agit plutôt d'une disposition de forme destinée à aider la Commission à conduire une procédure à huis clos lorsque à son avis, la divulgation d'un renseignement risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou d'entraver la bonne exécution des lois. Cette disposition ne confère pas à la Commission le pouvoir d'exiger ce genre de preuve. Le législateur fédéral entendait permettre à la Commission de tenir à sa discrétion la procédure à huis clos. La Commission ne peut pas déposer la présente demande en se fondant sur le paragraphe 45.45(11).

The Commission here has some but not all of the powers of a board of inquiry (subsection 24.1(3) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 15], RCMP Act). Parliament incorporated by reference the power of a board of inquiry to summon any person before that board and require that person to give evidence, to administer oaths, and to receive and accept on oath evidence as the board sees fit whether or not it would be admissible in a court of law (subsection 45.45(4)). It did not grant the power to examine the records and to make inquiries as the board deems necessary.

The Commission is further restricted by paragraph 45.45(8)(a) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] in that it cannot receive any evidence that would be inadmissible in a court of law by reason of any privilege under the law of evidence. Contrast this with another tribunal, the Security Intelligence Review Committee,⁴ which can hear privileged evidence.

Considering the impartial role given to the Commission, the question is whether it is appropriate for it to bring this application on behalf of the complainant. It is instructive to refer to Justice Estey's remarks in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*⁵ wherein counsel to a utility board presented detailed and elaborate arguments supporting its decision in favour of the company:

Such active and even aggressive participation can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and issues or the same parties. The Board is given a clear opportunity to make its point in its reasons for its decision, and it abuses one's notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court, in complete adversarial confrontation with one of the principals in the contest before the Board itself in the first instance.

Justice Estey added that it has been the policy of the Supreme Court "to limit the role of an administrative tribunal whose decision is at issue

⁴ *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s.39(2) and (3).

⁵ [1979] 1 S.C.R. 684, at p. 709.

En l'espèce, la Commission possède certains des pouvoirs d'une commission d'enquête (paragraphe 24.1(3) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 15] de la Loi sur la GRC); mais pas tous les pouvoirs d'une telle commission. Le législateur fédéral a incorporé par renvoi le pouvoir que possède une commission d'enquête d'assigner une personne devant elle et d'exiger que cette personne fasse une déposition, de faire prêter serment, ainsi que de recevoir et d'accepter une preuve sous serment comme elle le juge bon, et ce, qu'elle soit recevable ou non devant un tribunal (paragraphe 45.45(4)). Il n'a pas conféré à la Commission le pouvoir d'examiner les dossiers et de mener les enquêtes que celle-ci juge nécessaires.

L'alinéa 45.45(8)a) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 16] impose en outre une autre restriction à la Commission, à savoir qu'elle ne peut pas recevoir un élément de preuve qui serait non recevable devant un tribunal du fait qu'il est protégé par le droit de la preuve. Par contre, un tribunal comme le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité⁴ peut entendre une preuve privilégiée.

Compte tenu du rôle impartial confié à la Commission, il s'agit de savoir s'il convient qu'elle dépose la présente demande au nom du plaignant. À cet égard, il est intéressant de se reporter aux remarques que le juge Estey a faites dans l'affaire *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*⁵, où l'avocat d'une commission d'utilité publique a présenté des arguments détaillés et approfondis à l'appui de la décision rendue en faveur de l'entreprise:

Une participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l'impartialité d'un tribunal administratif lorsque l'affaire lui est renvoyée ou lorsqu'il est saisi d'autres procédures concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties. La Commission a tout le loisir de s'expliquer dans ses motifs de jugement et elle a enfreint de façon inacceptable la réserve dont elle aurait dû faire preuve lorsqu'elle a participé aux procédures comme partie à part entière, en opposition directe à une partie au litige dont elle avait eu à connaître en première instance.

Le juge Estey a ajouté que la Cour suprême, à cet égard, a toujours voulu «limiter le rôle du tribunal administratif dont la décision est contestée à la

⁴ *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), chap. C-23, art. 39(2) et (3).

⁵ [1979] 1 R.C.S. 684, à la p. 709.

before the Court, even where the right to appear is given by statute, to an explanatory role with reference to the record before the Board and to the making of representations relating to jurisdiction.”⁶ Mahoney J.A., following upon the S.C.C. *Paccar*⁷ decision commented that only when its jurisdiction is in issue is it appropriate for an administrative tribunal to appear in Court.⁸ As a quasi-judicial tribunal, the Commission has an obligation to appear and act impartially. The policy being that when the matter is remitted back for a hearing with or without the impugned evidence, the Commission will have to resume its role as an arbitrator.

Accordingly the Commission has the obligation to be and appear to be impartial as a quasi-judicial body.⁹ This Court holds that it is inappropriate that the Commission take the initiative of an application under subsection 38(1) of the *Canada Evidence Act*. However, in the present circumstances it would serve no useful purpose to dismiss the applicant’s motion on that ground since the complainant’s counsel adopted the position of the Commission. It would not serve the interest of the parties to deny the applicant Rankin’s motion. Therefore, this Court will consider the merits of the case.

Merits of the Case

The question to be addressed is whether the public interest in the administration of justice would outweigh the public interest in non-disclosure as articulated in the certificate of Assistant Commissioner Murray, Director of Protective Policing.

Summing up, the Commission issued an order for the inspection by counsel for the Public Complaints Commission of two RCMP intelligence files and the Protective Policing Manual. Even though Assistant Commissioner Murray issued the certificate pursuant to subsection 37(1) of the *Canada Evidence Act*, on the grounds of a specific public interest, paragraph 9 of the certificate clearly states that the objection is also made on grounds that the disclosure would be injurious to

présentation d’explications sur le dossier dont il était saisi et d’observations sur la question de sa compétence, même lorsque la loi lui confère le droit de comparaître»⁶. Le juge Mahoney, J.C.A., s’appuyant sur le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Paccar*⁷, a fait remarquer qu’il est opportun pour un tribunal administratif de comparaître en justice uniquement lorsque sa compétence est contestée⁸. En sa qualité de tribunal quasi judiciaire, la Commission est tenue d’agir, et de sembler agir, impartialement. En effet, lorsque l’affaire est renvoyée pour une audience avec ou sans la preuve contestée, la Commission doit de nouveau assumer son rôle d’arbitre.

Par conséquent, en sa qualité d’organisme quasi judiciaire, la Commission est tenue d’être et de sembler être impartiale⁹. La présente Cour juge qu’il ne convient pas que la Commission prenne l’initiative de présenter une demande fondée sur le paragraphe 38(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, compte tenu des circonstances de l’espèce, il ne servirait à rien de rejeter la requête pour ce motif étant donné que l’avocat du plaignant a adopté la position de la Commission. Il ne serait pas dans l’intérêt des parties de rejeter la requête présentée par M. Rankin. Par conséquent, la Cour examinera l’affaire au fond.

f Le bien-fondé de l’affaire

Il s’agit de savoir si les raisons d’intérêt public fondées sur l’administration de la justice l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgaration, comme il en est fait mention dans l’attestation du commissaire adjoint Murray, directeur de la police de protection.

Bref, la Commission a délivré une ordonnance en vue de l’inspection par l’avocat de la Commission des plaintes du public de deux dossiers de renseignements de la GRC et du Manuel de la police de protection. Bien que le commissaire adjoint Murray eût délivré l’attestation conformément au paragraphe 37(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, en invoquant des raisons d’intérêt public déterminées, le paragraphe 9 de l’attestation dit clairement que l’opposition se fonde égale-

⁶ *Ibid.*, at p. 709.

⁷ *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983.

⁸ *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586 (C.A.).

⁹ *Northwestern Utilities Ltd. and Ferguson, supra.*

⁶ *Ibid.*, à la p. 709.

⁷ *Caimaw c. Paccar Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983.

⁸ *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586 (C.A.).

⁹ *Northwestern Utilities Ltd. et Ferguson, supra.*

the national security of Canada and international relations (subsection 38(1)).

Counsel for the Commission objected to the certificate on two grounds: first, the information requested does not fall within the ambit of sections 37 and 38 of the *Canada Evidence Act* and second, Assistant Commissioner Murray is in a conflict of interest.

With respect to the first objection, concerning mainly the Protective Policing Manual as related to VIP Security and Protection, the Commission submits that it does not always contain information the disclosure of which could result in injury to the nation. While it might be injurious to the sound and effective functioning of the RCMP and of other police and security forces in Canada and elsewhere in conducting criminal investigations and implementing criminal investigations, it is not "information . . . which would be injurious to international relations or national defence". It submits that an objection to disclosure of the information can only be maintained if its disclosure would be injurious to international relations, or national defence or security.

I disagree. Subsection 37(1) of the *Canada Evidence Act* allows an objection to disclosure of any government information to be filed in any court, on grounds of a specified public interest. Subsection 38(1) allows an objection to be determined only by the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that Court as the Chief Justice may designate to hear such applications if an objection to the disclosure is made "on grounds that the disclosure would be injurious to international relations or national defence or security". The Commission's submission assumes that domestic policing operations can be separated from international security operations. On the contrary, the certificate filed by Assistant Commissioner Murray indicates, amongst other reasons, that the operations between the police forces in Canada and abroad are interrelated by way of "exchanges of criminal intelligence and, in some

ment sur le motif que la divulgation porterait préjudice à la sécurité nationale du Canada et aux relations internationales (paragraphe 38(1)).

^a L'avocat de la Commission s'est opposé à l'attestation pour deux motifs: en premier lieu, les renseignements demandés ne sont pas visés par les articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* et en second lieu, le commissaire adjoint Murray fait face à un conflit d'intérêts.

^b En ce qui concerne la première opposition, qui porte principalement sur le Manuel de la police de protection tel qu'il s'applique à la sécurité et à la protection des personnages de marque, la Commission soutient qu'il ne contient pas toujours des renseignements dont la divulgation pourrait porter préjudice au pays. Pareille divulgation pourrait porter préjudice au fonctionnement efficace de la GRC et d'autres forces de police ou agences de sécurité au Canada et ailleurs lorsqu'il s'agit de conduire des enquêtes criminelles et d'y donner suite, mais ce ne sont pas des renseignements dont «la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense . . . nationale». La Commission soutient qu'une opposition concernant la divulgation de renseignements peut uniquement être maintenue si la divulgation porte préjudice aux relations internationales, ou encore à la défense ou à la sécurité nationales.

^c Je ne souscris pas à cet avis. Le paragraphe 37(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* autorise le dépôt devant tout tribunal d'une opposition à la divulgation de renseignements administratifs pour des raisons d'intérêt public déterminé. Le paragraphe 38(1) prévoit que la question peut être décidée uniquement par le juge en chef de la Cour fédérale ou par tout autre juge de ce tribunal que celui-ci charge de l'audition de ce genre de demandes si l'opposition se fonde «sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales». La prétention de la Commission laisse supposer que les opérations policières internes peuvent être séparées des opérations internationales relatives à la sécurité. Au contraire, l'attestation produite par le commissaire adjoint Murray montre, entre autres choses, que les opérations des forces de police au Canada et à l'étranger sont liées les unes aux autres au moyen [TRADUCTION] «d'échanges de renseigne-

cases, of resources.”¹⁰ The certificate asserts that this information provided in confidence to the RCMP will not be disclosed without the consent of the police or security force providing it. To do so would compromise the relationships between Canadian security forces and those abroad. Moreover, the information referred to in the certificate relates to a visit of the President of the United States of America which itself has risk from terrorist organizations and raises issues of national and international security.

The second objection to the certificate is that there is a conflict of interest. It submits that for the RCMP through Assistant Commissioner Murray to file a certificate creates a conflict of interest because the party filing the certificate for non-disclosure is also a party to the proceedings by virtue of subsection 45.45(15) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] of the RCMP Act. He then becomes judge and party. I do not share that view because there is no evidence that Assistant Commissioner Murray was in any way involved in the complainant’s case. The only involvement that Assistant Commissioner Murray had was to render an opinion regarding the disclosure of certain information, which is appropriate considering his position as Director of Protective Policing.

In this application, the Court must weigh the public interest in the administration of justice against the public interest in non-disclosure set forth in the certificate. Chief Justice Thurlow, as he then was, established the test in *Goguen v. Gibson*:¹¹

... before exercising the authority to examine the information the judge hearing the application will have to be persuaded on the material that is before him either that the case for disclosure, that is to say, the importance of the public interest in disclosure, in the circumstances outweighs the importance of the public interest in keeping the information immune from disclosure or, at the least, that the balance is equal and calls for examination of the information in order to determine which public interest is more important in the particular circumstances ... the object of the Court’s examination, when an examination takes place, will be to ascertain whether a prepon-

ments de nature criminelle et dans certains cas, de ressources”¹⁰. Dans l’attestation, il est fait mention que ces renseignements, fournis à titre confidentiel à la GRC, ne seront pas divulgués sans le consentement de la police ou de l’agence de sécurité qui les fournit. Sinon, cela compromettrait les relations entre les forces responsables de la sécurité au Canada et les forces étrangères. En outre, les renseignements mentionnés dans l’attestation portent sur la visite du président des États-Unis d’Amérique, qui risque elle-même d’être la cible des organisations terroristes et pose des problèmes de sécurité nationale et internationale.

La seconde opposition est fondée sur l’existence d’un conflit d’intérêts. Il est soutenu que la production d’une attestation par la GRC par l’entremise du commissaire adjoint Murray donne lieu à un conflit d’intérêts étant donné que la partie qui produit l’attestation est également partie à la procédure en vertu du paragraphe 45.45(15) [édité par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 16] de la Loi sur la GRC. Cette personne devient alors juge et partie. Je ne partage pas ce point de vue étant donné qu’il n’est pas prouvé que le commissaire adjoint Murray était de quelque façon en cause dans l’affaire du plaignant. Le commissaire adjoint Murray s’est uniquement contenté d’exprimer une opinion au sujet de la divulgation de certains renseignements, ce qui est approprié étant donné qu’il est directeur de la police de protection.

Dans la présente demande, la Cour doit comparer les raisons d’intérêt public fondées sur l’administration de la justice et les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation, dont il est fait mention dans l’attestation. Le juge Thurlow, qui était alors juge en chef, a établi le critère à appliquer dans l’affaire *Goguen c. Gibson*¹¹:

... avant d’exercer le pouvoir de prendre connaissance des renseignements, le juge instruisant la demande doit être convaincu, d’après la preuve dont il est saisi, que la divulgation s’impose, c’est-à-dire que l’intérêt public dans la divulgation dans le cas d’espèce est plus important que l’intérêt public à préserver le caractère confidentiel de ces renseignements ou, à tout le moins, que la balance ne penche ni dans un sens ni dans l’autre et qu’il faut donc prendre connaissance des renseignements afin de décider quel intérêt public doit l’emporter ... L’objet de cet examen judiciaire, quand il a lieu, est de vérifier

¹⁰ Assistant Commissioner Murray’s certificate, paragraph 21.

¹¹ [1983] 1 F.C. 872 (C.A.), at p. 888.

¹⁰ Paragraphe 21 de l’attestation du commissaire adjoint Murray.

¹¹ [1983] 1 C.F. 872 (C.A.), à la p. 888.

derance of importance in favour of disclosure exists. That seems to be the expressed intention of the subsection.

And the former Chief Justice added:

On the other hand, if no apparent case for disclosure has been made out, if the balance does not so much as appear to be even, the preponderance obviously favours the upholding of the objection and in such a situation I do not think the subsection requires the Court to examine the information to see if it will tip the balance the other way.

In weighing the interests in disclosure and non-disclosure, the Court must inquire as to whether the documents are necessary, of critical importance to the complainant, and whether the complainant (Mr. Rankin) would be prejudiced if the documents are not provided.

Mr. Rankin's first complaint relates to an alleged use of force against him in that, while being involved in a demonstration protesting cruise missile testing in Canada, "he was pressed up against an RCMP vehicle and his arm was twisted behind his back".¹² The second complaint relates to a denial of his freedom of expression in that he would have been ordered "to fold up and put away a banner (he) wished to display ... and told he could not display the banner".¹³ The finding of whether he was mistreated by the use of excessive force, or whether his right to demonstrate was actually infringed, is a factual finding which depends on the particular facts or the circumstances. In coming to its conclusion, the Commission must weigh the evidence of Mr. Rankin against that of the RCMP and decide whether there was abuse in this specific circumstance. It has not been shown to the satisfaction of the Court that the Protective Policing Manual, the respondent intelligence file and the File No. P.O.B.-200—are necessary with respect to this finding of fact. The materials do not relate to a material fact in issue and the information is not relied upon by the RCMP as part of its defence. Accordingly, the impugned documents are not critical to Mr. Rankin's complaint against the RCMP and he would not be prejudiced by their non-disclosure.

¹² Schedule "A" to the affidavit of Perry William Kelly.

¹³ Schedule "B" to the affidavit of Perry William Kelly.

s'il y a prépondérance en faveur de la divulgation. C'est à mon avis l'intention qu'exprime le paragraphe.

Il a ajouté ceci:

a En revanche, si la nécessité de la divulgation n'a pas été démontrée et si la balance penche nettement d'un côté, il faut, bien entendu, faire droit à l'opposition et, dans ce cas, je ne pense pas que le paragraphe exige que la Cour prenne connaissance des renseignements pour voir si cet examen fera pencher *b* la balance dans l'autre sens.

c En pesant le pour et le contre en ce qui concerne la question de la divulgation, la Cour doit se demander si les documents sont nécessaires, s'ils sont d'une importance cruciale pour le plaignant (M. Rankin), et si la non-divulgation porterait préjudice à celui-ci.

d Dans la première plainte, M. Rankin allègue qu'il y a eu recours à la force en ce sens que pendant qu'il participait à une manifestation contre l'essai de missiles de croisière au Canada, [TRADUCTION] «on l'a poussé contre un véhicule de la GRC et on lui a tordu le bras derrière le dos»¹². Dans la seconde plainte, M. Rankin affirme qu'il a été privé de sa liberté d'expression en ce sens qu'on lui avait ordonné [TRADUCTION] «de plier et de ranger l'étendard qu'(il) voulait montrer *e* ... et qu'on lui a dit qu'il ne pouvait pas montrer l'étendard»¹³. La question de savoir s'il a été maltraité par suite du recours à une force excessive ou si son droit de participer à une manifestation a de fait été violé est une question de fait qui dépend des circonstances de l'affaire. En tirant sa conclusion, la Commission doit comparer le témoignage de M. Rankin avec celui de la GRC et déterminer si, en l'espèce, il y a eu abus. Il n'a pas été prouvé à la satisfaction de la Cour que le Manuel de la *f* police de protection, le dossier de renseignements de l'intimée et le dossier P.O.B.-200—sont nécessaires en ce qui concerne cette conclusion de fait. Les documents en question ne portent pas sur un fait essentiel en litige et la GRC ne s'appuie pas sur les renseignements qu'ils renferment dans sa défense. *g* Par conséquent, les documents litigieux ne sont pas essentiels à la plainte que M. Rankin a déposée contre la GRC et leur non-divulgation ne porterait pas préjudice à celui-ci. *h*

¹² Annexe «A» de l'affidavit de Perry William Kelly.

¹³ Annexe «B» de l'affidavit de Perry William Kelly.

It is to be noted that the Public Complaints Commission is neither a court of record, nor statutorily entitled to issue sanctions against the member whose conduct is in issue. Its role is simply to make a recommendation to the Minister (section 45.46 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16]).

On this basis the public interest in disclosure of the information is not served. On the contrary, the public interest would be ill served if sensitive material is disclosed when it is not even crucial to a finding of fact.

On this basis, the applicant's case must be rejected and *a fortiori* that of the Public Complaints Commission. It fails to meet all of the relevant criteria.

The application is denied. This is not a case where costs should be awarded.

Il est à noter que la Commission des plaintes du public n'est pas une cour d'archives et que la loi ne l'autorise pas à imposer des sanctions au membre dont la conduite est en litige. Son rôle consiste simplement à faire une recommandation au ministre (article 45.46 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 16]).

Cela étant, l'intérêt public n'exige pas la divulgation des renseignements. Au contraire, la divulgation de documents confidentiels qui ne sont même pas essentiels à une conclusion de fait irait à l'encontre de l'intérêt public.

Cela étant, la demande présentée par le requérant doit être rejetée et *a fortiori* celle de la Commission des plaintes du public. En effet, elle omet de satisfaire à tous les critères pertinents.

La demande est rejetée. En l'espèce, il ne convient pas d'adjuger de dépens.

T-1430-90

T-1430-90

John D. Merko (Applicant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

INDEXED AS: MERKO v. M.N.R. (T.D.)

Trial Division, Cullen J.—Calgary, October 9; Ottawa, October 17, 1990.

Income tax — Enforcement — Taxpayer claiming deduction of substantial business losses in limited partnership — Application to set aside requirement under Income Tax Act, s. 231.6 to provide "foreign-based information or document" relating to activities of limited partnership — Neither abuse of process provided for in Act, nor unreasonable given far-flung nature of limited partnership and large loss claimed.

This was an application to set aside a requirement by the Minister of National Revenue pursuant to section 231.6 of the *Income Tax Act* that the applicant produce any "foreign-based information or document" relating to the activities of a limited partnership in respect of which he had claimed business losses of \$110,000. Revenue Canada refused to process the applicant's 1986 return pending the outcome of an audit of the limited partnership, offering instead to process the return without the deduction for the business losses. The applicant replied that the failure to either disallow the deductions, stating the reasons therefor so that he could cross-appeal or process his return as filed, was an abuse of process. Revenue Canada then processed the return without the deduction of business losses and the applicant filed a notice of objection. The Tax Avoidance Section at Revenue Canada then wrote to applicant, requiring that within 90 days he provide information and documentation related to the activities of the limited partnership. In May 1990 the applicant was given reasons for the disallowance. The applicant argued that the requirement was unreasonable as the documentation was neither "necessary to permit a proper assessment" nor could it "assist the Minister in arriving at a proper assessment"—these being phrases found in technical notes issued by the Department of Finance to accompany the enactment of section 231.6 authorizing these requirements. The respondent submitted that the demand was reasonable and that the onus of demonstrating that it was unreasonable lay with the applicant. The issues were whether the requirement to provide the foreign-based information was an abuse of the process provided for in the Act and whether the demand was excessive-ly broad in its terms.

Held, the application should be dismissed.

Section 231.6 not yet having been judicially considered, there was no guidance from case law. Subsection 231.6(6) does provide that a requirement may not be considered to be unreasonable on the ground that the information is in the control of a

John D. Merko (requérant)

c.

Ministre du Revenu national (intimé)RÉPERTORIÉ: MERKO c. M.R.N. (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Cullen—Calgary, 9 octobre; Ottawa, 17 octobre 1990.

Impôt sur le revenu — Application — Demande de déduction d'importantes pertes d'entreprise dans une société en commandite — Requête en révision de la mise en demeure, faite conformément à l'art. 231.6 de la Loi de l'impôt sur le revenu, de fournir des «renseignements ou documents étrangers» portant sur les activités de la société en commandite — Il ne s'agit ni d'un abus de la procédure prévue par la Loi, ni d'une mise en demeure déraisonnable compte tenu de la nature très étendue de la société en commandite et de l'importance de la perte réclamée.

Il s'agit d'une requête en révision de la mise en demeure, faite au requérant par le ministre du Revenu national, conformément à l'article 231.6 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de fournir des «renseignements ou documents étrangers» portant sur les activités d'une société en commandite à l'égard de laquelle il a demandé la déduction de pertes d'entreprise de 110 000 \$. Revenue Canada a refusé de traiter la déclaration du requérant pour 1986 tant que le résultat d'une vérification visant la société en commandite ne serait pas disponible, et offert à la place de traiter la déclaration sans la déduction des pertes d'entreprise. Le requérant a répondu que l'omission soit de rejeter les déductions avec motifs à l'appui pouvant donner lieu à un appel, soit de traiter sa déclaration telle qu'elle avait été produite constituait un abus de procédure. Revenue Canada a alors traité la déclaration sans accorder la déduction pour les pertes d'entreprise et le requérant a produit un avis d'opposition. La Section de l'évitement fiscal de Revenue Canada a alors expédié au requérant une lettre lui demandant de fournir, dans les 90 jours, des renseignements et documents portant sur les activités de la société en commandite. En mai 1990, le requérant a obtenu communication des motifs du rejet. Le requérant prétend que la mise en demeure était déraisonnable puisque les documents demandés n'étaient pas «nécessaires pour établir convenablement une cotisation» et qu'ils «n'aideraient pas le ministre à établir convenablement une cotisation» selon les expressions figurant dans les notes techniques fournies par le ministère des Finances lors de l'adoption de l'article 231.6 autorisant de telles mises en demeure. L'intimé a prétendu que la demande était raisonnable et qu'il incombait au requérant de prouver quelle était déraisonnable. Les points en litige étaient les suivants: la mise en demeure de fournir des renseignements étrangers était-elle un abus de la procédure prévue par la Loi? La demande était-elle exprimée en des termes trop larges?

Jugement: la requête devrait être rejetée.

Comme l'article 231.6 n'a pas encore fait l'objet d'un examen judiciaire, la jurisprudence n'est d'aucun secours. Le paragraphe 231.6(6) établit que le fait que des renseignements étrangers soient sous la garde d'une personne non résidente qui n'est

non-resident who is not controlled by the person who has been served with the requirement if the non-resident is related to the person served, i.e., a non-resident parent company of a Canadian subsidiary. Thus, one of the issues in this application was whether the requirement was "appropriate in the circumstances" or "reasonable". That was a question of fact. The wording of section 231.6 indicates that Parliament intended to give Revenue Canada strong, comprehensive and far-reaching powers to secure "foreign-based information or document". There is no time period within which the data must be requested and clearly the Minister is not confined to doing so during the course of assessing or reassessing the taxpayer, notwithstanding the use of the words "assessment" in the technical notes. Even after a taxpayer seeks relief in the courts, Revenue Canada is still able to require the taxpayer or a third party to produce foreign-based information or documents if it can maintain that it is necessary for administration or enforcement of the Act. The taxpayer is protected from abusive use of this section through judicial review whereby a judge may confirm, vary or set aside the requirement.

The request was neither unreasonable nor an abuse of process and the requirement should be confirmed. The demand for foreign-based information was *prima facie* reasonable given the far-flung nature of the business of the limited partnership and the large loss claimed by the applicant.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.6 (as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 175), 251 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 129; 1988, c. 55, s. 190).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Canterra Energy Ltd v The Queen, [1985] 1 CTC 329; (1985), 85 DTC 5245 (F.C.T.D.); *Edmonton Liquid Gas Ltd v The Queen*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (F.C.A.); *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 106 N.R. 385.

COUNSEL:

H. George McKenzie and *Leslie E. Skingle* for applicant.
J. N. Shaw for respondent.

SOLICITORS:

Bell, Felesky, Flynn, Calgary, for applicant.

pas contrôlée par la personne à qui l'avis de mise en demeure est signifié ou envoyé ne rend pas déraisonnable la mise en demeure de fournir ces renseignements si ces deux personnes sont liées, c'est-à-dire s'il s'agit d'une société mère non résidente et de sa filiale canadienne. Par conséquent, l'un des points litigieux en l'espèce porte sur la question de savoir si la mise en demeure de produire des renseignements était «indiquée dans les circonstances» ou «raisonnable». Il s'agit d'une question de fait. La formulation de l'article 231.6 indique que le législateur a eu l'intention de donner à Revenu Canada des pouvoirs importants, étendus et d'une grande portée pour obtenir «des renseignements ou des documents étrangers». La Loi ne prévoit aucune période pour la demande de renseignements et manifestement le ministre n'est pas obligé de faire la mise en demeure au cours de l'établissement de la cotisation ou de la nouvelle cotisation du contribuable, malgré l'emploi du mot «cotisation» dans les notes techniques. Même si le contribuable a déjà engagé des procédures judiciaires, Revenu Canada peut toujours exiger que le contribuable ou un tiers fournisse des renseignements ou des documents étrangers, s'il peut soutenir que ceux-ci sont nécessaires à l'application ou à l'exécution de la Loi. Le contribuable est protégé du recours abusif à cette disposition législative par la possibilité de contester la mise en demeure par requête à un juge, qui pourra la confirmer, la modifier ou la déclarer sans effet.

La mise en demeure n'était pas déraisonnable et elle ne constituait pas un abus de procédure; elle devrait être confirmée. La demande de renseignements étrangers était à première vue raisonnable compte tenu de la nature très étendue des activités de la société en commandite et de l'importance de la perte réclamée par le requérant.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231.6 (édicte par L.C. 1988, chap. 55, art. 175), 251 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 129; 1988, chap. 55, art. 190).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canterra Energy Ltd c La Reine, [1985] 1 CTC 329; (1985), 85 DTC 5245 (C.F. 1^{re} inst.); *Edmonton Liquid Gas Ltd c La Reine*, [1984] CTC 536; (1984), 84 DTC 6526; 56 N.R. 321 (C.A.F.); *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 106 N.R. 385.

AVOCATS:

H. George McKenzie et *Leslie E. Skingle* pour le requérant.
J. N. Shaw pour l'intimé.

PROCUREURS:

Bell, Felesky, Flynn, Calgary, pour le requérant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

CULLEN J.: This is an application for review of a requirement by the Minister of National Revenue that the applicant, John D. Merko, produce any "foreign-based information or document" relevant to the administration or enforcement of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] pursuant to subsection 231.6(2) [as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 175] of the Act.

LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'une requête en révision de la mise en demeure, faite au requérant, John D. Merko, par le ministre du Revenu national, de fournir des «renseignements ou documents étrangers» qui peuvent être pris en compte pour l'application ou l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63], conformément au paragraphe 231.6(2) [ajouté par L.C. 1988, chap. 55, art. 175] de la Loi.

The applicant filed a tax return for the 1986 tax year in which he claimed a refund of \$19,930.80 based upon a negative income of \$32,627. Included in the computation of the negative net income were two business losses totalling \$130,000 in respect of the applicant's share as a limited partner of the losses incurred by the following limited partnerships: CRL Management and Overhead Limited Partnership (CRL)—\$20,000; and First Taxinvestors Limited Partnership—\$110,000.

Le requérant a produit une déclaration de revenu pour l'année d'imposition 1986, dans laquelle il demandait un remboursement de 19 930,80 \$ fondé sur un revenu négatif de 32 627 \$. Dans le calcul du revenu net négatif étaient comprises deux pertes d'entreprise totalisant la somme de 130 000 \$, soit la quote-part du requérant, à titre d'associé commanditaire, des pertes subies par les sociétés en commandite suivantes: CRL Management and Overhead Limited Partnership (CRL)—20 000 \$, et First Taxinvestors Limited Partnership—110 000 \$.

A listing of the written exchanges between the parties is necessary.

Il est nécessaire de décrire les communications f écrites entre les parties.

By letter dated July 22, 1987, Revenue Canada informed the applicant that losses could not be included in the applicant's return pending the outcome of audits being conducted on the limited partnerships. The letter was quite specific; it reads in part:

Dans une lettre datée du 22 juillet 1987, Revenu Canada a informé le requérant que les pertes ne pouvaient être incluses dans la déclaration de revenu du requérant, en attendant le résultat de vérifications qui devaient avoir lieu auprès des sociétés en commandite. La lettre était très précise; en voici un extrait:

We wish to advise you that the business loss[es] in the amounts of \$20,000.00 from your participation in CRL Management and Overhead Limited Partnership and \$110,000.00 from your participation in First Taxinvestors Limited Partnership will be verified prior to your Return being processed. This verification will be carried out by our Calgary District Office. Accordingly, your Return will be held in abeyance until the completion of the verification.

[TRADUCTION] Nous désirons vous informer que les pertes d'entreprise de 20 000 \$ découlant de votre participation dans la société en commandite CRL Management and Overhead Limited Partnership et de 110 000 \$ de votre participation dans la société en commandite First Taxinvestors Limited Partnership feront l'objet d'une vérification avant que ne soit traitée votre déclaration de revenu. Cette vérification sera effectuée par notre bureau du district de Calgary. Par conséquent, votre déclaration de revenu sera en suspens jusqu'à la fin de la vérification.

However, should you wish us to process your Return without the deduction for the business losses claimed from CRL Management and Overhead Limited Partnership and First Taxinvestors Limited Partnership, please forward your request in writing to: [address follows]. [Emphasis added.]

Toutefois, si vous voulez que nous traitions votre déclaration sans la déduction des pertes d'entreprise réclamée à l'égard des sociétés en commandite CRL Management and Overhead Limited Partnership et First Taxinvestors Limited Partnership, vous n'avez qu'à nous faire parvenir votre demande par écrit à: [l'adresse suit]. [Souligné par mes soins.]

The applicant was not amused and replied March 28, 1988 as follows:

This letter is to formally complain about your refusal to process my 1986 Tax Return in an efficient and reasonable manner. The only correspondence I have received was a letter, a copy of which is attached, in which you advised you were “verifying my participation in the partnership”, which I understand you had done last summer.

I hereby demand that you process my return immediately. Either disallow the deductions in respect to my limited partnership investments and state your reasons so I can appeal, or process my return as filed. To do otherwise is an abuse of process. This is certainly the case since you have three years to reassess, if you desire to do so.

On April 11, 1988, Revenue Canada wrote:

We are writing in reply to your letter of March 28, 1988 to Mr. Elstyme concerning the Department’s practice of delaying the processing of your 1986 tax return pending the results of audits that are being carried out on businesses in which you are a partner or investor.

You have indicated that in your opinion Revenue Canada—Taxation should process your tax return in an efficient and reasonable manner and any changes arising from audits should be reassessed at a later date.

Although reviews are being carried out as quickly as possible, invariably there are delays in obtaining all the necessary information to complete these audits. For this reason, you are given the option of having your return assessed without the deduction for the business losses claimed from CRL Management and Overhead Limited Partnership and First Taxinvestors Limited Partnership before the audits of the businesses are finalized. This option has been available to you since July 22, 1987, the date of the initial letter and it gives you the opportunity of exercising your right of appeal.

You mentioned that holding your 1986 return unassessed is an abuse of the process. The Department’s responsibility for maintaining public confidence in the integrity of Canada’s self-assessment system of taxation is of paramount importance. Accordingly, preventative measures as these are necessary to ensure that the Department is, and perceived to be, fulfilling its responsibility and protecting the Crown’s assets. Further, the presumption of honesty or innocence as set out in the “Declaration of Taxpayer Rights” is still applicable. Departmental staff are responsible to make an impartial determination of law and facts to ensure collection of the correct amount of tax, no more and no less. However, the Department cannot abdicate its responsibility for the administration and enforcement of the Act by ignoring potential problem areas, and must take such action as is determined necessary to meet its responsibilities.

Le requérant n’a pas trouvé la situation drôle et il a répondu le 28 mars 1988 par la lettre suivante:

[TRADUCTION] La présente lettre a pour objet de dénoncer formellement votre refus de traiter ma déclaration de revenu de 1986 de façon efficiente et raisonnable. La seule correspondance que j’ai reçue est une lettre, dont vous trouverez copie ci-jointe, dans laquelle vous m’informez que vous «vérifiez ma participation dans la société en commandite», ce que, selon moi, vous étiez censés avoir fait l’été dernier.

Je vous demande donc de traiter immédiatement ma déclaration. Refusez les déductions à l’égard de mes investissements dans les sociétés en commandite et donnez vos motifs de sorte que je puisse interjeter appel, ou traitez ma déclaration comme elle a été produite. Procéder autrement, c’est commettre un abus de procédure. Cela est d’autant plus vrai que vous disposez de trois ans pour établir de nouvelles cotisations, à votre gré.

Le 11 avril 1988, Revenu Canada a écrit la lettre suivante:

[TRADUCTION] La présente fait suite à votre lettre du 28 mars 1988 adressée à M. Elstyme au sujet de la décision du Ministère de reporter le traitement de votre déclaration de revenu pour 1986 en attendant les résultats des vérifications qui sont effectuées auprès des entreprises dans lesquelles vous êtes un associé ou un investisseur.

Vous avez indiqué qu’à votre avis Revenu Canada—Impôt devrait traiter votre déclaration de revenu de façon efficiente et raisonnable et que toute modification découlant des vérifications devrait faire l’objet d’une nouvelle cotisation à une date ultérieure.

Même si les examens sont effectués le plus rapidement possible, il y a toujours des retards dans l’obtention de tous les renseignements nécessaires à l’achèvement de ces vérifications. Voilà pourquoi vous avez l’option de nous permettre d’établir la cotisation relative à votre déclaration sans la déduction des pertes d’entreprise réclamée à l’égard des sociétés en commandite CRL Management and Overhead Limited Partnership et First Taxinvestors Limited Partnership avant la fin des vérifications de ces entreprises. Cette option vous a été accordée depuis le 22 juillet 1987, date de la première lettre, et elle vous offre la possibilité d’exercer votre droit d’appel.

Vous avez mentionné que le fait de tenir votre déclaration de 1986 en suspens est un abus de procédure. La responsabilité qui incombe au Ministère de maintenir la confiance du public dans l’intégrité du système d’auto-cotisation de l’impôt au Canada est extrêmement importante. Par conséquent, des mesures préventives comme celles-ci sont nécessaires pour faire en sorte que le Ministère s’acquitte publiquement de sa responsabilité et protège les biens de la Couronne. De plus, la présomption d’honnêteté ou d’innocence établie dans la «Déclaration des droits du contribuable» s’applique toujours. Le personnel du Ministère a la responsabilité de procéder à une détermination impartiale du droit et des faits de façon à assurer le prélèvement du montant exact d’impôt, ni plus ni moins. Toutefois, le Ministère ne peut se soustraire à sa responsabilité en matière d’application et d’exécution de la Loi en fermant les yeux sur des domaines qui peuvent faire problème, et il doit prendre toutes les mesures qu’il estime nécessaires pour s’acquitter de ses responsabilités.

With respect to CRL Management and Overhead Limited Partnership and First Taxinvestors Limited Partnership, these audits are still in progress. At this moment, it is difficult to determine exactly when these audits will be completed.

As requested in your letter as one option, and as we are not prepared to process your 1986 return as filed, we will assess your 1986 Income Tax Return without the deduction for the business losses claimed from CRL Management and Overhead Limited Partnership and First Taxinvestors Limited Partnership. [Emphasis added.]

Thus, for the reasons stated above, Revenue Canada issued a notice of assessment July 26, 1988 disallowing the business losses. The applicant filed a notice of objection dated July 27, 1988. A notice of reassessment dated November 2, 1988 reassessed the applicant's 1986 tax return in respect to a matter not related to the business losses. On January 5, 1989 a notice of objection was served on the Minister by the applicant.

Then, I believe, the Tax Avoidance Section of Revenue Canada made a mistake and misinterpreted or misapplied subsection 231.6(3) and sent a letter to the applicant dated September 18, 1989 requesting him to provide within 30 days of the date of the September 18, 1989 letter, certain information and documents regarding, *inter alia*, his investment in BOHAR Investment Club and CRL and the subsequent conversion to Morning Land Ventures Ltd. and/or Cold Spring Resources Ltd. (See Exhibit H to affidavit of John Merko sworn 15 May 1990.) Apparently to correct this error the Tax Avoidance Section sent a further letter dated January 5, 1990 to the applicant which reads in part as follows:

The attached requirement letter replaces the requirement letter previously sent to you in September 1989. The ONLY change is that the Subsection of the Income Tax Act cited is changed from 231.6(1) to the current 231.6(2). The 90 day period for compliance with the revised requirement is effective from the date of this letter.

But the September 18, 1989 letter contained no mention of subsection 231.6(1) and 30 days, not 90 days, had been given to reply. Obviously the respondent in the September 1989 letter had failed to comply with its own legislative requirements. The error is however not fatal.

En ce qui a trait à CRL Management and Overhead Limited Partnership et à First Taxinvestors Limited Partnership, ces vérifications sont toujours en cours. À l'heure actuelle, il est difficile de déterminer exactement quand ces vérifications prendront fin.

^a Ainsi que vous l'avez demandé dans votre lettre comme l'un des choix proposés, et puisque nous ne sommes pas prêts à traiter votre déclaration de revenu de 1986 comme elle a été produite, nous établirons une cotisation relative à votre déclaration de revenu de 1986 sans la déduction des pertes d'entreprise réclamée à l'égard de CRL Management and Overhead Limited Partnership et de First Taxinvestors Limited Partnership. [Souligné par mes soins.]

^c Ainsi, pour les raisons susmentionnées, Revenu Canada a envoyé un avis de cotisation le 26 juillet 1988 refusant les pertes d'entreprise. Le requérant a produit un avis d'opposition daté du 27 juillet 1988. Un avis de nouvelle cotisation daté du 2 novembre 1988 a établi une nouvelle cotisation relative à la déclaration de revenu de 1986 du requérant à l'égard d'une question qui ne porte pas sur les pertes d'entreprise. Le 5 janvier 1989, le requérant a signifié un avis d'opposition au ministre.

^e Par la suite, selon moi, la Section de l'évitement fiscal de Revenu Canada a fait une erreur et a mal interprété ou mal appliqué le paragraphe 231.6(3), et expédié au requérant une lettre datée du 18 septembre 1989 lui demandant de fournir, dans les 30 jours de cette date, certains renseignements et documents portant entre autres sur son investissement dans BOHAR Investment Club et CRL, et sur la conversion subséquente de ceux-ci en Morning Land Ventures Ltd. et/ou en Cold Spring Resources Ltd. (Voir la pièce H jointe à l'affidavit de John Merko fait sous serment le 15 mai 1990.)

^g Apparemment pour corriger cette erreur, la Section de l'évitement fiscal a expédié au requérant une nouvelle lettre datée du 5 janvier 1990, qui comportait notamment l'extrait suivant:

^h [TRADUCTION] La lettre de mise en demeure ci-jointe remplace la lettre de mise en demeure qui vous a été expédiée en septembre 1989. La SEULE modification apportée est la suivante: le paragraphe de la Loi de l'impôt sur le revenu qui est cité n'est plus le paragraphe 231.6(1), mais le paragraphe 231.6(2). Le délai de 90 jours pour répondre à la nouvelle mise en demeure court à compter de la date de la présente lettre.

ⁱ Toutefois, la lettre du 18 septembre 1989 ne comportait aucune mention du paragraphe 231.6(1), et l'on avait donné 30 jours et non 90 jours pour répondre. Dans sa lettre de septembre 1989, l'intimé n'avait manifestement pas respecté ses propres exigences énoncées dans la loi. L'erreur n'est toutefois pas fatale.

Another letter was sent by the Tax Avoidance Section pursuant to subsection 231.6(2) of the *Income Tax Act* requiring the applicant to provide information and documentation related to broad matters described in the said letter within 90 days. This was in reference to activities carried on by First Taxinvestors Limited Partnership.

By letter dated May 4, 1990 from the Chief of Tax Avoidance Section of the respondent, the applicant was advised of the respondent's intention to disallow the deduction of business losses in respect of his 1986 taxation year and the reasons for such disallowance. This was the first time the applicant had received reasons for disallowing the deduction of business losses. The applicant then instructed counsel to take action in the Federal Court of Canada appealing the reassessment. By notice of motion dated May 17, 1990, the applicant applied to set aside the February 26, 1990 requirement to provide foreign-based information in respect of the activities of First Taxinvestors Limited Partnership.

APPLICANT'S POSITION

The applicant states that the issuance of the requirement constitutes an abuse of process and that in any event the terms of the requirement are unreasonable and should be set aside or varied. The applicant provides copies of technical notes issued by the Department of Finance to accompany the enactment of section 231.6 of the Act in which he highlights the following phrases: "as is necessary to permit a proper assessment for Canadian tax purposes"; "which could assist the Minister in arriving at a proper assessment"; and "to obtain the necessary information to make a proper assessment of tax for Canadian tax purposes". The applicant argued that the documents requested by Revenue Canada are neither necessary for a proper assessment nor will they assist the Minister in arriving at a proper assessment.

In his statement of fact and law, the applicant also relies upon two cases: *Canterra Energy Ltd v. The Queen*, [1985] 1 CTC 329 (F.C.T.D.); and

La Section de l'évitement fiscal a expédié une autre lettre fondée sur le paragraphe 231.6(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour mettre le requérant en demeure de fournir des renseignements et des documents liés aux vastes questions qui y étaient décrites, dans un délai de 90 jours. Il s'agissait d'activités de First Taxinvestors Limited Partnership.

Dans une lettre du 4 mai 1990, signée par le chef de la Section de l'évitement fiscal de l'intimé, le requérant était avisé de l'intention de l'intimé de rejeter la déduction des pertes d'entreprise à l'égard de l'année d'imposition 1986, de même que des motifs de ce rejet. C'est la première fois que le requérant obtenait communication des motifs fondant le rejet de la déduction des pertes d'entreprise. Le requérant a alors demandé à son avocat d'en appeler de la nouvelle cotisation devant la Cour fédérale du Canada. Dans un avis de requête daté du 17 mai 1990, le requérant a demandé que soit déclarée sans effet la mise en demeure du 26 février 1990 lui enjoignant de fournir des renseignements étrangers à l'égard des activités de First Taxinvestors Limited Partnership.

LA POSITION DU REQUÉRANT

Le requérant prétend que l'envoi de la mise en demeure constitue un abus de procédure et que de toute façon les modalités de la mise en demeure sont déraisonnables et, partant, qu'elles devraient être déclarées sans effet ou modifiées. Le requérant a produit des copies des notes techniques fournies par le ministère des Finances lors de l'adoption de l'article 231.6 de la Loi, et il en a souligné les passages suivants: «qui lui sont nécessaires pour permettre une bonne application de la Loi fiscale canadienne»; «qui pourraient aider le Ministre à établir convenablement une cotisation»; et «obtenir les renseignements nécessaires pour établir convenablement une cotisation d'impôt en application de la Loi fiscale canadienne». Le requérant a prétendu que les documents demandés par Revenue Canada n'étaient pas nécessaires pour établir convenablement une cotisation et qu'ils n'aideraient pas le ministre à établir convenablement une cotisation.

Dans son exposé des faits et du droit, le requérant se fonde aussi sur deux décisions: *Canterra Energy Ltd c La Reine*, [1985] 1 CTC 329 (C.F.

Edmonton Liquid Gas Ltd v The Queen, [1984] CTC 536 (F.C.A.). The substantive issues in these cases are not related to section 231.6 but do contain rulings on evidentiary points. In *Canterra*, Reed J. admitted a budget document in support of the Crown's interpretation of a regulation, but accorded it very little weight. In the *Edmonton Liquid Gas* case the Court quoted the remarks of the Minister of Finance with respect to the interpretation of certain provisions of the *Income Tax Act*. The applicant cited these cases in support of his attempt to rely on the above-quoted remarks in the technical notes.

RESPONDENT'S POSITION

With respect to the issue of abuse of process, the respondent states that there is no abuse of process, as the issuance of the requirement to produce was an administrative matter under the control of the Minister, and has nothing to do with the process of this Court. The respondent further submits that in any event the demand is reasonable and that the onus of demonstrating that it is unreasonable lies with the applicant. In support of this position the respondent cites the recent case of *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, in which the Supreme Court of Canada held that a demand for the production of certain documents pursuant to subsection 231(3) of the Act constituted a reasonable search and did not violate section 8 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

LEGISLATION

Section 231.6 was enacted in 1988 and reads as follows:

231.6 (1) For the purposes of this section, "foreign-based information or document" means any information or document which is available or located outside Canada and which may be relevant to the administration or enforcement of this Act.

(2) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, by notice served personally or by registered or certified mail, require that a person resident in Canada or a non-resident person carrying on business in Canada provide any foreign-based information or document.

1^{re} inst.); et *Edmonton Liquid Gas Ltd c La Reine*, [1984] CTC 536 (C.A.F.). Les questions de fond dans ces affaires ne portent pas sur l'article 231.6, mais ces décisions contiennent des directives sur des points de preuve. Dans la décision *Canterra*, le juge Reed a admis un document du budget à l'appui de l'interprétation d'un règlement donnée par la Couronne, en lui accordant toutefois très peu de poids. Dans l'arrêt *Edmonton Liquid Gas*, la Cour a cité les remarques du ministre des Finances à l'égard de l'interprétation de certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le requérant a cité ces décisions à l'appui de sa tentative de se fonder sur les passages susmentionnés des notes techniques.

LA POSITION DE L'INTIMÉ

En ce qui a trait à la question de l'abus de procédure, l'intimé déclare qu'il n'y a aucun abus de procédure, puisque l'envoi de la mise en demeure de fournir des renseignements était une question administrative relevant du ministre, et qu'il n'a aucun rapport avec les procédures devant cette Cour. L'intimé fait valoir de plus que de toute façon la demande est raisonnable et que le fardeau de prouver qu'elle est déraisonnable incombe au requérant. À l'appui de cette position, l'intimé cite l'arrêt récent *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, dans lequel la Cour suprême du Canada a conclu que la demande visant la production de certains documents prévue au paragraphe 231(3) de la Loi constitue une saisie raisonnable et ne viole pas l'article 8 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

h DISPOSITION LÉGISLATIVE

L'article 231.6 a été adopté en 1988 et porte:

231.6 (1) Pour l'application du présent article, un renseignement ou document étranger s'entend d'un renseignement accessible, ou d'un document situé, en dehors du Canada, qui peut être pris en compte pour l'application ou l'exécution de la présente loi.

(2) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, mettre en demeure une personne résidant au Canada ou une personne n'y résidant pas mais y exploitant une entreprise de fournir des renseignements ou documents étrangers.

(3) The notice referred to in subsection (2) shall set forth
 (a) a reasonable period of time of not less than 90 days for the production of the information or document;

(b) a description of the information or document being sought; and

(c) the consequences under subsection (8) to the person of the failure to provide the information or documents being sought within the period of time set out in the notice.

(4) The person on whom a notice of a requirement is served under subsection (2) may, within 90 days after the service of the notice, apply to a judge for a review of the requirement.

(5) On hearing an application under subsection (4) in respect of a requirement, a judge may

(a) confirm the requirement;

(b) vary the requirement as he considers appropriate in the circumstances; or

(c) set aside the requirement if he is satisfied that the requirement is unreasonable.

(6) For the purposes of paragraph (5)(c), the requirement to provide the information or document shall not be considered to be unreasonable because the information or document is under the control of or available to a non-resident person that is not controlled by the person served with the notice of the requirement under subsection (2) if that person is related to the non-resident person.

(7) The period of time between the day on which an application for review of a requirement is made pursuant to subsection (4) and the day on which the review is decided shall not be counted in the computation of

(a) the period of time set forth in the notice of the requirement; and

(b) the period of time within which an assessment may be made pursuant to subsection 152(4).

(8) If a person fails to comply substantially with a notice served under subsection (2) and if the notice is not set aside by a judge pursuant to subsection (5), any court having jurisdiction in a civil proceeding relating to the administration or enforcement of this Act shall, upon motion of the Minister, prohibit the introduction by that person of any foreign-based information or document covered by that notice.

ISSUES

1. Is the requirement to provide the foreign-based information an abuse of process provided in the *Income Tax Act*?

2. Alternatively, is the demand excessively broad in its terms?

Section 231.6 was enacted in 1988 for the purpose of assisting the Minister to obtain information or documents which are available or located outside Canada and which may be necessary for the administration and enforcement of the Act. A

(3) L'avis doit à la fois:

a) indiquer le délai raisonnable, d'au moins 90 jours, dans lequel les renseignements ou documents étrangers doivent être fournis;

b) décrire les renseignements ou documents étrangers recherchés;

c) préciser les conséquences prévues au paragraphe (8) du défaut de fournir les renseignements ou documents étrangers recherchés dans le délai ci-dessus.

(4) La personne à qui l'avis est signifié ou envoyé peut, dans les 90 jours suivant la date de signification ou d'envoi, contester, par requête à un juge, la mise en demeure du ministre.

(5) À l'audition de la requête, le juge peut:

a) soit confirmer la mise en demeure;

b) soit modifier la mise en demeure de la façon qu'il estime indiquée dans les circonstances;

c) soit déclarer sans effet la mise en demeure s'il est convaincu que celle-ci est déraisonnable.

(6) Pour l'application de l'alinéa (5)c), le fait que des renseignements ou documents étrangers soient accessibles ou situés chez une personne non résidente qui n'est pas contrôlée par la personne à qui l'avis est signifié ou envoyé, ou soient sous la garde de cette personne non résidente, ne rend pas déraisonnable la mise en demeure de fournir ces renseignements ou documents, si ces deux personnes sont liées.

(7) Le délai qui court entre le jour où une requête est présentée conformément au paragraphe (4) et le jour où il est décidé de la requête ne compte pas dans le calcul:

a) du délai indiqué dans l'avis correspondant à la mise en demeure qui a donné lieu à la requête;

b) du délai dans lequel une cotisation peut être établie conformément au paragraphe 152(4).

(8) Si une personne ne fournit pas la totalité, ou presque, des renseignements et documents étrangers visés par la mise en demeure signifiée conformément au paragraphe (2) et si la mise en demeure n'est pas déclarée sans effet par un juge en application du paragraphe (5), tout tribunal saisi d'une affaire civile portant sur l'application ou l'exécution de la présente loi doit, sur requête du ministre, refuser le dépôt en preuve par cette personne de tout renseignement ou document étranger visé par la mise en demeure.

LES POINTS EN LITIGE

1. La mise en demeure de fournir des renseignements étrangers est-elle un abus de la procédure prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

2. Subsidiairement, la demande est-elle exprimée en des termes trop larges?

L'article 231.6 a été adopté en 1988 dans le but d'aider le ministre à obtenir des renseignements ou des documents qui sont accessibles ou situés en dehors du Canada et qui peuvent être nécessaires à l'application et à l'exécution de la Loi. Une per-

person resident in Canada or a non-resident person carrying on business in Canada must provide, upon being notified by the Minister, any "foreign-based information or document" defined as being any information available or located outside Canada that could be relevant to enforcement of the Act. If the person notified fails to comply by providing substantially all the required information, it may result in the prohibition of introduction of such information as evidence in a civil proceeding related to the enforcement of the Act.

A person served with a requirement notice may apply for review of the requirement to a judge within 90 days of receiving the notice. The judge on a review application has the power, pursuant to subsection 231.6(5) to confirm the requirement, vary the requirement as he considers appropriate in the circumstances, or set aside the requirement if he is satisfied that the requirement is unreasonable.

The issue of whether the requirement is "appropriate in the circumstances" or "reasonable" is a question of fact to be determined on the facts of the case. Unfortunately section 231.6 has not yet been judicially considered and there is no guidance in the case law. The section does set out in subsection 231.6(6) that a requirement may not be considered to be unreasonable on the ground that the information is in the control of a non-resident who is not controlled by the person who has been served with the requirement if the non-resident is related to the person served, i.e., a non-resident parent company of a Canadian subsidiary. The question of relation to a non-resident is considered in section 251 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 129; 1988, c. 55, s. 190] of the Act.

Thus, one of the issues in this application is whether the requirement to produce is "reasonable" or whether it is "appropriate in the circumstances" to vary or set aside the requirement. In my opinion, the argument of the applicant based

sonne résidant au Canada ou une personne n'y résidant pas mais y exploitant une entreprise doit, lorsqu'elle reçoit un avis du ministre, fournir des «renseignements ou documents étrangers» qui sont définis comme suit: un renseignement ou document étranger s'entend d'un renseignement accessible, ou d'un document situé, en dehors du Canada, qui peut être pris en compte pour l'exécution de la Loi. Si la personne avisée ne fournit pas la totalité, ou presque, des renseignements et documents étrangers visés par la mise en demeure, elle peut se voir refuser le dépôt en preuve de ces renseignements dans toute affaire civile portant sur l'application de la Loi.

La personne à qui l'avis de mise en demeure est signifié ou envoyé peut, dans les 90 jours suivant la date de signification ou d'envoi, contester par requête à un juge la mise en demeure. À l'audition de la requête en révision, le juge peut, en vertu du paragraphe 231.6(5), soit confirmer la mise en demeure, soit la modifier de la façon qu'il estime indiquée dans les circonstances, soit la déclarer sans effet s'il est convaincu qu'elle est déraisonnable.

La question de savoir si la mise en demeure est «indiquée dans les circonstances» ou «raisonnable» est une question de fait qui doit être déterminée en fonction des faits de l'espèce. Malheureusement, l'article 231.6 n'a pas encore fait l'objet d'un examen judiciaire et la jurisprudence ne comporte aucune indication à ce sujet. La disposition législative établit toutefois, au paragraphe 231.6(6), que le fait que des renseignements étrangers soient sous la garde d'une personne non résidente qui n'est pas contrôlée par la personne à qui l'avis de mise en demeure est signifié ou envoyé ne rend pas déraisonnable la mise en demeure de fournir ces renseignements si ces deux personnes sont liées, c'est-à-dire s'il s'agit d'une société mère non résidente et de sa filiale canadienne. La question du lien de dépendance avec une personne non résidente est prévue à l'article 251 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 129; 1988, chap. 55, art. 190] de la Loi.

Par conséquent, l'un des points litigieux en l'espèce porte sur la question de savoir si la mise en demeure de produire des renseignements est «raisonnable» ou s'il est «indiqué [...] dans les circonstances» de modifier la mise en demeure ou de la

on the phrases outlined in the technical notes as to whether the information requested is necessary for a proper assessment to be made is simply another way of saying "reasonable" or "appropriate in the circumstances".

COMMENTS

As indicated earlier, section 231.6 was enacted in 1988 and to the best of my knowledge this is the first time it is being judicially considered.

At the outset counsel for the applicant made it clear he was suggesting an abuse of the process provided for in the *Income Tax Act*, and not alleging an abuse of the court's process by the respondent. He made the point that the scheme of the Act provides for a self-assessment by the taxpayer and assessment or any reassessment by National Revenue, a provision for the taxpayer to file a notice of objection and finally an opportunity for Revenue Canada to accept the notice of objection or to confirm the earlier assessment (reassessment). Then, if the taxpayer is not satisfied, the matter can be dealt with in the Tax Court or the Federal Court.

In the situation here the reassessment of the applicant was made by the respondent on November 2, 1988 and on January 9, 1989 the applicant filed a notice of objection. As at May 17, 1990 the respondent had not notified the applicant that he had vacated or confirmed the reassessment (see statement of claim, paragraph 8 filed May 17, 1990). However, in paragraph 15 of the affidavit of John Merko sworn the 15th day of May 1990, Merko affirms that the Chief of Tax Avoidance Section had written to him on May 4, 1990 advising that National Revenue was disallowing the business losses and the reasons for so doing (nothing really turns on this however).

CONCLUSIONS

It is clear from the wording of the legislation (*supra*) that Parliament intended to give Revenue Canada strong, comprehensive and far-reaching powers to secure "foreign-based information or

déclarer sans effet. À mon avis, les passages soulignés des notes techniques sur lesquels se fonde l'argument du requérant afin de déterminer si les renseignements demandés sont nécessaires pour établir convenablement une cotisation sont tout simplement une autre façon de dire «raisonnable» ou «indiqué [. . .] dans les circonstances».

COMMENTAIRES

Comme je l'ai dit plus haut, l'article 231.6 a été adopté en 1988 et, à ma connaissance, c'est la première fois qu'il fait l'objet d'un examen judiciaire.

Dès le départ, l'avocat du requérant a précisé qu'il parlait d'un abus de la procédure prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu* et non d'un abus de la procédure de la cour par l'intimé. Il a précisé que le régime de la Loi prévoit l'auto-cotisation de la part du contribuable, l'établissement d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation par le Revenu national, la possibilité pour le contribuable de produire un avis d'opposition, et finalement la possibilité pour Revenu Canada d'accepter l'avis d'opposition ou de confirmer la cotisation (ou la nouvelle cotisation) antérieure. Si à ce moment le contribuable n'est pas satisfait, il peut porter la question devant la Cour canadienne de l'impôt ou devant la Cour fédérale.

En l'espèce, la nouvelle cotisation du requérant a été établie par l'intimé le 2 novembre 1988; le 9 janvier 1989, le requérant a produit un avis d'opposition. Au 17 mai 1990, l'intimé n'avait pas avisé le requérant de sa décision d'annuler ou de confirmer la nouvelle cotisation (voir le paragraphe 8 de la déclaration produite le 17 mai 1990). Toutefois, au paragraphe 15 de l'affidavit de John Merko, établi sous serment le 15 mai 1990, Merko affirme que le chef de la Section de l'évitement fiscal lui avait adressé une lettre le 4 mai 1990 pour l'aviser du rejet des pertes d'entreprise par Revenu national et des motifs fondant cette décision (ce point n'a pratiquement aucune importance en l'espèce).

CONCLUSIONS

Il ressort clairement de l'énoncé de la disposition législative (précitée) que le législateur a eu l'intention de donner à Revenu Canada des pouvoirs importants, étendus et d'une grande portée pour

document”. Section 231.6, in defining “foreign-based information or document”, sets forth “any information or document which is available or located outside Canada”. To secure this information or document National Revenue need only be able to show it is “relevant to the administration or enforcement of this Act”. There is no time period within which the data must be requested and clearly it is not obliged to do so during the course of assessing or reassessing the taxpayer, notwithstanding the strong argument made by counsel for the applicant nor the use of the words “assessment” in the copies of the technical notes issued by the Department of Finance to accompany the enactment of section 231.6 of the Act. Had Parliament wanted this sweeping power to be confined to the period between the time of the assessment (reassessment) and the notice of objection (or confirming or denying the objection), it would have been an easy matter to say so. They did not. Even after a taxpayer seeks relief in the courts, National Revenue is still able to require the taxpayer or a third party to produce foreign-based information or documents if it is able to maintain it is necessary for administration or enforcement of the Act.

The taxpayer is protected from abusive use of this section through the review of foreign investment requirement wherein a judge may confirm the requirement, vary the requirement as he/she considers appropriate in the circumstances, or set aside the requirement if he/she is satisfied that the requirement is unreasonable. Thus, for reasons stated above, I find the respondent’s requirement to produce in the circumstances here is not an abuse of the process provided for in the *Income Tax Act*.

Is the demand reasonable? Parliament, through the wording of the Act, leaves no room for doubt that the demand for the foreign-based information or document is *prima facie* reasonable given the far-flung nature of the business of the limited

obtenir «des renseignements ou des documents étrangers». Dans la définition qu’il donne d’un «renseignement ou document étranger», l’article 231.6 prévoit qu’il s’agit d’un renseignement accessible, ou d’un document situé, en dehors du Canada». Afin d’obtenir ces renseignements ou ces documents, Revenu Canada n’a qu’à démontrer qu’ils peuvent «être pris en compte pour l’application ou l’exécution de la présente loi». La Loi ne prévoit aucune période pour la demande de renseignements et manifestement le Ministère n’est pas obligé de faire la mise en demeure au cours de l’établissement de la cotisation ou de la nouvelle cotisation du contribuable, malgré l’argument vigoureux présenté par l’avocat du requérant et l’emploi du mot «cotisation» dans les copies des notes techniques publiées par le ministère des Finances au moment de l’adoption de l’article 231.6 de la Loi. Si le législateur avait voulu limiter l’emploi de ce pouvoir considérable à la période comprise entre la date de l’établissement de la cotisation (ou de la nouvelle cotisation) et celle de l’avis d’opposition (ou de la décision de confirmer ou de rejeter l’opposition), il lui aurait été facile de l’exprimer. Il ne l’a pas fait. Même si le contribuable a déjà engagé des procédures judiciaires, Revenu national peut toujours exiger que le contribuable ou un tiers fournisse des renseignements ou des documents étrangers, s’il peut soutenir que ceux-ci sont nécessaires à l’application ou à l’exécution de la Loi.

Le contribuable est protégé du recours abusif à cette disposition législative par la possibilité de contester la mise en demeure par requête à un juge, qui pourra soit confirmer la mise en demeure, soit la modifier de la façon qu’il estime indiquée dans les circonstances, soit la déclarer sans effet s’il est convaincu qu’elle est déraisonnable. Par conséquent, pour les raisons susmentionnées, je conclus que la mise en demeure, faite par l’intimé, de produire des renseignements dans les circonstances de l’espèce n’est pas un abus de la procédure prévue par la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

La demande est-elle raisonnable? Dans la formulation de la Loi, le législateur établit sans l’ombre d’un doute que la demande de renseignements ou de documents étrangers est à première vue raisonnable, ce qui s’applique particulièrement en

partnership and the large loss claimed by this applicant. The applicant must clearly make an attempt to secure the foreign-based information or document unless it is his contention that the request/demand is unreasonable in which case a procedure is in place to make his case, and hence the application to this Court. I cannot find the request unreasonable. There is no requirement that any information or document be provided but there is the sanction of subsection 231.6(8) i.e., the taxpayer, if he withholds any such required information or document, cannot use it at a subsequent civil proceeding. The requirement puts the taxpayer on notice about the kind of information being sought, not only from him but others. He can choose to seek out all the data possible, and tender it to National Revenue or he can indicate that some or all of the information sought cannot be produced, or will not be produced. If he takes the latter position, there is the sanction of subsection 231.6(8) mentioned earlier.

Accordingly, there being no abuse of the process provided in the *Income Tax Act*, and in the circumstances here the requirement is reasonable, I will confirm the said requirement. The respondent is entitled to its costs of this motion in any event of the cause.

l'espèce compte tenu de la nature très étendue de la société en commandite et de l'importance de la perte réclamée par le requérant. Le requérant doit clairement tenter d'obtenir les renseignements ou les documents étrangers, à moins qu'il ne prétende que la mise en demeure ou la demande est déraisonnable, et qu'il ait alors recours à la procédure prévue pour faire valoir son point de vue, soit la requête présentée devant cette Cour. Je ne puis conclure que la demande est déraisonnable. Il n'existe aucune obligation de fournir les renseignements ou les documents, mais il y a toujours la sanction établie au paragraphe 231.6(8), qui prévoit que le contribuable qui omet de fournir des renseignements ou des documents demandés ne peut les employer dans une procédure civile subséquente. La mise en demeure précise au contribuable la nature des renseignements demandés, que lui et d'autres sont appelés à fournir. Il peut choisir de chercher à obtenir toutes les données possibles et de les remettre au ministère du Revenu national; il peut aussi indiquer qu'une partie ou la totalité des renseignements demandés ne peuvent être fournis ou qu'ils ne seront pas fournis. Dans ce dernier cas, la sanction prévue au paragraphe 231.6(8) susmentionné s'applique.

Puisque en l'espèce il n'y a pas abus de la procédure prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que la mise en demeure est raisonnable dans les circonstances, je confirmerai la mise en demeure. L'intimé a droit à ses dépens à l'égard de la présente requête quelle que soit l'issue de la cause principale.

T-1505-90	Christopher Williams (<i>Applicant</i>) v. Regional Transfer Board, Prairie Region (Correctional Service Canada) and Michael Gallagher, Warden of Edmonton Institution (<i>Respondents</i>)	T-1505-90	Christopher Williams (<i>requérant</i>) c. ^a Comité régional des transfèrements, Région des Prairies (Service correctionnel du Canada) et Michael Gallagher, directeur de l'établissement d'Edmonton (<i>intimés</i>)
T-1506-90	Harold Dubarry (<i>Applicant</i>) v. Regional Transfer Board, Prairie Region (Correctional Service Canada) and Michael Gallagher, Warden of Edmonton Institution (<i>Respondents</i>)	T-1506-90	Harold Dubarry (<i>requérant</i>) c. c Comité régional des transfèrements, Région des Prairies (Service correctionnel du Canada) et Michael Gallagher, directeur de l'établissement d'Edmonton (<i>intimés</i>)
T-1507-90	Ken McIntyre (<i>Applicant</i>) v. Regional Transfer Board, Prairie Region (Correctional Service Canada) and Michael Gallagher, Warden of Edmonton Institution (<i>Respondents</i>)	T-1507-90	Ken McIntyre (<i>requérant</i>) c. ^e Comité régional des transfèrements, Région des Prairies (Service correctionnel du Canada) et Michael Gallagher, directeur de l'établissement d'Edmonton (<i>intimés</i>)
T-1508-90	Arthur Winters (<i>Applicant</i>) v. Regional Transfer Board, Prairie Region (Correctional Service Canada) and Michael Gallagher, Warden of Edmonton Institution (<i>Respondents</i>)	T-1508-90	Arthur Winters (<i>requérant</i>) c. ^g Comité régional des transfèrements, Région des Prairies (Service correctionnel du Canada) et Michael Gallagher, directeur de l'établissement d'Edmonton (<i>intimés</i>)
T-1509-90	Eugene Campbell (<i>Applicant</i>) v. Regional Transfer Board, Prairie Region (Correctional Service Canada) and Michael Gallagher, Warden of Edmonton Institution (<i>Respondents</i>)	T-1509-90	Eugene Campbell (<i>requérant</i>) c. ⁱ Comité régional des transfèrements, Région des Prairies (Service correctionnel du Canada) et Michael Gallagher, directeur de l'établissement d'Edmonton (<i>intimés</i>)

INDEXED AS: WILLIAMS v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE, REGIONAL TRANSFER BOARD, PRAIRIE REGION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: WILLIAMS c. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL, COMITÉ RÉGIONAL DES TRANSFÈREMENTS, RÉGION DES PRAIRIES) (1^{re} INST.)

Trial Division, Rouleau J.—Calgary, August 28; Ottawa, September 24, 1990.

^j Section de première instance, juge Rouleau—Calgary, 28 août; Ottawa, 24 septembre 1990.

Penitentiaries — Emergency involuntary transfer of inmate to high maximum security institution after knife fight, refusing to return to cell and holding officers in Unit — Warden's belief transfer required for proper administration of institution reasonable — No breach of Charter, s. 7 or duty of fairness in not providing inmate with progress summary report, contrary to Commissioner's Directive — Charter, s. 10(b) right to counsel relating to initial arrest or detention, not to penitentiary convicts — No improper delegation of authority to make transfer decision.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Emergency involuntary transfer of inmate after knife fight, refusal to return to cell and holding of officers in Unit — Warden's belief transfer required for proper administration of institution reasonable — Failure to provide progress summary report, contrary to Commissioner's Directive, not breach of Charter s. 7 — Notifications of transfer containing sufficient detail to allow applicant to respond in meaningful way.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Convict denied opportunity to retain counsel prior to emergency involuntary transfer to high maximum security institution — No breach of Charter, s. 10(b) — Right to counsel depending upon circumstances — "Arrest or detention" in s. 10(b) applying to initial arrest, not to penitentiary convicts — Absence of counsel not hindering applicant's presentation of case.

This was an application for *certiorari* to quash the decision to transfer the applicant from Edmonton Institution to the High Maximum Security Unit of Saskatchewan Penitentiary. The applicant and several other convicts refused to return to their cells after a knife fight and the recovery of only one of the weapons, and held two corrections officers in the Unit. The Warden felt applicant's activities posed a threat to the good order and discipline of the Institution and that he had demonstrated such potential for violent behaviour that he posed a persistent and serious risk to the safety of others. The applicant was given a notification of recommendation for involuntary transfer with reasons therefor. He was not allowed to retain counsel. Two days later, the applicant received a supplementary notification, to which he submitted a written response. The Regional Transfer Board approved the transfer. The applicant alleged: (1) there was a lack of evidence to support the involuntary transfer; (2) the failure to provide a progress summary report, contrary to the procedural provisions set out in Commissioner's Directive 540, constituted a breach of the principles of procedural fairness and Charter, section 7; (3) he had been denied his right under Charter, paragraph 10(b) to retain and instruct counsel; and (4) there was an improper delegation of

Pénitenciers — Transfèrement involontaire d'urgence d'un détenu à un établissement à sécurité maximale élevée après une bagarre au couteau, le refus de réintégrer sa cellule et la détention d'agents dans une unité — Le directeur avait des motifs raisonnables de croire que le transfèrement était nécessaire pour la bonne administration de l'établissement — Il n'y a pas eu violation de l'art. 7 de la Charte ou de l'obligation d'agir équitablement du fait que le détenu n'avait pas reçu de résumé de l'évolution du cas, contrairement à la Directive du commissaire — Le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'art. 10b) de la Charte se rapporte à l'arrestation ou à la détention initiales, et non pas aux personnes détenues dans un pénitencier — Il n'y a pas eu délégation irrégulière du pouvoir de prendre une décision au sujet du transfèrement.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Transfèrement involontaire d'urgence d'un détenu après une bagarre au couteau, le refus de réintégrer sa cellule et la détention d'agents dans une unité — Le directeur avait des motifs raisonnables de croire que le transfèrement était nécessaire pour la bonne administration de l'établissement — Le fait de ne pas avoir fourni de résumé de l'évolution du cas, contrairement à la Directive du commissaire, ne constituait pas une violation de l'art. 7 de la Charte — Les avis de transfèrement contenaient suffisamment de détails pour permettre au requérant de fournir une réponse sérieuse.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Un détenu s'est vu refuser la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat avant son transfèrement involontaire d'urgence à un établissement à sécurité maximale élevée — Il n'y a pas eu violation de l'art. 10b) de la Charte — Le droit de recourir à l'assistance d'un avocat dépend des circonstances — L'expression «en cas d'arrestation ou de détention» figurant à l'art. 10b) s'applique à l'arrestation initiale et non pas aux personnes détenues dans un pénitencier — L'absence d'un avocat n'a pas entravé le requérant dans l'exposé de son point de vue.

Il s'agissait d'une demande de *certiorari* visant l'annulation de la décision de transférer le requérant de l'établissement d'Edmonton à l'unité à sécurité maximale élevée du pénitencier de la Saskatchewan. Le requérant et plusieurs autres détenus ont refusé de réintégrer leurs cellules après une bagarre au couteau et la récupération d'une seule des armes utilisées ainsi que la détention de deux agents correctionnels dans l'unité. Le directeur a estimé que les activités du requérant menaçaient le maintien de l'ordre et de la discipline dans l'établissement et qu'il avait manifesté un tel potentiel de comportement violent qu'il constituait un risque persistant et grave pour la sécurité des autres. Le requérant a reçu un avis de recommandation de transfèrement involontaire pour les raisons ci-dessus. Il ne fut pas autorisé à retenir les services d'un avocat. Deux jours plus tard, le requérant a reçu un avis supplémentaire, auquel il a répondu par écrit. Le Comité régional des transfèrements a approuvé le transfèrement. Le requérant a allégué: (1) qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour justifier le transfèrement involontaire; (2) que l'omission de fournir un résumé de l'évolution du cas, contrairement aux dispositions en matière de procédure énoncées dans la Directive du commissaire 540 constituait une violation des principes d'équité en matière de procédure et de l'article 7 de la Charte; (3) qu'il avait été privé du droit que lui garantit l'alinéa 10b) de la Charte d'avoir recours à l'assistance d'un avocat; et (4) qu'il y avait eu

authority to the Board because the Board did not have the jurisdiction to make the decision to transfer.

Held, the application should be dismissed.

(1) A decision to transfer a convict must be supported by a reasonable belief that the prisoner should be moved for the sake of the orderly and proper administration of the institution. The facts indicate that the Warden's belief that the applicant should be transferred on an emergency basis was reasonable, as was his belief that the applicant had been involved, in a significant way, in a serious security matter.

(2) The absence of a progress summary report amounted to a breach of neither the duty to act fairly nor Charter, section 7. The duty to act fairly merely requires adequate notice and a fair opportunity to answer allegations. The notifications contained sufficient detail to allow the applicant to know the case against him and to respond in a meaningful way. Although the requirement set out in the Commissioner's Directive that the progress summary report be attached to the notification was not met, procedural defects will not necessarily invalidate a transfer, if the general process was fair. The question is not whether there has been a breach of prison rules, but whether there has been a breach of the duty to act fairly in all the circumstances. There was no such breach here. Furthermore, as no progress summary report had been prepared, it was not a question of information being withheld.

(3) On the facts of the case, and in view of the emergency nature of the situation, the refusal to allow the applicant to retain counsel did not constitute a breach of the duty to act fairly nor of any of the applicant's Charter rights. An inmate who is subject to an involuntary transfer made on an emergency basis does not have an absolute right to retain counsel as provided for in Charter, section 10. Whether there is an inherent right to representation by counsel depends upon the circumstances of the case. Furthermore, "arrest or detention" in paragraph 10(b) has been held to refer to a restraint of liberty, either physical or by the demand or direction of a person in authority. The right to retain and instruct counsel has been held to apply only to initial arrest or detention, not to convicts in a penitentiary. The applicant was not hindered in the presentation of his case by the absence of counsel.

(4) There was no improper delegation of authority to the Regional Transfer Board to make the decision to transfer. Among those authorized by the Commissioner's Directives to approve intra-regional transfers, was the Assistant Deputy Commissioner, Operations. The applicant's transfer was approved by the person acting in that capacity.

délégation irrégulière de pouvoirs au Comité car celui-ci ne jouissait pas de la compétence nécessaire pour prendre une décision au sujet de son transfèrement.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

^a (1) La décision de transférer un détenu doit être justifiée par des motifs raisonnables de croire que celui-ci doit être envoyé ailleurs pour assurer le maintien d'une administration ordonnée et convenable de l'établissement. Il ressort des faits que le directeur avait des motifs raisonnables de croire que le requérant devait être transféré d'urgence, tout comme l'étaient ses motifs de croire que le requérant avait été impliqué, de façon importante, dans une affaire grave en ce qui avait trait à la sécurité.

^b (2) L'absence d'un résumé de l'évolution du cas n'équivalait ni à un manquement à l'obligation d'agir équitablement ni à une violation de l'article 7 de la Charte. L'obligation d'agir équitablement exige seulement que l'on fournisse un avis suffisant ainsi qu'une possibilité équitable de répondre aux allégations. Les avis contenaient suffisamment de détails pour permettre au requérant de connaître les accusations portées contre lui et d'y répondre d'une façon sérieuse. Bien qu'il n'ait pas été satisfait à l'exigence, énoncée dans la Directive du commissaire, d'annexer à l'avis le résumé de l'évolution du cas, les vices de procédure n'invalideront pas nécessairement le transfèrement, si le processus général a été équitable. La question n'est pas de savoir s'il y a eu infraction aux règles de la prison mais s'il y a eu manquement à l'obligation d'agir équitablement dans toutes les circonstances. Il n'y a eu aucun manquement ou infraction de ce genre. De plus, comme aucun résumé de l'évolution du cas n'avait été rédigé, ce n'était pas une question de refus de communiquer des renseignements.

^c (3) Compte tenu des faits existant en l'espèce et de l'urgence de la situation, le refus de permettre au requérant de recourir à l'assistance d'un avocat n'a pas constitué un manquement à l'obligation d'agir équitablement ni à aucun des droits que la Charte garantit au requérant. Le détenu qui fait l'objet d'un transfèrement involontaire effectué de toute urgence ne jouit pas du droit absolu d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, ainsi que le prévoit l'article 10 de la Charte. La question de savoir si une personne a le droit d'être représentée par un avocat dépend des circonstances de l'espèce. En outre, on a interprété l'expression «en cas d'arrestation ou de détention» employée à l'alinéa 10b) de la Charte comme étant une privation de liberté, soit physique soit à la demande ou en application des directives d'une personne occupant un poste d'autorité. Il a été jugé que le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat s'applique uniquement à l'arrestation ou à la détention initiales, et non pas aux personnes incarcérées dans un pénitencier. L'absence d'un avocat n'a pas entravé le requérant dans l'exposé de son point de vue.

^d (4) Il n'y a pas eu délégation irrégulière de pouvoirs au Comité régional des transfèrements pour ce qui est de la décision de transférer le requérant. Parmi les personnes autorisées par les Directives du commissaire à approuver les transfèrements à l'intérieur d'une région, il avait le sous-commissaire adjoint aux opérations. Le transfèrement du requérant a été approuvé par la personne agissant en cette qualité.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 10(b).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 129, 279(2) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 39).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Camphaug v. Canada (1990), 34 F.T.R. 165 (F.C.T.D.); *Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.); *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) 314; 30 N.R. 119; *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.); *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (T.D.).

CONSIDERED:

Hnatiuk v. Canada (1987), 12 F.T.R. 44 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada), [1989] 3 F.C. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 25 F.T.R. 79; 92 N.R. 292 (C.A.); *Jamieson v. Commr. of Corrections* (1986), 51 C.R. (3d) 155; 2 F.T.R. 146 (F.C.T.D.); *Mitchell v. Crozier*, [1986] 1 F.C. 255; (1986), 1 F.T.R. 138 (T.D.).

COUNSEL:

Charalee F. Graydon for applicants.
Larry M. Huculak for respondents.

SOLICITORS:

Bishop & McKenzie, Edmonton, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROULEAU J.: The applicant, an inmate of the federal penitentiary known as Edmonton Institu-

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 10b).

Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 129, 279(2) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 39).

b JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Camphaug c. Canada (1990), 34 F.T.R. 165 (C.F. 1^{re} inst.); *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.); *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) 314; 30 N.R. 119; *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.); *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (1^{re} inst.).

e

DÉCISION EXAMINÉE:

Hnatiuk c. Canada (1987), 12 F.T.R. 44 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada), [1989] 3 C.F. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 25 F.T.R. 79; 92 N.R. 292 (C.A.); *Jamieson c. Commissaire aux Services correctionnels* (1986), 51 C.R. (3d) 155; 2 F.T.R. 146 (C.F. 1^{re} inst.); *Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255; (1986), 1 F.T.R. 138 (1^{re} inst.).

g

AVOCATS:

Charalee F. Graydon pour les requérants.
Larry M. Huculak pour les intimés.

h

PROCUREURS:

Bishop & McKenzie, Edmonton, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE ROULEAU: Le requérant, qui est un détenu dans un pénitencier fédéral, soit l'établisse-

tion, seeks an order in the nature of a writ of *certiorari* quashing the decision of the Warden to transfer him from "A" Unit of the Institution to the High Maximum Security Unit of Saskatchewan Penitentiary and further, quashing the decision to place the applicant in administrative segregation after his return to Edmonton Institution.

On November 5, 1989, a knife fight between two inmates occurred in the courtyard of the Edmonton Institution. Since only one of the weapons used in the fight was recovered, the Assistant Warden, in charge of the Institution at the time, ordered a lock-down, a procedure whereby all inmates are required to return to their cells. The inmates of "A" Unit, including the applicant, refused to obey the order and further refused to allow two corrections officers to leave the Unit. As a result of these incidents, the Warden was of the view that the maintenance of good order and discipline of the Institution was threatened by the activities of the applicant and the other inmates involved. It was also the Warden's opinion that the applicant had demonstrated such potential for violent behaviour that he posed a persistent and serious risk to the safety of staff and inmates at the Edmonton Institution and accordingly, should be transferred, on an emergency basis, to the High Maximum Security Unit at the Saskatchewan Penitentiary. This decision was made on November 6, 1989.

On the same date, the applicant was provided with a notification of recommendation for involuntary transfer which alleged that on November 5, 1989, he had prevented completion of an institution emergency lock-up of inmates and it was considered that he should be transferred to high security on an emergency basis. The applicant requested that he be allowed to contact legal counsel in respect of the recommended involuntary transfer but such request was denied. The applicant was placed on an airplane and transferred to the High Maximum Security Unit at the Saskatchewan Penitentiary.

On the airplane, the applicant received a copy of a notification of recommendation for involuntary transfer, dated November 6, 1989 and signed by the Warden. On or about November 8, 1989 the applicant received a further notification of recom-

ment d'Edmonton, demande une ordonnance sous forme de bref de *certiorari* infirmant la décision du directeur de le transférer de l'unité «A» de l'établissement à l'unité à sécurité maximale élevée du pénitencier de la Saskatchewan et infirmant également la décision de le placer en isolement préventif après son retour à l'établissement d'Edmonton.

Le 5 novembre 1989, il s'est produit une bagarre au couteau entre deux détenus dans la cour de l'établissement d'Edmonton. Étant donné qu'une seule des armes utilisées dans la bagarre a été retrouvée, le directeur adjoint, qui était à ce moment-là chargé de l'établissement, a ordonné un isolement cellulaire dans toute la prison, procédure selon laquelle tous les détenus doivent réintégrer leur cellule. Les détenus de l'unité «A», y compris le requérant, ont refusé d'obéir à l'ordre et en outre de laisser deux agents correctionnels quitter l'unité. Ces incidents ont porté le directeur à conclure que les activités du requérant et des autres détenus en cause menaçaient le maintien de l'ordre et de la discipline dans l'établissement. Le directeur était également d'avis que le requérant avait manifesté un tel potentiel de comportement violent qu'il constituait un risque persistant et grave pour la sécurité du personnel et des détenus de l'établissement d'Edmonton et qu'il devait donc être transféré de toute urgence à l'unité à sécurité maximale élevée du pénitencier de la Saskatchewan. Cette décision a été prise le 6 novembre 1989.

À la même date, le requérant a reçu un avis de recommandation de transfèrement involontaire selon lequel, il avait empêché l'isolement cellulaire immédiat dans toute la prison, le 5 novembre 1989, et devait être transféré de toute urgence à une unité à sécurité élevée. Le requérant a demandé à communiquer avec un avocat au sujet du transfèrement involontaire recommandé, mais cette demande a été rejetée. Il a été placé à bord d'un avion et transféré à l'unité à sécurité maximale élevée du pénitencier de la Saskatchewan.

Sur l'avion, le requérant a reçu une copie d'un avis de recommandation de transfèrement involontaire en date du 6 novembre 1989 signé par le directeur. Le 8 novembre 1989, ou vers cette date, il a reçu un autre avis de recommandation de

mendation for involuntary transfer dated November 7, 1989 and signed by the Warden, which was supplementary to the first notification of recommendation for involuntary transfer. Both notifications provided to the applicant contained the reasons for the Warden's recommendation of transfer and further stated that the applicant had the right to provide a written response thereto. The applicant did in fact submit a written response to the notice stating his denial of the allegations made therein and setting out his version of events with respect to the incident in question.

On December 22, 1989, the applicant and four other inmates of the "A" Unit received letters advising them that the Regional Transfer Board had reviewed the information presented by the Edmonton Institution in support of their transfer as well as the inmates' written submissions. On the basis of this information, it was decided to approve the transfers of each of the inmates to the High Maximum Security Unit, Saskatchewan Penitentiary. On May 10, 1990, the applicant was transferred back to Edmonton Institution, where he was maintained in administrative segregation pending a preliminary inquiry in relation to charges laid pursuant to sections 129 and 279(2) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 39] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] until his release from custody on May 26, 1990.

The applicant now seeks a writ of *certiorari* on the grounds that the Regional Transfer Board had no jurisdiction to approve the transfer; that it failed to exercise its jurisdiction in that it did not separately and independently inquire into the applicant's case; that the respondents acted contrary to the principles of procedural fairness and section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] in the recommendation and decision to transfer; that the respondents denied the applicant his right under paragraph 10(b) of the Charter to retain and instruct counsel; and that the Warden of Edmonton Institution acted unreasonably and contrary to procedural fairness and section 7 of the

transfèrement involontaire daté du 7 novembre 1989 et signé par le directeur, qui était supplémentaire au premier avis de recommandation de transfèrement involontaire. Les deux avis signifiés au requérant précisaient les motifs de la recommandation de transfèrement faite par le directeur ainsi que le droit du requérant d'y répondre par écrit. Le requérant a d'ailleurs présenté une réponse écrite à l'avis pour nier les allégations faites dans celui-ci et présenter sa version des faits relatifs à l'incident en question.

Le 22 décembre 1989, le requérant et quatre autres détenus de l'unité «A» ont reçu des lettres les informant que le Comité régional des transfèrements avait examiné les renseignements présentés par l'établissement d'Edmonton pour justifier leur transfèrement ainsi que leurs réponses écrites. À la lumière de cette information, il a été décidé d'approuver le transfèrement de chacun des détenus à l'unité à sécurité maximale élevée du pénitencier de la Saskatchewan. Le 10 mai 1990, le requérant a réintégré l'établissement d'Edmonton, où il est resté en isolement préventif en attendant une enquête préliminaire relativement aux accusations portées en vertu de l'article 129 et du paragraphe 279(2) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 39] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46] jusqu'à sa mise en liberté le 26 mai 1990.

Le requérant demande maintenant un bref de *certiorari* pour le motif que le Comité régional des transfèrements n'était pas autorisé à approuver le transfèrement, qu'il n'a pas exercé sa compétence puisqu'il n'a pas mené une enquête distincte et indépendante sur le cas du requérant, que les intimés ont agi contrairement aux principes d'équité en matière de procédure et à l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] en ce qui concerne la recommandation et la décision de le transférer, que les intimés l'ont privé de son droit prévu à l'alinéa 10b) de la Charte d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et que le directeur de l'établissement d'Edmonton a agi de façon déraisonnable et contraire aux principes d'équité en matière de procé-

Charter in placing the applicant in administrative segregation.

It is the applicant's contention that jurisprudence has established the duty of procedural fairness and section 7 of the Charter requires an inmate subject to a recommendation for involuntary transfer be provided with adequate notice and reasons for the transfer, as well as an opportunity to make representations opposing such transfer. It is submitted by the applicant that the procedural provisions set out in Commissioner's Directive 540 define the conduct which must be observed by correction officials in respect of both an emergency transfer and an involuntary transfer to a high maximum security unit. One of the requirements of the Directive is that an inmate who is subject to an involuntary transfer be presented with a progress summary report. Such a report is to provide a detailed account of the incidents which prompted the transfer, excepting only security or informant information as well as any previous incidents or behaviour which contributed to the decision to recommend involuntary transfer. The applicant maintains that at no time was he provided with a progress summary report in support of his transfer nor was he provided with any confidential or security information which may have been considered in relation to his transfer.

The applicant further alleges the respondents breached their duty of procedural fairness and contravened section 7 of the Charter by failing to address their minds separately and independently in relation to the involuntary transfer of the applicant to the High Maximum Security Unit of the Saskatchewan Penitentiary. In addition, the respondents contravened paragraph 10(b) of the Charter by denying the applicant an opportunity to contact legal counsel on November 6, 1989 when he was detained and transferred to the High Maximum Security Unit of the Saskatchewan Penitentiary.

According to the applicant, the decision-maker erred in approving the involuntary transfer in the absence of any evidence that the applicant had demonstrated such potential for violent behaviour

et à l'article 7 de la Charte en plaçant le requérant en isolement préventif.

Le requérant maintient que la jurisprudence a établi l'obligation d'assurer l'équité de procédure et que l'article 7 de la Charte exige qu'un détenu qui fait l'objet d'une recommandation de transfèrement involontaire soit dûment informé et mis au courant des raisons du transfèrement, en plus de se voir offrir la possibilité de présenter des observations pour s'opposer à ce transfèrement. Le requérant soutient que les dispositions en matière de procédure énoncées à la Directive du commissaire 540 définissent la conduite que doivent suivre les autorités correctionnelles en ce qui concerne tant un transfèrement d'urgence qu'un transfèrement involontaire à une unité à sécurité maximale élevée. Selon cette directive, un détenu qui fait l'objet d'un transfèrement involontaire doit notamment se voir remettre un résumé de l'évolution du cas. Ce genre de rapport fournit un compte rendu détaillé des incidents qui ont donné lieu au transfèrement; n'en sont exclus que les renseignements en matière de sécurité ou provenant d'informateurs ainsi que les renseignements relatifs à des incidents ou comportements antérieurs qui ont contribué à la décision de recommander un transfèrement involontaire. D'après le requérant, on ne lui a jamais remis un résumé de l'évolution du cas pour justifier son transfèrement ni fourni de renseignements confidentiels ou en matière de sécurité qui ont pu entrer en ligne de compte en ce qui concerne le transfèrement.

Le requérant maintient en outre que les intimés n'ont pas respecté leur obligation d'assurer l'équité en matière de procédure et qu'ils ont violé l'article 7 de la Charte en ne faisant pas un examen distinct et indépendant du transfèrement involontaire du requérant à l'unité à sécurité maximale élevée du pénitencier de la Saskatchewan. Selon lui, en outre, les intimés ont enfreint l'alinéa 10(b) de la Charte en lui refusant la possibilité de communiquer avec un avocat, le 6 novembre 1989, lorsqu'il a été placé sous garde et transféré à l'unité à sécurité maximale élevée du pénitencier de la Saskatchewan.

Selon le requérant, les autorités se sont trompées en approuvant le transfèrement involontaire en l'absence de toute preuve qu'il avait manifesté un tel potentiel de comportement violent au point de

that he posed a persistent and serious risk to the safety of staff or inmates in any institution of a lower security level.

Finally, it is contended there has been an improper delegation of authority to the Regional Transfer Board because, according to the applicant, that Board did not possess the jurisdiction to make a decision concerning the transfer of the applicant to the High Maximum Security Unit of the Saskatchewan Penitentiary.

In response to these allegations, the respondents submit the duty of procedural fairness and the duty contained in section 7 of the Charter were met. It is true the applicant did not receive a progress summary report, as required by the directives. However, the respondents argue, in an emergency transfer of this nature, notice of the recommendation for the transfer and the reasons therefor, can properly be served on an inmate at the time of transfer or shortly thereafter, provided the inmate has been given sufficient detail of the reason so that he is able to meaningfully respond to them in writing when the transfer is being reviewed. The issue is not, in the respondents' opinion, whether an inmate has received every document relating to the transfer, but whether he can meaningfully respond to the transfer notice and has been given a fair opportunity to answer the allegations in writing.

With regards to the alleged infringement of paragraph 10(b) of the Charter, the respondents submit that an involuntary transfer is an administrative act and therefore does not give rise to the applicant having an absolute right to obtain counsel.

Last, the respondents maintain there has been no improper delegation of authority to the Regional Transfer Board, which acts as an advisory Board. The decision to approve the transfer was made by the Acting Assistant Deputy Commissioner, Operations, in accordance with Commissioner's Directive 540, after reviewing the material before him, including the written submission of the applicant.

I intend to deal first with the applicant's allegation of lack of evidence to support the involuntary

poser un risque persistant et grave à la sécurité du personnel ou des détenus de tout établissement d'un niveau de sécurité inférieur.

Enfin, le requérant soutient qu'il y a eu délégation irrégulière de pouvoirs au Comité régional des transfèrements parce que, selon lui, ce comité ne jouissait pas de la compétence nécessaire pour prendre une décision au sujet de son transfèrement à l'unité à sécurité maximale élevée du pénitencier de la Saskatchewan.

En réponse à ces allégations, les intimés maintiennent que l'obligation d'assurer l'équité de procédure et l'obligation que prévoit l'article 7 de la Charte ont été respectées. Il est vrai que le requérant n'a pas reçu un résumé de l'évolution du cas, comme le prévoient les directives. D'après eux, toutefois, dans un cas de transfèrement urgent de cette nature, l'avis de recommandation de transfèrement et les motifs de cette action peuvent être dûment signifiés à un détenu au moment du transfèrement ou peu après celui-ci, à condition que des détails suffisants au sujet de ces raisons soient donnés au détenu pour le permettre de fournir par écrit une réponse valable à ceux-ci au moment de l'examen du transfèrement. Selon les intimés, la question qui se pose est non pas celle de savoir si un détenu a reçu tous les documents relatifs au transfèrement, mais plutôt s'il peut répondre de façon convenable à l'avis de transfèrement et s'il s'est vu accorder une chance équitable de répondre par écrit aux allégations.

En ce qui concerne la prétendue violation de l'alinéa 10(b) de la Charte, les intimés maintiennent qu'un transfèrement involontaire est un acte administratif et qu'il ne donne par conséquent pas lieu aux droits absolus du requérant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Enfin, les intimés soutiennent qu'il n'y a pas eu délégation irrégulière de pouvoirs au Comité régional des transfèrements, qui sert de comité consultatif. C'est le sous-commissaire adjoint par intérim, Opérations, en conformité avec la Directive du commissaire 540, qui a décidé d'approuver le transfèrement après examen des éléments de preuve portés à sa connaissance, y compris l'exposé écrit du requérant.

J'ai l'intention de me pencher tout d'abord sur le manque de preuve justifiant le transfèrement invo-

transfer. According to Commissioner's Directive (C.D.) 540, Article 13, the only reason an inmate may be transferred to high maximum security is that "the inmate has demonstrated such potential for violent behaviour that he poses a persistent and serious risk to the safety of staff or inmates" in the lower security institution. In *Camphaug v. Canada* (1990), 34 F.T.R. 165 (F.C.T.D.), Mr. Justice Strayer, referring to the decision of Marceau J.A. in *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)*, [1989] 3 F.C. 329 (C.A.), stated that a decision to transfer is not like a conviction for an offence: what is required on the part of the decision-maker is a reasonable belief the prisoner should be moved for the sake of the orderly and proper administration of the institution.

It is trite law that the function of this Court in this type of application is not to substitute its own decision for that of a warden in recommending a transfer or for that of an Acting Assistant Deputy Commissioner, Operations, in approving such a transfer. The Court will not put itself in the place of the administrative authority in assessing facts and credibility.

The determination I must make is whether there was a reasonable belief on the part of the decision-maker that the inmate should be transferred. I am not hesitant to state, in my opinion, the Warden of the Edmonton Institution acted reasonably in making the decision which he did. He reasonably believed, on the basis of information provided to him, that the applicant had been involved in a significant way, in a serious security matter at the Edmonton Institution. As a result of these incidents, the Warden also held a reasonable belief the applicant should be transferred on an emergency basis to a higher security institution. In my view, the facts support the Warden's belief: a knife fight from which only one weapon was recovered, refusal of the applicant to obey a lock-down, and the applicant's role in the detention of two corrections officers.

lontaire qu'allègue le requérant. Selon la Directive du commissaire (D.C.) 540, article 13, la seule raison pour laquelle un détenu peut être transféré à un établissement à sécurité maximale élevée est qu'il «a manifesté un tel potentiel de comportement violent qu'il pose un risque persistant et grave à la sécurité du personnel ou des détenus» dans l'établissement à niveau de sécurité inférieure. Dans *Camphaug c. Canada* (1990), 34 F.T.R. 165 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Strayer, se reportant à la décision du juge d'appel Marceau J.C.A. dans l'affaire *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329 (C.A.), a affirmé que la décision de transférer un détenu n'est pas comme une condamnation pour une infraction: il suffit que le décisionnaire ait des motifs raisonnables de croire que le détenu doit être envoyé ailleurs pour assurer le maintien d'une administration ordonnée et convenable de l'établissement.

C'est un lieu commun de dire que la fonction de cette Cour, dans ce genre de requête, n'est pas de substituer sa propre décision à la décision d'un directeur de recommander un transfèrement ou à celle d'un sous-commissaire adjoint par intérim, Opérations, d'approuver ce transfèrement. La Cour ne prendra pas la place des autorités administratives en ce qui concerne l'évaluation des faits et de la crédibilité.

Je dois plutôt juger si les autorités avaient des motifs raisonnables de croire que le détenu devait être transféré. Je n'hésite aucunement à affirmer, qu'à mon avis, le directeur de l'établissement d'Edmonton a agi de façon raisonnable en prenant la décision qu'on sait. Vu l'information qui lui a été fournie, il y avait des motifs raisonnables de croire que le requérant avait participé de façon significative à de graves incidents en matière de sécurité à l'établissement d'Edmonton. À cause de ces incidents, le directeur avait aussi un motif raisonnable de croire que le requérant devait être transféré de toute urgence à un établissement à niveau de sécurité plus élevé. Selon moi, les faits appuient l'avis du directeur: une bagarre au couteau par suite de laquelle on a retrouvé une seule arme, le refus du requérant d'obéir à l'ordre d'isolement cellulaire dans toute la prison et le rôle joué par le requérant dans la séquestration de deux agents correctionnels.

The next issue is the consequence of the respondents' failure to provide the applicant with a progress summary report. Article 7 of Annex A to Commissioner's Directive 540 details the information required in the notification of recommendation for involuntary transfer. Basically, the notice is required to contain sufficiently detailed information to allow the inmate to know the case against him and to be able to respond. Article 8, further requires, where the transfer is to high maximum security, the reasons why the inmate is considered a serious risk to the safety of staff or inmates.

In the present case, these requirements have been satisfied. The applicant received two notifications of recommendation for involuntary transfer. He was advised he had the right to make written representations on them, and he did so. The notifications contained sufficient detail to allow the applicant to know the case against him and to respond in a meaningful fashion. Indeed, having examined the notifications, I am satisfied the applicant was provided with as much information as he reasonably could have been without jeopardizing the security of the Institution.

Article 10 of Annex A to Commissioner's Directive 540 states that a copy of a progress summary report is to be attached to the notification of recommendation for involuntary transfer. The progress summary report is required to be either signed by the inmate or contain some indication that the inmate refused to sign it. There is no question in the present case that Article 10 has not been complied with. The question before me is whether the omission of a progress summary report represents a fatal flaw to the procedure followed by the decision-maker so as to require the remedy of *certiorari* to correct any resulting injustice.

On one point the case law is consistent: the Court ought to exercise restraint in intervening in essentially administrative acts such as those in issue in this case. However, at the same time, the Court must be satisfied that the basic requirements of fairness have been observed.

L'autre question sur laquelle il faut se pencher est le fait que les intimés n'ont pas fourni au requérant un résumé de l'évolution du cas. L'article 7 de l'annexe A de la Directive du commissaire 540 précise les renseignements qui doivent être inclus dans l'avis de recommandation de transfèrement involontaire. Essentiellement, il faut que l'avis renferme suffisamment de renseignements pour permettre au détenu de connaître les accusations qui sont portées contre lui et d'y répondre. Selon l'article 8, lorsqu'il s'agit d'un transfèrement à un établissement à sécurité maximale élevée, il faut aussi inclure les raisons pour lesquelles le détenu est considéré comme un risque grave pour la sécurité du personnel ou des détenus.

En l'espèce, on a satisfait à ces exigences. Le requérant a reçu deux avis de recommandation de transfèrement involontaire. Il a été informé de son droit de présenter des observations par écrit au sujet de ces avis, ce qu'il a fait. Les avis renfermaient suffisamment de détails pour lui permettre de connaître les accusations portées contre lui et d'y répondre d'une façon sérieuse. Après examen des avis, je suis en effet convaincu que les autorités ont communiqué au requérant autant de renseignements que ce dernier pouvait raisonnablement s'attendre d'obtenir sans qu'il soit porté atteinte à la sécurité de l'établissement.

Selon l'article 10 de l'annexe A de la Directive du commissaire 540, une copie du résumé de l'évolution du cas doit être jointe à l'avis de recommandation de transfèrement involontaire. Le résumé doit être signé par le détenu ou renfermer une mention du refus du détenu de le signer. Il n'y a aucun doute, en l'occurrence, que l'article 10 n'a pas été respecté. La question que je dois trancher est celle de savoir si l'omission du résumé de l'évolution du cas représente un vice grave de la procédure suivie par les autorités au point d'exiger l'émission d'un bref de *certiorari* pour corriger toute injustice résultante.

La jurisprudence est unanime quant à un point: la Cour doit faire preuve de modération pour ce qui est d'intervenir dans des actes essentiellement administratifs comme celui qui est en question dans ce cas. Toutefois, elle doit en même temps être convaincue du respect des exigences fondamentales en matière d'équité.

An inmate does not possess a right to an oral hearing prior to being transferred. (See: *Jamieson v. Commr. of Corrections* (1986), 51 C.R. (3d) 155 (F.C.T.D.); *Mitchell v. Crozier*, [1986] 1 F.C. 255 (T.D.); *Hnatiuk v. Canada* (1987), 12 F.T.R. 44 (F.C.T.D.)). What the case law has established is that an inmate is entitled, under C.D. 540, to notice in writing of the reasons for transfer and of his right to submit written objections within 48 hours. He is also entitled to a written decision regarding whether the transfer is approved, including some indication that his response was considered in reaching the decision.

In *Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74 (C.A.), the Court held the duty to act fairly in transferring a prisoner to increased security includes adequate notice and a fair opportunity to answer allegations. Where there is no intention of holding a hearing, it is important that the notice of the alleged conduct contain as much detail as possible to ensure the right to answer does not become illusory. The Court emphasized that the burden is always on the authorities to demonstrate they have withheld only such information as is strictly necessary to protect the identity of an informant. As stated by Hugessen J.A., at page 78:

In the final analysis, the test must be not whether there exist good grounds for withholding information but rather whether enough information has been revealed to allow the person concerned to answer the case against him.

However, it does not follow that procedural defects will necessarily invalidate a transfer, if the general process was fair. In *Hnatiuk, supra*, it was held that failure to fully complete a required form did not amount to a breach by the institutional officers of their duty to act fairly. The Court relied on the oft-quoted statement of Dickson J., as he then was, in his decision in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at page 630:

Un détenu ne jouit pas du droit d'avoir une audience orale avant son transfèrement. (Voir: *Jamieson c. Commissaire aux Services correctionnels* (1986), 51 C.R. (3d) 155 (C.F. 1^{re} inst.); *Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255 (1^{re} inst.); *Hnatiuk c. Canada* (1987), 12 F.T.R. 44 (C.F. 1^{re} inst.)). Ce que la jurisprudence a établi est qu'un détenu a droit, en application de la D.C. 540, à être avisé par écrit des motifs du transfèrement et de son droit de présenter des oppositions par écrit dans les 48 heures. Il a également droit à une décision écrite quant à l'approbation du transfèrement, y compris à une indication quelconque du fait que sa réponse est entrée en ligne de compte dans la décision.

Dans *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74 (C.A.), la Cour a déclaré que le devoir d'agir de façon équitable en ce qui concerne le transfèrement d'un prisonnier à un établissement à niveau de sécurité plus élevé inclut l'obligation de donner un avis convenable et d'accorder une chance équitable de répondre aux allégations. Lorsqu'il n'est pas question de tenir une audience, il importe que l'avis relatif à la prétendue conduite soit aussi détaillé que possible pour garantir que le droit de répondre ne devienne pas illusoire. La Cour a insisté sur le fait que c'est aux autorités qu'il appartient de démontrer que les seuls renseignements qui n'ont pas été divulgués sont uniquement ceux qu'il fallait cacher pour protéger l'identité d'un informateur. Comme le déclare le juge Hugessen, J.C.A., à la page 78:

En dernière analyse, il s'agit de déterminer non pas s'il existe des motifs valables pour refuser de communiquer ces renseignements mais plutôt si les renseignements communiqués suffisent à permettre à la personne concernée de réfuter la preuve présentée contre elle.

Toutefois, ceci ne signifie pas que les vices de procédure invalideront nécessairement un transfèrement si le procédé général a été équitable. Dans l'arrêt *Hnatiuk* précité, le juge a déclaré que le fait de ne pas remplir intégralement un formulaire exigé ne constituait pas une infraction, de la part des agents de l'établissement, au devoir d'agir équitablement. La Cour s'est fondée sur l'affirmation souvent citée du juge Dickson, à l'époque, dans son arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, page 630:

5. It should be emphasized that it is not every breach of prison rules of procedure which will bring intervention by the courts. The very nature of a prison institution requires officers to make "on the spot" disciplinary decisions and the power of judicial review must be exercised with restraint. Interference will not be justified in the case of trivial or merely technical incidents. The question is not whether there has been a breach of the prison rules, but whether there has been a breach of the duty to act fairly in all the circumstances. The rules are of some importance in determining this latter question, as an indication of the views of prison authorities as to the degree of procedural protection to be extended to inmates. [Emphasis added.]

In the case at bar, I am satisfied that, in all the circumstances, there has been no breach by the respondents of the duty to act fairly by reason of no progress summary report being served on the applicant. Fairness in the making of a decision to transfer an inmate does not require that the inmate be given all the particulars of all alleged wrongdoings. It will be sufficient if he can adequately make representations to demonstrate that the recommendation he be moved is an unreasonable one. It is clear the applicant was provided with sufficient detail to know the case he had to meet and to make his submissions on the reasons given for that recommendation. The facts show that the applicant was able to meaningfully respond to the transfer notice and he was given a fair opportunity to answer the allegations in writing.

I am further convinced in my finding that the lack of a progress summary report should not lead this Court to intervene in the decision-making process of the respondents by the fact that no such report was prepared. It is not a question of information being withheld from the applicant; rather, the individuals responsible for preparation of progress summary reports were participating in a strike at the time in question.

In the final analysis, I am satisfied that the absence of a progress summary report, in the circumstances of this case, does not constitute a breach by the respondents of their duty to act fairly nor does it constitute a breach of section 7 of the Charter.

I turn now to the matter of the respondents' refusal to allow the applicant to obtain and instruct legal counsel after his request to do so on November 5, 1989. The question of whether an

5. Il faut souligner que les cours n'interviendront pas dans tous les cas de violation des règles de procédure carcérale. La nature même d'un établissement carcéral requiert que des décisions soient prises «sur-le-champ» par les fonctionnaires et le contrôle judiciaire doit être exercé avec retenue. Une intervention ne sera pas justifiée dans le cas d'incidents triviaux ou purement théoriques. Il ne s'agit pas de savoir s'il y a eu une violation des règles carcérales, mais plutôt s'il y a eu une violation de l'obligation d'agir équitablement compte tenu de toutes les circonstances. Les règles ont leur importance pour répondre à cette question: elles révèlent le degré de protection procédurale dont doivent jouir les détenus, de l'avis des autorités carcérales. [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, je suis convaincu que, dans toutes les circonstances, les intimés n'ont pas enfreint le devoir d'agir équitablement en ne signifiant pas au requérant le résumé de l'évolution du cas. Pour prendre une décision équitable en ce qui concerne le transfèrement d'un détenu, il n'est pas obligatoire de fournir à ce dernier tous les détails au sujet de tous les prétendus méfaits. Il suffit que le détenu puisse faire des observations pour démontrer que la recommandation de le transférer est déraisonnable. Il est clair qu'on a fourni au requérant suffisamment de détails pour lui permettre de connaître les accusations dont il devait répondre et pour présenter ses observations au sujet des motifs à l'appui de la recommandation. Les faits prouvent que le requérant a pu répondre sérieusement à l'avis de transfèrement et qu'on lui a donné une chance équitable de réfuter par écrit les allégations.

Je suis en outre convaincu du bien-fondé de ma conclusion que l'absence d'un résumé de l'évolution du cas ne doit pas amener la Cour à intervenir dans le processus décisionnel des intimés du fait qu'aucun rapport de ce genre n'a été produit. On n'a pas caché de renseignements au requérant; les personnes chargées de la rédaction de ces résumés participaient plutôt, aux dates en question, à une grève.

Je suis en dernière analyse convaincu que l'absence d'un résumé de l'évolution du cas, dans les circonstances, ne constitue pas une infraction, de la part des intimés, à leur devoir d'agir équitablement ni une infraction à l'article 7 de la Charte.

Examinons maintenant la question du refus des intimés de permettre au requérant, après qu'il l'eut demandé le 5 novembre 1989, d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. La question de savoir si

inmate who is subject to disciplinary proceedings has a right to counsel was the subject of debate before the Federal Court of Appeal in *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642. In that case the inmate was charged with disciplinary offences under section 39 of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251 and subject to a disciplinary hearing for which he requested representation by counsel and was denied. Thurlow C.J. formulated the following test as to whether an individual is to be considered as possessing an inherent right to counsel on page 663:

... it appears to me that whether or not the person has a right to representation by counsel will depend on the circumstances of the particular case, its nature, its gravity, its complexity, the capacity of the inmate himself to understand the case and present his defence. The list is not exhaustive. And from this, it seems to me, it follows that whether or not an inmate's request for representation by counsel can lawfully be refused is not properly referred to as a matter of discretion but is a matter of right where the circumstances are such that the opportunity to present the case adequately calls for representation by counsel.

Furthermore, "arrest or detention" in paragraph 10(b) of the Charter has been held to refer to a restraint of liberty, either physical or by the demand or direction of a person in authority.

In *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734 (T.D.), it was held a prisoner appearing before the Parole Board for a review of suspension of his parole is not entitled to an absolute right to obtain and instruct counsel as set out in paragraph 10(b) of the Charter. Those rights, the Court held, apply only to initial arrest or detention, and any other application of paragraph 10(b), in a prison context, would result in a continuing duty on the part of prison officials to advise prisoners of their right to counsel on a day-by-day basis.

In my view, an inmate who is subject to an involuntary transfer made on an emergency basis does not have an absolute right to obtain counsel as provided for in section 10 of the Charter. That

un détenu qui fait l'objet de mesures disciplinaires a droit de recourir à l'assistance d'un avocat a été examinée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642. Dans cette affaire, le détenu était accusé d'infraction aux consignes disciplinaires en vertu de l'article 39 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, et a dû se soumettre à une audience en matière disciplinaire pour laquelle il a demandé à être représenté par un avocat, demande qui a été refusée. Le juge en chef Thurlow a énoncé le critère suivant pour déterminer si une personne peut être considérée comme jouissant d'un droit intrinsèque à l'assistance d'un avocat à la page 663:

... il me semble que la question de savoir si oui ou non une personne a le droit d'être représentée par avocat dépendra des circonstances de l'espèce, de sa nature, de sa gravité, de sa complexité, de l'aptitude du détenu lui-même à comprendre la cause et à présenter sa défense. Cette liste n'est pas exhaustive. Il s'ensuit donc, à mon avis, que la question de savoir si la requête d'un détenu en vue d'être représenté par avocat peut être légalement refusée ne peut être considérée comme une question de discrétion, car il s'agit d'un droit qui existe lorsque les circonstances sont telles que la possibilité d'exposer adéquatement la cause du détenu exige la représentation par avocat.

En outre, on a interprété l'expression «en cas d'arrestation ou de détention» employée à l'alinéa 10b) de la Charte comme étant une privation de liberté, soit physique soit à la demande ou en application des directives d'une personne occupant un poste d'autorité.

Dans l'arrêt *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734 (1^{re} inst.), il a été déclaré qu'un prisonnier qui comparaît devant la Commission des libérations conditionnelles pour un examen de la suspension de sa liberté conditionnelle ne jouit pas du droit absolu d'avoir recours à l'assistance d'un avocat au sens de l'alinéa 10b) de la Charte. Ce droit, ainsi que l'a déclaré la Cour, s'applique uniquement en cas d'arrestation ou de détention, et toute autre application de l'alinéa 10b), dans un contexte carcéral, entraînerait une obligation constante de la part des autorités carcérales d'informer les prisonniers de leur droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, au jour le jour.

À mon avis, un détenu qui fait l'objet d'un transfèrement involontaire effectué de toute urgence ne jouit pas du droit absolu d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, ainsi que le

is not to say that an inmate will never be able to invoke the protection of the rights enshrined in paragraph 10(b). However, I agree with Thurlow C.J.: it is the circumstances of each case which will determine whether that absolute right exists. In the case at bar, I am satisfied the applicant was well aware of the reasons for the transfer and was able to respond, in a meaningful way, to the case against him. He was provided with ample opportunity to present his case adequately and indeed he did so. The applicant was not hindered in the presentation of his case by the absence of counsel. Considering the facts of this case, as well as the emergency nature of the situation, the refusal to allow the applicant to obtain counsel did not constitute a breach of any duty on the part of prison officials to act fairly nor was it offensive to any of the applicant's rights under the Charter.

Finally, the evidence does not support the applicant's allegation that there was an improper delegation of authority to the Regional Transfer Board to make the decision to transfer. Under Commissioner's Directive 540, it is the Regional Deputy Commissioner, the Assistant Deputy Commissioner, Operations and the Regional Administrator Community and Institutional Operations who have the authority to approve intra-regional transfers. The approval of the applicant's transfer was made by Mr. Linklater in his capacity as Acting Assistant Deputy Commissioner, Operations, after a review of the material before him, including the applicant's written submissions. There was, therefore, no improper delegation of authority to the Regional Transfer Board.

For all these reasons, I am unable to conclude the respondents failed to fulfil their duty to act fairly nor did their actions infringe any rights of the applicant under the Charter. The application is therefore dismissed with costs.

These reasons for order written in the case of applicant Christopher Williams, File No. T-1505-90, are also to apply to the following applicants: Harold Dubarry, T-1506-90; Ken McIntyre, T-1507-90; Arthur Winters, T-1508-90; and

prévoit l'article 10 de la Charte. Ceci ne signifie pas qu'un détenu ne pourra jamais invoquer la protection des droits enchâssés à l'alinéa 10b). Je conviens toutefois avec le juge en chef Thurlow: ce sont les circonstances qui existent dans chaque cas qui déterminent si ce droit absolu existe. En l'espèce, je suis convaincu que le requérant connaissait parfaitement les raisons du transfèrement et qu'il était capable de réfuter sérieusement les preuves présentées contre lui. On lui a amplement donné l'occasion de faire convenablement valoir son point de vue, ce qu'il a d'ailleurs fait. L'absence d'un avocat n'a pas entravé le requérant dans l'exposé de son point de vue. Compte tenu des faits existant en l'espèce et de l'urgence de la situation, le refus de permettre au requérant de recourir à l'assistance d'un avocat n'a pas constitué un manquement à un devoir quelconque des autorités carcérales d'agir équitablement et il n'a pas non plus été contraire aux droits que la Charte garantit au requérant.

Enfin, la preuve n'appuie pas l'affirmation du requérant selon laquelle il y a eu délégation irrégulière de pouvoirs au Comité régional des transfèrements pour ce qui est de la décision de le transférer. Selon la Directive du commissaire 540, c'est au sous-commissaire régional, au sous-commissaire adjoint, Opérations, et à l'administrateur régional des Opérations communautaires et institutionnelles qu'il appartient d'approuver les transfèrements à l'intérieur d'une région. C'est M. Linklater, en sa qualité de sous-commissaire adjoint par intérim, Opérations, après examen des preuves portées à sa connaissance, y compris les observations écrites du requérant, qui a approuvé le transfèrement de ce dernier. Il n'y a donc pas eu délégation irrégulière de pouvoirs au Comité régional des transfèrements.

Pour tous ces motifs, je ne puis conclure que les intimés n'ont pas respecté leur obligation d'agir équitablement ni que leurs actions ont violé des droits quelconques que la Charte garantit au requérant. La requête est par conséquent rejetée avec dépens.

Les motifs de l'ordonnance écrits dans le cas du requérant Christopher Williams, n° du greffe T-1505-90, s'appliquent également aux requérants suivants: Harold Dubarry, T-1506-90; Ken McIntyre, T-1507-90; Arthur Winters, T-1508-90; et

Eugene Campbell, T-1509-90. It should be noted that though there may be slight discrepancies in the facts in each file, the principles challenged were the same.

Eugene Campbell, T-1509-90. Il convient de signaler que malgré les légers écarts éventuels quant aux faits dans chacune de ces affaires, les principes contestés sont les mêmes.

A-60-89

A-60-89

Armando Almeida and Frank Capizzo (*Applicants*)

Armando Almeida et Frank Capizzo (*requérants*)

v.

^a c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by Treasury Board (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine du Chef du Canada représentée par le Conseil du Trésor (*intimée*)

INDEXED AS: ALMEIDA v. CANADA (TREASURY BOARD) (C.A.)

^b RÉPERTORIÉ: ALMEIDA c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Heald and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, September 6 and October 12, 1990.

Cour d'appel, juges Pratte, Heald et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 6 septembre et 12 octobre 1990.

Public Service — Labour relations — Customs inspectors suspended for refusing requests to remove Union buttons from uniforms — Written reprimand issued later — Grievance under Public Service Staff Relations Act, s. 92(1)(b) dismissed — Whether Adjudicator erred in declining to review propriety of written reprimands and in failing to hold wearing of buttons constituted legitimate union activity protected by ss. 6 and 8 — Buttons supporting controversial bill introduced in Parliament — Wearing buttons could draw grievors into public debate — Important customs inspectors, as peace officers, exude appearance of authority — Whether Quan v. Canada (Treasury Board), upholding right of employees to wear union buttons at work, applicable to instant case.

^c *Fonction publique — Relations du travail — Des inspecteurs des douanes ont fait l'objet d'une suspension pour avoir refusé d'obtempérer à des demandes d'enlever des macarons syndicaux de leurs uniformes — Une réprimande écrite a été adressée par la suite — Le grief, fondé sur l'art. 92(1)(b) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, a été rejeté — L'arbitre a-t-il commis une erreur en refusant d'examiner le bien-fondé des réprimandes écrites et en ne statuant pas que le port des macarons constituait une activité syndicale légitime dont l'exercice était garanti par les art. 6 et 8? — Les macarons permettaient d'exprimer l'appui à un projet de loi controversé déposé devant le Parlement — Le port des macarons aurait pu entraîner les employés s'estimant lésés dans un débat public — Il est important que les inspecteurs des douanes, à titre d'agents de la paix, inspirent autorité et contrôle — L'arrêt Quan c. Canada (Conseil du Trésor), qui confirme le droit des employés de porter des macarons syndicaux au travail s'applique-t-il en l'espèce?*

This was an application to review and set aside the dismissal of a grievance by the Public Service Staff Relations Board. The applicants were uniformed customs inspectors at Pearson International Airport in Toronto. They were briefly suspended for refusing to remove from their uniforms buttons bearing their Union logo and the words "Keep our customs inspectors" and "KEEP OUT DRUGS & PORNO". Wearing of such buttons contravened the employer's dress code. A written reprimand was subsequently issued. The applicants grieved pursuant to *Public Service Staff Relations Act*, paragraph 92(1)(b), which permits adjudication of grievances involving "disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty". In dismissing the grievance, the Adjudicator held that while he had jurisdiction to review the suspension, he lacked jurisdiction to review the propriety of the written reprimand. He held that the buttons conveyed two messages: (1) that there was a fear of cutbacks and (2) that the person wearing the button was against the importation of drugs and pornography. The inference was that the greater the number of customs inspectors, the less likely would be the availability of drugs and pornography through undetected importation. He found that the message was not offensive to most travellers, but had the potential for bringing the operations of the employer into public debate. The buttons showed support for controversial proposed legislation increasing criminal sanctions against drugs and pornography. The issues were whether the Adjudicator erred in (1) declining

^d ^e ^f ^g ^h ⁱ ^j Il s'agit d'une demande visant à réviser et à annuler le rejet d'un grief prononcé par la Commission des relations de travail dans la fonction publique. Les requérants étaient inspecteurs des douanes en uniforme à l'aéroport international Pearson à Toronto. Ils ont fait l'objet d'une courte suspension pour avoir refusé d'enlever de leur uniforme des macarons sur lesquels figuraient l'emblème de leur syndicat et les mots «Keep our customs inspectors» (Gardons nos inspecteurs des douanes) et «KEEP OUT DRUGS & PORNO» (empêchons l'entrée de la drogue et de la porno). Le port de ces macarons enfreignait le code vestimentaire de l'employeur. Une réprimande écrite a été adressée par la suite. Les requérants ont présenté des griefs conformément à l'alinéa 92(1)(b) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, qui autorise l'arbitrage des griefs portant sur «une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire». En rejetant le grief, l'arbitre a statué que même s'il avait compétence pour réviser la suspension, il n'avait pas la compétence voulue pour examiner le bien-fondé de la réprimande écrite. Il a statué que les macarons servaient à communiquer deux messages: (1) que l'on craignait la réduction des effectifs et (2) que quiconque portait ce macaron était contre l'importation de drogues et de matériel pornographique. Ce message sous-entendait que, plus il y aurait d'inspecteurs des douanes, moins il y aurait de drogues et de matériel pornographique importés illégalement. Il a conclu que la plupart des voyageurs ne seraient pas offensés

to review the propriety of the written reprimands, and (2) failing to find that the wearing of the buttons constituted a legitimate union activity protected by sections 6 and 8 of the *Public Service Staff Relations Act*. The employer argued that the written reprimand could not be grieved under paragraph 92(1)(b) since it did not result in suspension, discharge or financial penalty. The applicants relied upon *Quan v. Canada (Treasury Board)*, [1990] 2 F.C. 191 (C.A.) (wherein non-uniformed employees wore buttons proclaiming "I'm on Strike Alert" during contract negotiations) for the proposition that employees have the right to wear union buttons at work unless the employer can establish that such activity has a detrimental effect on his capacity to manage or on his operations.

Held (MacGuigan J.A. dissenting), the application should be dismissed.

Per Pratte J.A.: The principle established by *Quan* does not apply where the message on the button is unrelated to the bargaining process. Then the only requirement is that the employer not act capriciously.

Per Heald J.A.: *Quan* should be distinguished. (1) Customs inspectors are peace officers charged with upholding and enforcing customs and excise laws. The appearance of authority and control must not be diminished or subject to debate by the general public. The requirement that they wear uniforms while on duty is thus justified. (2) The grievors in *Quan* did not act in an insubordinate fashion, unlike the applicants herein who repeatedly refused to remove the buttons. (3) The buttons in *Quan* contained neutral words. They were "neither insulting nor flattering nor critical of the employer." The messages on the buttons herein were not neutral as they supported controversial proposed legislation. Wearing the buttons while on duty presented a potential for involving the employer in public confrontation or debate.

Per MacGuigan J.A. (dissenting): The buttons' message linking government policy, which would appear to require more rather than less customs scrutiny, to the perceived threat to the employment of union members, was inherently related to union business. *Quan* cannot be limited to the issue of interpretation of the collective agreement, and the principles therein apply here. Section 6 of the *Public Service Staff Relations Act* governs.

There is no requirement in *Quan* that the message on a button be neutral. It may be quite pointed, provided that it is not detrimental to the employer.

par le message, mais que celui-ci risquait de provoquer un débat public sur les opérations de l'employeur. Les macarons permettaient d'exprimer l'appui à un projet de loi controversé qui visait à augmenter les sanctions pénales dans la lutte contre la drogue et la pornographie. Les questions litigieuses consistaient à savoir si l'arbitre avait commis une erreur (1) en refusant d'examiner le bien-fondé des réprimandes écrites et (2) en ne statuant pas que le port des macarons constituait une activité syndicale légitime dont l'exercice était garanti par les articles 6 et 8 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. L'employeur a soutenu que la réprimande écrite ne pouvait pas faire l'objet d'un grief fondé sur l'alinéa 92(1)(b) puisqu'elle n'avait pas entraîné le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire. Les requérants ont invoqué l'arrêt *Quan c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1990] 2 C.F. 191 (C.A.) (où il était question d'employés en civil qui avaient porté des macarons sur lesquels il était écrit, «je suis en état d'alerte à la grève» pendant les négociations de leur convention collective) au soutien de la thèse selon laquelle les employés ont le droit de porter des macarons syndicaux au travail à moins que l'employeur puisse démontrer qu'une telle activité nuit à sa capacité de gérer ou à ses opérations.

Arrêt: (le juge MacGuigan, J.C.A., dissident), l'appel devrait être rejeté.

Le juge Pratte, J.C.A.: Le principe posé dans l'arrêt *Quan* ne s'applique pas lorsque le message qui figure sur le macaron ne se rapporte pas au processus de négociation. Dans un tel cas, il incombe seulement à l'employeur de ne pas agir arbitrairement.

Le juge Heald, J.C.A.: Il y a lieu de faire une distinction avec l'arrêt *Quan*. (1) Les inspecteurs des douanes sont des agents de la paix chargés d'appliquer et de faire respecter les lois en matière de douanes et d'accise. L'autorité et le contrôle qu'ils inspirent ne doit pas se dégrader ou se prêter à des discussions de la part du grand public. Il est donc justifié qu'ils soient tenus de porter des uniformes au travail. (2) Les employés s'estimant lésés dans l'affaire *Quan* n'avaient pas fait preuve d'insubordination, contrairement aux requérants en l'espèce, qui ont refusé à maintes reprises d'enlever les macarons. (3) Les macarons dans l'affaire *Quan* renfermaient un message neutre. Ils «n'insultaient ni ne flattaient l'employeur ni n'étaient critiques à son endroit». Les messages des macarons en l'espèce n'étaient pas neutres puisqu'ils exprimaient l'appui à un projet de loi controversé. Le port des macarons au travail risquait d'entraîner l'employeur dans une confrontation ou un débat public.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (*dissident*): Le message des macarons établissant un lien entre la politique du gouvernement, qui favorisait de toute évidence une vigilance accrue aux douanes plutôt qu'un relâchement de celle-ci, et ce qui était perçu comme une menace contre les emplois des membres du syndicat, avait un rapport inhérent avec les affaires syndicales. La portée de l'arrêt *Quan* ne se limite pas à une question d'interprétation de la convention collective, si bien que les principes qui y sont exposés s'appliquent en l'espèce. L'article 6 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* régit la présente affaire.

Conformément à l'arrêt *Quan*, il n'est nullement nécessaire que le message du macaron soit neutre. Il peut être tout à fait lourd de sens pourvu qu'il ne nuise pas à l'employeur.

This case should not be distinguished from *Quan* on the basis of the requirement that customs inspectors wear a uniform. The wearing of a uniform is but one factor to be considered in determining whether the employer can establish that the employee's conduct is detrimental to its reputation or operations.

The Adjudicator erred in considering whether the buttons' message "would not or could not possibly have evoked comments or debate from passersby" once he had found that it was not offensive to most travellers. He should not have further considered the issue of harm and he should have required evidence of at least a real or serious possibility of harm to the employer.

The statement "KEEP OUT DRUGS & PORNO", which the Adjudicator found harmful, was nothing more than a direct reference to the Government's own policy and Bill. A supporting reference by employees is not detrimental to an employer's interests. An employer's discomfort in having such questions raised in public is secondary to employees' freedom to express their concern about workplace issues. Once an employee establishes that the message represents a valid concern of his employee organization, the onus shifts to the employer to show a serious possibility of prejudicial effect. This balancing of interests contains a slight weighting in favour of labour relations expression.

The Adjudicator also erred in denying the grievances in relation to the written reprimands. He erred in separating the employer's disciplinary action into adjudicable and non-adjudicable components. While paragraph 92(1)(b) may deny adjudication with respect to grievances relating only to written reprimands, it does not do so when the written reprimands are part of a disciplinary action which results in suspension, merely because the suspension occurs first and the reprimands a few days later. Labour relations considerations require the adjudicatorial consideration of the two forms of discipline in such situations. The formal reprimand was intended as a written explanation of the events, supplemented by the threat of more severe disciplinary action in the event of repetition. It was the final stage of management's response to the button-wearing which precipitated the suspension, and fell within the Adjudicator's jurisdiction.

Il n'y a pas lieu de faire une distinction entre la présente affaire et l'arrêt *Quan* du fait que les inspecteurs des douanes sont tenus de porter un uniforme. Le fait de porter un uniforme ne constitue qu'un des facteurs dont il faut tenir compte pour décider si l'employeur peut établir que la conduite de l'employé nuit à sa réputation ou à ses opérations.

L'arbitre a commis une erreur dans la mesure où il s'est demandé si le message du macaron «n'aurait pas évoqué des commentaires ou suscité des débats parmi les passants» après avoir conclu que la plupart des voyageurs n'en seraient pas offensés. Il n'aurait pas dû étudier davantage la question du préjudice que pouvaient causer les macarons et il aurait dû exiger que l'on prouve, à tout le moins, la possibilité réelle ou sérieuse qu'un préjudice pouvait être causé à l'employeur.

L'énoncé «KEEP OUT DRUGS & PORNO» (empêchons l'entrée de la drogue et de la porno), jugé nuisible par l'arbitre, renvoyait, à toutes fins utiles, à la propre politique et au propre projet de loi du gouvernement. En exprimant leur appui à son égard, les employés ne causent pas de tort aux intérêts de l'employeur. La réticence qu'éprouve l'employeur à ce que ces questions soient contestées sur la place publique doit céder le pas à la liberté des employés d'exprimer leurs préoccupations vis-à-vis de questions qui se rapportent à leurs conditions de travail. Une fois que l'employé a démontré que le message exprime une préoccupation valide de son organisation syndicale, il incombe alors à l'employeur de prouver la possibilité sérieuse d'un effet nuisible. Il y a lieu, en soupesant ainsi les intérêts en jeu, de privilégier légèrement le droit des employés d'exprimer leurs vues au sujet des relations du travail.

L'arbitre a également commis une erreur en rejetant les griefs relativement aux réprimandes écrites. Il a commis une erreur en divisant la mesure disciplinaire de l'employeur en éléments susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage et ceux qui ne le sont pas. Bien que l'alinéa 92(1)(b) puisse avoir pour effet d'empêcher que les griefs qui se rapportent seulement aux réprimandes écrites soient renvoyés à l'arbitrage, il n'en est pas ainsi lorsque les réprimandes écrites font partie d'une mesure disciplinaire qui entraîne la suspension, simplement parce que la suspension se produit d'abord et que les réprimandes sont données quelques jours plus tard. Sur le plan des relations du travail, il existe des considérations qui font en sorte que les deux mesures disciplinaires imposées en l'espèce doivent faire l'objet d'un arbitrage. En adressant cette réprimande officielle, l'employeur voulait fournir une explication par écrit des événements. Il menaçait également de prendre des mesures disciplinaires plus graves en cas de récidive. Il s'agissait de l'étape finale de la réaction de la direction à l'égard du geste qui a donné lieu à la suspension, soit le fait d'avoir porté un macaron, si bien qu'elle était du ressort de l'arbitre.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 6, 8, 91, 92(1)(b).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 6, 8, 91, 92(1)(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Boulis v. Minister of Manpower and Immigration, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216.

DISTINGUISHED:

Quan v. Canada (Treasury Board); Canada (Attorney General) v. Bodkin, [1990] 2 F.C. 191; (1990), 107 N.R. 147 (C.A.).

CONSIDERED:

Re Canada Post Corp. and Canadian Union of Postal Workers (1986), 26 L.A.C. (3d) 58; *Re Air Canada and Canadian Air Line Employees' Assoc.* (1985), 19 L.A.C. (3d) 23; *Re The Crown in right of Ontario (Ministry of Solicitor-General) and Ontario Public Service Employees Union (Polfer)* (1986), 23 L.A.C. (3d) 289; *Baril v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 F.C. 55; (1979), 106 D.L.R. (3d) 79; 36 N.R. 587 (C.A.).

COUNSEL:

Andrew J. Raven for applicants.
Harvey A. Newman for respondent.

SOLICITORS:

Soloway, Wright, Greenberg, Morin, Ottawa, for applicants.
Treasury Board, Legal Services, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J.A.: I agree with Mr. Justice Heald and only wish to add a few words of my own.

The applicants' counsel's argument is entirely based on the decision of this Court in *Quan*¹ which, he says, established two principles, namely:

(1) the wearing of a union button by a unionized employee is a union activity within the meaning of section 6 of the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C., 1985, c. P-35], and

(2) the employer may not forbid his employees to wear a union button during working hours unless he can establish that such an activity has a detrimental effect on his capacity to manage or on his operations.

¹ *Quan v. Canada (Treasury Board)*, [1990] 2 F.C. 191 (C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Boulis c. Ministre de la Main d'œuvre et de l'Immigration, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Quan c. Canada (Conseil du Trésor); Canada (Procureur général) c. Bodkin, [1990] 2 C.F. 191; (1990), 107 N.R. 147 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Re Canada Post Corp. and Canadian Union of Postal Workers (1986), 26 L.A.C. (3d) 58; *Re Air Canada and Canadian Air Line Employees' Assoc.* (1985), 19 L.A.C. (3d) 23; *Re The Crown in right of Ontario (Ministry of Solicitor-General) and Ontario Public Service Employees Union (Polfer)* (1986), 23 L.A.C. (3d) 289; *Baril c. Le procureur général du Canada*, [1980] 1 C.F. 55; (1979), 106 D.L.R. (3d) 79; 36 N.R. 587 (C.A.).

AVOCATS:

Andrew J. Raven pour les requérants.
Harvey A. Newman pour l'intimée.

PROCUREURS:

Soloway, Wright, Greenberg, Morin, Ottawa, pour les requérants.
Conseil du Trésor, Services juridiques, Ottawa, pour l'intimée.

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

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris aux motifs de M. le juge Heald et voudrais seulement ajouter quelques commentaires.

Le plaidoyer de l'avocat des requérants est entièrement fondé sur l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Quan*¹. Selon lui, cet arrêt a posé les deux principes suivants:

(1) le port d'un macaron syndical par un employé syndiqué constitue une activité syndicale visée à l'article 6 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), chap. P-35];

(2) l'employeur ne peut interdire à ses employés de porter un macaron syndical pendant les heures de travail à moins qu'il ne puisse établir qu'une telle activité nuit à sa capacité de gérer ou à ses opérations.

¹ *Quan c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1990] 2 C.F. 191 (C.A.).

As, in this case, there was, according to the applicants' counsel, no evidence of such a detrimental effect, he concludes that the Adjudicator erred in deciding that the applicants' employer had the right to require that the applicants remove the union button that they were wearing.

In my view, the applicants misconstrue the second principle established by *Quan*. That principle cannot be applied without regard to the nature of the message conveyed by the union button worn by the employees. In *Quan* that message was simply that the employee wearing the button was "on strike alert". The message was, therefore, directly related to the collective bargaining process as it is regulated by the legislation. In such a case, it is reasonable to say that the employer cannot prevent the employees from wearing the union button during working hours unless he is able to demonstrate that such an activity will have a prejudicial effect on his operations. The situation is different, however, when, as is the case here, the message conveyed by the union button is in no way related to bargaining process. Then, the second principle established by *Quan* does not apply and all that can be required of the employer is that he must not act capriciously. For instance, an employer would have the right to object, without having to prove any detrimental effect, to the wearing by his employees during working hours of union buttons manifesting their opposition to some proposed piece of legislation that the employer may happen to support. Otherwise, the employer would, in a sense, be forced to collaborate to the dissemination of ideas of which he disapproves.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.A.: This is a section 28 application to review and set aside a decision rendered by Roger Young, a member of the Public Service Staff Relations Board (the Adjudicator) respecting a grievance presented by each of the applicants pursuant to the provisions of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.

Selon l'avocat des requérants, aucune preuve en l'espèce ne permettrait d'établir l'existence d'un tel effet nuisible. Il conclut donc que l'arbitre aurait commis une erreur en statuant que l'employeur des requérants avait le droit d'obliger ceux-ci à enlever le macaron syndical qu'ils portaient.

À mon avis, les requérants interprètent mal le second principe posé dans l'arrêt *Quan*. Ce principe ne peut être appliqué sans égard à la nature du message exprimé par le macaron syndical que portent les employés. Dans l'affaire *Quan*, le macaron indiquait simplement que l'employé qui le portait était «en état d'alerte à la grève». Par conséquent, le message du macaron se rapportait directement au processus de négociation collective tel qu'il est régi par la loi. Dans un tel cas, l'on peut raisonnablement affirmer que l'employeur ne saurait empêcher ses employés de porter le macaron syndical pendant les heures de travail, à moins qu'il ne puisse démontrer qu'une telle activité nuira à ses opérations. Cependant, le cas est différent, lorsque, comme en l'espèce, le message exprimé par le macaron syndical n'a aucun rapport avec le processus de négociation. Dans ce cas, le second principe posé dans l'arrêt *Quan* ne s'applique pas, et il incombe seulement à l'employeur de ne pas agir arbitrairement. Par exemple, un employeur aurait le droit de s'opposer à ce que ses employés portent, pendant les heures de travail, des macarons syndicaux par lesquels ils manifestent leur désaccord à l'encontre d'un projet de loi qui jouit de la faveur de l'employeur, sans que celui-ci n'ait à prouver que ce geste est nuisible. Autrement, l'employeur serait en quelque sorte contraint de collaborer à la diffusion d'idées avec lesquelles il est en désaccord.

* * *

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Il s'agit d'une demande de révision et d'annulation fondée sur l'article 28, à l'encontre de la décision rendue par Roger Young, un membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (l'arbitre) à l'égard d'un grief présenté par chacun des requérants, en vertu des dispositions de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35.

The relevant facts are undisputed and may be shortly stated. During the material times, each of the applicants were employed as Customs Inspectors, PM-1, with the Customs and Excise Branch of Revenue Canada at Pearson International Airport in Toronto. During working hours they were required to wear Customs and Excise uniforms. At all relevant times, the Customs and Excise Branch had in place a Code of Conduct and Appearance (Exhibit 1). This Code was not a negotiated standard of discipline forming a part of a collective agreement but was, rather, a unilaterally imposed departmental policy. The relevant portion of article 54 of the Code reads:

54. ...

(f) **Uniformed Employees**

(1) Uniformed employees of Customs and Excise have a particular responsibility for maintaining a good appearance, since their uniforms foster immediate recognition, by the public, of an official representative of the Federal Government. The appearance of a Customs Inspector constantly dealing with the public may enhance, or alternatively detract from, not only the image of the Department, but also that of Canada.

(2) Accordingly, where a uniform is supplied, it shall be worn in its entirety, complete in all details, and devoid of ornaments which are not a part of the uniform. Uniformed employees are responsible for maintaining their uniforms in a clean, neat and well-pressed state.

On January 31, 1986, the applicants wore a non-issue button on their uniform shirts while working their afternoon shift. These buttons were rectangular in shape and were approximately 1 3/4 inches high by 2 3/4 inches wide. They were of three colours: red, white and blue. The top third of the button had a red background overprinted with the message "Keep our customs inspectors" in white. The bottom two-thirds had a white background overprinted with the message "KEEP OUT DRUGS & PORNO" in heavy blue capitals but for the ampersand which was in red. To the right side of the button, midway between top and bottom was situated the three-colour crest or logo of the Customs and Excise Union, 3/4 of an inch in diameter. The applicants were asked by management officials to remove the buttons. Their reply was to the effect that they would only comply upon confirmation in writing of the request. A repeated oral request to remove the buttons was then made. The applicants continued to refuse to remove them whereupon the applicants were suspended without

Les faits pertinents ne sont pas contestés et peuvent être exposés brièvement. En tout état de cause, chacun des requérants était employé comme inspecteur des douanes, PM-1, à Revenu Canada-Douanes et Accise, à l'aéroport international Pearson de Toronto. Pendant les heures de travail, ils étaient tenus de porter l'uniforme de Douanes et Accise. Pendant toute l'époque en cause, les employés de Douanes et Accise étaient soumis à un Code de Conduite et d'Apparence (Pièce 1). Ce code n'était pas une norme de discipline négociée faisant partie d'une convention collective. Il représentait plutôt une politique que le Ministère avait imposée unilatéralement. Les dispositions pertinentes de l'article 54 du Code prévoient ce qui suit:

54. ...

f) **Employés vêtus d'un uniforme**

1) Lorsque les employés des Douanes et de l'Accise portent leur uniforme, ils se doivent d'arborer une tenue soignée parce que leurs uniformes permettent au public de les identifier aussitôt comme représentants officiels du gouvernement fédéral. L'apparence d'un agent des Douanes qui travaille constamment auprès du public peut aussi bien rehausser que détruire non seulement l'image du Ministère, mais également celle du Canada.

2) Par conséquent, l'employé à qui le Ministère fournit un uniforme doit le porter intégralement sans ajouter d'article qui ne serait pas réglementaire. Les employés vêtus d'un uniforme sont tenus de l'entretenir c'est-à-dire de voir à ce qu'il soit nettoyé, réparé et pressé.

Le 31 janvier 1986, les requérants arboreraient un macaron non réglementaire à la chemise de leur uniforme pendant leurs heures de travail, l'après-midi. Ces macarons étaient de forme rectangulaire et mesuraient environ un pouce et trois-quarts de haut sur deux pouces trois-quart de large. Ils étaient de trois couleurs: rouge, blanc et bleu. La partie du haut—qui occupait le tiers du macaron—avait un fond rouge sur lequel était inscrit en blanc le message «*Keep our customs inspectors*» (Gardons nos inspecteurs des douanes). La partie du bas avait un fond blanc sur lequel figurait le message «*KEEP OUT DRUGS & PORNO*» (empêchons l'entrée de la drogue et de la porno) imprimé en majuscules bleu foncé, sauf pour la perluète qui était rouge. Du côté droit du macaron, à mi-hauteur, se trouvait l'emblème à trois couleurs de l'Union Douanes et Accise, qui mesurait trois quarts de pouce de diamètre. Des représentants de la direction ont demandé aux requérants d'enlever les macarons. Ces derniers ont répondu qu'ils obtiendraient à cette demande à la condition

pay and instructed to go home. Subsequently, under date of February 5, 1986, a formal disciplinary reprimand was issued to the applicants. That reprimand stated (Case, at page 002):

As your refusal to comply with a legitimate order from your Superintendent and the Senior Officer constitutes insubordination you are being reprimanded in writing.

On March 5, 1986, the applicants presented grievances pursuant to what is now paragraph 92(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35. That paragraph reads:

92. (1) Where an employee has presented a grievance, up to and including the final level in the grievance process, with respect to

(b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

Adjudicator Young decided that the applicants' grievances should be dismissed. Prior to addressing the merits of the grievances, the Adjudicator ruled on a preliminary issue raised by the employer's counsel. This issue related to the Adjudicator's jurisdiction to address the propriety of the written reprimand given to each applicant. He decided that while he had jurisdiction to review the employer's action in suspending the applicants, he was "without jurisdiction to adjudicate upon the propriety of the written reprimand" (Case at page 083).

Counsel for the applicants asks for judicial review on a twofold basis: firstly, because the Adjudicator erred in law in wrongfully declining jurisdiction to review the propriety of the written reprimands delivered herein; and secondly, because the Adjudicator further erred in law in failing to find that the wearing of the buttons described *supra*, by the applicants constituted a legitimate union activity protected by sections 6 and 8 of the *Public Service Staff Relations Act* and that, there-

qu'elle soit confirmée par écrit. La direction a ensuite réitéré oralement sa demande pour que soient enlevés les macarons. Les requérants ont continué à refuser de les enlever, si bien qu'ils ont fait l'objet d'une suspension sans traitement et ont été renvoyés chez eux. Par la suite, en date du 5 février 1986, une réprimande disciplinaire officielle leur a été adressée. Cette réprimande énonçait (Dossier, à la page 002):

[TRADUCTION] Par votre refus d'obtempérer à un ordre légitime de votre surintendante et du cadre supérieur vous avez fait preuve d'insubordination. En conséquence, la présente réprimande écrite vous est adressée.

Le 5 mars 1986, les requérants ont présenté des griefs en vertu de l'alinéa 92(1)(b) actuel de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35. Cet alinéa dispose:

92. (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, un fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief portant sur:

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

L'arbitre Young a décidé que les griefs des requérants devaient être rejetés. Avant d'entendre les griefs sur le fond, l'arbitre a statué sur une question préliminaire soulevée par l'avocate de l'employeur. Celle-ci prétendait que l'arbitre n'avait pas la compétence voulue pour statuer sur le bien-fondé de la réprimande écrite adressée à chaque requérant. L'arbitre a décidé que même s'il avait la compétence voulue pour réviser la suspension des requérants décrétée par l'employeur, il n'avait «pas compétence pour statuer sur le bien-fondé de la réprimande écrite» (Dossier, à la page 083).

L'avocat des requérants demande que la décision de l'arbitre fasse l'objet d'un contrôle judiciaire pour deux motifs: premièrement, parce que l'arbitre aurait commis une erreur de droit en statuant à tort qu'il n'était pas compétent pour examiner le bien-fondé des réprimandes écrites prononcées en l'espèce et, deuxièmement, parce que l'arbitre aurait commis une autre erreur en ne statuant pas que le fait, pour les requérants, d'avoir porté les macarons susmentionnés, consti-

fore, the employer's disciplinary action was unjustified.²

THE MERITS

On this issue, the applicants rely on this Court's decision in the case of *Quan v. Canada (Treasury Board)*³ and the application therein of the provisions of section 6 of the *Public Service Staff Relations Act*, *supra*, which provides:

6. Every employee may be a member of an employee organization and may participate in the lawful activities of the employee organization of which the employee is a member.

In the submission of counsel, *Quan* stands for the view that the rights afforded to employees pursuant to section 6 *supra*, "ought to be curtailed only in cases where the employer can demonstrate a detrimental effect on its capacity to manage or on its own reputation." In the opinion of counsel, *Quan* establishes that employees have the right to wear buttons and other forms of union insignia while at work unless the employer can establish through evidence, that such activity prejudicially affects the employer's operations. Counsel further submits that:

In each instance, there must be a balancing of the legitimate rights of employees to participate in the lawful activities of their union with the legitimate rights of the employer to ensure that such activities do not result in undue disruption. (Applicant's memorandum of argument, paragraph 22.)

In his submission, the Adjudicator erred in law since there was no evidence establishing prejudicial effect and since he did not appear to balance the rights of the parties.

In so far as the *Quan* decision is concerned, it is an entirely different case from the case at bar. In *Quan*, the employees were in the employ of the Canada Employment and Immigration Commis-

² In their memorandum of fact and law, the applicants have characterized the first issue as a procedural one and the second issue as one going to merits of the application. I will discuss these issues employing the same nomenclature.

³ [1990] 2 F.C. 191 (C.A.).

tuait une activité syndicale légitime dont l'exercice était garanti par les articles 6 et 8 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* et que, par conséquent, la mesure disciplinaire prise a par l'employeur était injustifiée².

LE FOND

En ce qui concerne cette question, les requérants invoquent l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Quan c. Canada (Conseil du Trésor)*³ et l'application, dans cet arrêt, des dispositions de l'article 6 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, précitée, qui prévoit:

6. Un fonctionnaire peut adhérer à une organisation syndicale et participer à l'activité légitime de celle-ci.

Selon l'avocat des requérants, l'arrêt *Quan* pose le principe selon lequel les droits accordés aux employés en vertu de l'article 6, précité, «ne devrai(en)t être restreint(s) que lorsque l'employeur est en mesure de démontrer que cette activité nuit à sa capacité de gérer et qu'elle porte atteinte à sa réputation». L'avocat des requérants prétend que l'arrêt *Quan* sanctionne le droit des employés de porter des macarons et autres types d'insignes syndicales au travail, à moins que l'employeur ne puisse démontrer, par la preuve, qu'une telle activité nuit à ses opérations. L'avocat des requérants prétend en outre que:

[TRAUCTION] Dans chaque cas, il faut soupeser les droits légitimes des employés de participer aux activités légitimes de leur syndicat, d'une part, et les droits légitimes de l'employeur de veiller à ce que de telles activités ne dérangent pas indûment ses opérations, d'autre part. (Exposé du requérant des points à débattre, paragraphe 22.)

Selon lui, l'arbitre a commis une erreur de droit dans la mesure où aucun élément de preuve ne permettait d'établir que l'activité en cause nuisait aux opérations de l'employeur et où il n'a pas semblé soupeser les droits respectifs des parties.

Les circonstances de l'arrêt *Quan* sont tout à fait différentes de celles en l'espèce. L'affaire *Quan* concernait des employés à l'emploi de la Commission de l'emploi et de l'immigration du

² Dans leur exposé des faits et du droit, les requérants ont assimilé la première question à une question de procédure et la seconde question à une question relative au fond de la demande. J'aborderai ces questions en employant cette même terminologie.

³ [1990] 2 C.F. 191 (C.A.).

sion. There was no requirement that they wear uniforms while on duty. During the course of contract negotiations, employees wore buttons on which was printed "I'm on strike alert". The evidence was to the effect that the buttons were worn to promote union solidarity relating to perceived delays in the negotiations for a renewed collective agreement. Chief Justice Iacobucci, speaking for the Court, adopted the reasoning of the Board, in a companion case, *Canada (Attorney General) v. Bodkin* [[1990] 2 F.C. 191]. At page 196 of the report, the Board decision quoted proceeds to analyze the message which the button in the case carried:

"In so doing, my premise has been that the employer should not have to tolerate during working hours statements that are derogatory or damaging to its reputation or detrimental to its operations. It follows that there is a subjective element in deciding whether a union button exceeds the permissible limits. I have considered the message contained on the button, 'I'm on Strike Alert' and it is my conclusion that those words do not in any way impinge on the employer's authority, nor can they be qualified as damaging to the employer's reputation. Also, I fail to see how, they can be detrimental to the employer's operations. In my view, the words 'I'm on Strike Alert' are neutral in that they are neither insulting nor flattering nor critical of the employer. They constitute a statement of fact. My own understanding of those words is that the employees are contemplating the possibility of a strike. I fail to see how by communicating this possibility to the public, an employee is affecting the employer's operations."

In the case at bar, the Adjudicator summarized the evidence of Mr. Burns, the Chief of Shift Passenger Operations (at pages 4-5 of the PSSRB decision, files no. 166-2-17058 and 17059):

Burns viewed the buttons as unprofessional. He felt they could elicit public comment and disrespect. Burns believed that the buttons invited a dialogue and debate with members of the travelling public. He also believed that the wearing of them constituted the conducting of union business on the employer's premises.

The Adjudicator added (at page 5 PSSRB):

Management believed that the buttons were part of a campaign by the union to fight threats of reduced staffing policies rumoured to be contemplated by the government. The union had been arguing that fewer employees would result in less vigilance leading to an increase in the importation of drugs and pornography. Burns stated that he advised the grievors that the buttons were inappropriate and unauthorized. He asked the men three times to remove them. When they refused, Burns pointed out that they were being insubordinate. He advised the

Canada. Ces employés n'étaient pas tenus de porter un uniforme au travail. Au cours des négociations de leur convention collective, les employés ont porté des macarons sur lesquels il était écrit «Je suis en état d'alerte à la grève». On a témoigné que le port du macaron visait à promouvoir la solidarité syndicale face à ce que l'on considérait comme un «piétinement» des négociations pour le renouvellement d'une convention collective. Le juge en chef Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour, a entériné le raisonnement suivi par la Commission dans une affaire connexe, *Canada (Procureur général) c. Bodkin* [[1990] 2 C.F. 191]. À la page 196 du recueil, le juge cite un passage de la décision de la Commission où celle-ci analyse le message que contenait le macaron en l'espèce:

«Au départ, l'employeur ne devrait pas être obligé de tolérer pendant les heures de travail des affirmations qui sont dénigrantes à son égard, portent atteinte à sa réputation ou nuisent à ses opérations. Il s'ensuit qu'on pose un jugement en partie subjectif lorsqu'on doit décider si un macaron syndical excède les limites permises. En l'occurrence, le message "Je suis en état d'alerte à la grève", à mon avis, n'attaque nullement l'autorité de l'employeur, ni ne porte atteinte à la réputation de celui-ci. D'autre part, je ne vois pas comment il pourrait nuire aux opérations de l'employeur. Il s'agit, selon moi, d'un message neutre qui n'insulte ni ne flatte l'employeur, ni n'est critique à son endroit. C'est l'énoncé d'une réalité, rien de plus. Ce macaron, d'après moi, dit simplement que les fonctionnaires envisagent de faire la grève. Je conçois difficilement qu'un fonctionnaire, en communiquant cette possibilité au public, puisse nuire aux opérations de l'employeur.»

Dans l'affaire dont nous sommes saisis, l'arbitre a résumé la preuve présentée par M. Burns, le chef des Services-Passagers (à la page 5 de la décision de la CRTFP, dossiers n^{os} 166-2-17058 et 17059):

M. Burns considérait les macarons comme projetant une image non professionnelle. Il estimait qu'ils pouvaient susciter des commentaires du public et un manque de respect envers les employés. Selon lui, les insignes invitaient les voyageurs à amorcer un dialogue et un débat. Il était par ailleurs d'avis que le port des insignes constituait une activité syndicale menée sur la propriété de l'employeur.

L'arbitre a ajouté (à la page 6 CRTFP):

La direction était d'avis que les insignes faisaient partie d'une campagne menée par le syndicat contre la politique de réduction des effectifs envisagée, selon la rumeur, par le gouvernement. Le syndicat soutenait que les réductions entraîneraient une moins grande vigilance, ce qui aurait pour conséquence de favoriser une importation accrue de drogues et de matériel pornographique. M. Burns a déclaré avoir dit aux employés s'estimant lésés que les insignes étaient déplacés et non autorisés. Il leur a dit trois fois de les enlever. Devant leur

men that discipline could result and that they would not be permitted to complete their shift.

Furthermore, in discussing the requirements of article 54 of the Code of Conduct and Appearance *supra*, the Adjudicator stated [at page 15 PSSRB]:

The authority of the employer to impose such conditions as are found here can not be seriously questioned. This is, after all, an arm of the public service employed to uphold and enforce the customs and excise laws of the nation. Its members are Peace officers; there is very good reason for them to be uniformed, easily recognizable, to exude the appearance of authority and control. It can only be supportive of that role not to have that appearance diminished, or subject to debate or question by the general public.

Thereafter the Adjudicator, in much the same fashion as the Adjudicator in *Bodkin*, *supra* proceeded to analyze the buttons here in issue and to draw certain conclusions therefrom. He said (at pages 15 to 17 PSSRB):

In my view, these statements were meant to convey two clear and distinct but interrelated messages. The first was that there was, indeed, some fear of cutbacks or diminished numbers of Customs staff in the offing; the second was that anyone wearing such a button was obviously against the importation of drugs and pornography. The relationship between the two statements exists through the suggestion that the greater the number of Customs officers available, the less likely will be the availability of drugs and pornography through undetected importation.

The buttons were well and cleverly designed from the point of view of their visual impact. They are not unattractive to the eye. The message is, in all likelihood, not offensive to the vast number either of returning Canadians or visitors to Canada who must pass through Customs inspection. That is not to say that the message necessarily would be viewed favourably by all Canadians or all visitors, nor that it would not or could not possibly have evoked comments or debate from passersby the result of which could have had a negative impact upon the employer's operations.

It was conceded in evidence during this hearing that the introduction and debate of the particular Bill in Parliament which the grievors claim to have been supporting by virtue of their actions in wearing the buttons was not met with unanimous support. Indeed, there were, it was recalled, a number of heated exchanges on its merits both within and without Parliament. This strengthens my conclusion that the wearing of these buttons could well have drawn the grievors into public debate with those who may, for one reason or another, have chosen to take an opposing view. However commendable may have been the sympathies of the grievors, the wearing by them of the buttons in question while on duty and in close contact with the

refus, il leur a fait remarquer qu'ils faisaient preuve d'insubordination. Finalement, il les a avisés que des mesures disciplinaires s'ensuivraient et qu'il leur serait interdit de terminer leur quart.

a En outre, s'exprimant au sujet des exigences de l'article 54 du Code de Conduite et d'Apparence précité, l'arbitre a déclaré [à la page 15 CRTFP]:

On ne peut sérieusement mettre en doute l'autorité de l'employeur d'imposer des conditions comme celles qui sont contenues dans son code de conduite. En effet, il s'agit ici de la division de la Fonction publique chargée de faire respecter les lois du pays en matière de douanes et d'accise. Ses membres sont des agents de la paix; il est tout à fait justifié qu'ils portent l'uniforme, qu'ils soient facilement reconnaissables et que leur apparence inspire autorité et contrôle. Lorsqu'il insiste pour que cette apparence ne se dégrade pas ou ne se prête pas à des discussions ou mises en question de la part du grand public, l'employeur cherche simplement à maintenir l'intégrité de cette fonction publique.

d À peu près comme l'a fait son homologue dans l'affaire *Bodkin*, précité, l'arbitre a ensuite analysé les macarons en cause en l'espèce et a tiré certaines conclusions de cette analyse. Il s'est exprimé en ces termes (aux pages 18 à 20 CRTFP):

e À mon avis, ces énoncés visaient à transmettre deux messages clairs et distincts, mais liés entre eux. Le premier était que l'on craignait, effectivement, la réduction éventuelle des effectifs aux Douanes; le second était que quiconque portait ce macaron était évidemment contre l'importation de drogues et de matériel pornographique. La signification implicite du message global est que plus il y aura d'agents des douanes, moins grande sera la quantité de drogues et de matériel pornographique importés illégalement.

g Les macarons étaient astucieusement conçus et leur impact visuel certain. Ils ne sont pas déplaisants à l'œil. Selon toute probabilité, la vaste majorité des Canadiens revenant au pays ou des visiteurs arrivant au Canada et qui doivent passer aux douanes ne seraient pas offensés par le message. Cela ne veut pas dire que tous les Canadiens ou tous les visiteurs seraient nécessairement favorables à ce message, ni que celui-ci n'aurait pas évoqué des commentaires ou suscité des débats parmi les passants, lesquels auraient pu avoir des répercussions négatives sur les opérations de l'employeur.

i Au moment de la présentation de la preuve, il a été concédé que le projet de loi déposé au Parlement—et auquel les employés prétendent avoir accordé leur appui en portant les macarons en question—n'avait pas fait l'unanimité. On se souviendra, en effet, que le fond de ce projet de loi avait été l'objet de débats animés, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Parlement. Cela renforce ma conclusion selon laquelle le fait de porter ces insignes aurait très bien pu entraîner les employés dans un débat public avec les personnes qui, pour une raison ou pour une autre, n'auraient pas partagé leur point de vue. Aussi louable que l'appui des employés s'estimant lésés eût pu être, le fait qu'ils portaient les macarons en question pendant qu'ils

public held within it the potential for bringing the operations of the employer into public confrontation or debate.

I, therefore, find that it was with valid and reasonable concern that management requested that the grievors remove the offending buttons on the evening in question while at their workplaces on the employer's premises. The grievors were given adequate time to assess their situation and to comply; in fact, management appears to have attempted to handle the situation with a great deal of tact and patience. The grievors refused to comply with management's wishes after several clear and repeated requests. The grievors were informed that failure to comply would cost them the balance of their remaining shift pay.

I find that management was acting properly within the legitimate exercise of its authority in excluding the grievors from the further performance of their duties on the evening in question. Such action did not, in my view, deny the grievors their right to express their personal, political opinions on their own time, nor did it deny the union the opportunity to carry out its lawful activities.

These grievances are hereby denied.

Based on the above excerpts, it is apparent that there are many differences between *Quan* and the case at bar. Firstly, the employees at bar are peace officers whose duty it is to uphold and enforce our customs and excise laws. It is important that they "exude the appearance of authority and control" and that that appearance is not "diminished, or subject to debate or question by the general public." These circumstances provide a justifiable rationale for the requirement that they wear standard uniforms while on duty. It is not apparent that the same rationale would apply to the employees in *Quan*. Secondly, in *Quan* the grievors did not act insubordinately. In the case at bar, the applicants refused several requests to remove the offending button and thus did act in an insubordinate fashion. Thirdly, the buttons in issue in *Quan* contained "neutral words", words which "constitute a statement of fact" and are "neither insulting nor flattering nor critical of the employer."

In contradistinction to *Quan*, there is nothing "neutral" about the messages conveyed by the buttons in this case. As noted by the Adjudicator, this button supports a particular bill introduced in Parliament and that bill was controversial, there

étaient de service et en contact étroit avec le public risquait de provoquer des affrontements ou discussions concernant les opérations de l'employeur.

Je conclus donc que c'est pour un motif valable et raisonnable que la direction a demandé aux employés s'estimant lésés d'enlever les insignes incriminés le soir en question, alors qu'ils étaient au lieu de travail sur la propriété de l'employeur. La direction a accordé aux employés suffisamment de temps pour qu'ils puissent faire le point et se conformer à ses instructions; en fait, elle semble avoir fait face à la situation avec énormément de tact et de patience. Les employés ont refusé de se conformer aux désirs de la direction après plusieurs demandes claires. On les a avisé que, s'ils n'obéissaient pas, ils ne seraient pas rémunérés pour le reste de leur quart.

Je suis d'avis que la direction a exercé légitimement et à bon droit son pouvoir lorsqu'elle a empêché les employés s'estimant lésés de continuer à remplir leurs fonctions le soir en question. Par cette décision, elle ne se trouvait pas à priver les employés de leur droit d'exprimer leurs opinions personnelles ou politiques en dehors des heures de travail, ni à priver le syndicat de la possibilité de mener ses activités légitimes.

Les griefs sont donc rejetés.

Il ressort des passages précités que l'arrêt *Quan* se distingue de la présente affaire à plusieurs égards. Premièrement, les employés en l'espèce sont des agents de la paix, chargés d'appliquer et de faire respecter nos lois en matière de douanes et d'accise. Il est important que l'apparence de ces employés «inspire autorité et contrôle» et qu'elle ne se «dégrade pas ou ne se prête pas à des discussions ou mises en question de la part du grand public». À la lumière de ces circonstances, l'on comprend pourquoi les employés sont tenus de porter des uniformes au travail. Une telle justification ne semble pas exister dans le cas des employés visés dans l'arrêt *Quan*. Deuxièmement, dans l'affaire *Quan*, les employés s'estimant lésés n'avaient pas fait preuve d'insubordination. En l'espèce, les requérants ont refusé d'obtempérer à plusieurs demandes de l'employeur d'enlever le macaron incriminé, si bien qu'ils ont effectivement fait preuve d'insubordination. Troisièmement, les macarons en cause dans l'arrêt *Quan* renfermaient un «message neutre», qui constituait «l'énoncé d'une réalité, rien de plus» qui «n'insult(ait) ni ne flatt(ait) l'employeur ni n'(était) critique à son endroit».

Contrairement aux messages que renfermaient les macarons dans l'affaire *Quan*, les messages des macarons en l'espèce n'ont rien de «neutre». Comme l'a signalé l'arbitre, les employés qui arboraient ce macaron exprimaient leur appui à un

being "a number of heated exchanges" on the merits of the bill. From these factual circumstances, the Adjudicator concluded that the wearing of the buttons "could well have drawn the grievors into public debate". In my view, based on the evidence on this record, I think that the Adjudicator was justified in concluding that the wearing of the buttons on duty presented a potential for involving the employer in public confrontation or debate. In my view, there is no question of an error of law or a perverse finding without regard to the evidence. The Adjudicator found facts and drew inferences from those facts and, in my view, those findings and those inferences were clearly open to him. Likewise, I think that the Adjudicator did balance the legitimate rights and aspirations of the employees with those of the employer. I so conclude because of the comments of the Adjudicator contained in the last two paragraphs of his reasons (at page 17 PSSRB) quoted *supra*. In my view, this passage makes it perfectly clear that the Adjudicator was aware that a balancing of the respective rights was necessary and that he did, in fact, reach his conclusion only after balancing those rights. Accordingly, and for these reasons, I have concluded that the Adjudicator did not commit reviewable error.⁴

THE JURISDICTIONAL ISSUE

In view of my conclusion that the Adjudicator did not commit reviewable error in suspending the applicants, it becomes unnecessary to consider further the submission of error with respect to his refusal to adjudicate upon the propriety of the written reprimands administered to the applicants by the employer.

⁴ In reaching this conclusion, I have kept in mind the views of the Supreme Court of Canada expressed in *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875, at p. 885. In that case Laskin J. (as he then was) enjoined appellate courts not to read the reasons of tribunals of this nature microscopically. Mr. Justice Laskin also said: "it is enough if they show a grasp of the issues that are raised . . . and of the evidence addressed to them, without detailed reference." In my view when the reasons of the Adjudicator are read in their totality, they meet the *Boulis* test.

projet de loi déposé devant le Parlement. Or, ce projet de loi avait été sujet à controverse, et il avait été l'objet «de débats animés» quant au fond. À partir de ces circonstances de fait, l'arbitre a conclu que le fait de porter ces macarons «aurait très bien pu entraîner les employés dans un débat public». À mon avis, d'après les éléments de preuve versés au dossier, c'est à bon droit que l'arbitre a conclu que le port des macarons au travail risquait d'entraîner l'employeur dans une confrontation ou un débat public. À mon avis, il ne saurait être question de taxer l'arbitre d'avoir commis une erreur de droit ou d'être arrivé à une conclusion erronée sans égard à la preuve. L'arbitre a constaté des éléments de fait et en a tiré des conclusions. Aussi, lui était-il tout à fait loisible d'en arriver, selon moi, à ces constatations et à ces conclusions. Pareillement, j'estime que l'arbitre a bel et bien soupesé les droits et les aspirations légitimes des employés par rapport à ceux de l'employeur. J'en arrive à cette conclusion en me fondant sur les commentaires de l'arbitre énoncés dans les deux derniers paragraphes de ses motifs (aux pages 19 et 20 CRTFP), précités. À mon avis, il ressort clairement de ce passage que l'arbitre savait qu'il devait soupeser les droits respectifs des parties et que, de fait, il est arrivé à sa conclusion seulement après l'avoir fait. En conséquence, et pour ces motifs, j'ai conclu que l'arbitre n'a pas commis d'erreur susceptible d'être révisée⁴.

LA COMPÉTENCE DE L'ARBITRE

Puisque j'en suis arrivé à la conclusion que l'arbitre n'a pas commis d'erreur susceptible d'être révisée lorsqu'il a entériné la suspension des requérants, il ne m'est plus nécessaire d'examiner davantage l'argument selon lequel l'arbitre aurait commis une erreur en refusant de statuer sur le bien-fondé des réprimandes écrites que l'employeur a adressées aux requérants.

⁴ Pour arriver à cette conclusion, j'ai gardé à l'esprit les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Boulis c. Ministre de la Main d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875, à la p. 885. Dans cet arrêt, le juge Laskin (alors juge puîné) a invité les cours d'appel à ne pas examiner à la loupe les motifs des tribunaux administratifs. M. le juge Laskin a également affirmé qu'il suffit qu'ils laissent voir une compréhension des questions (soulevées) et de la preuve qui porte sur ces questions, sans mention détaillée. À mon avis, lorsque les motifs de l'arbitre sont lus dans leur ensemble, ils satisfont au critère énoncé dans l'arrêt *Boulis*.

CONCLUSION

For the reasons given herein, I have concluded that the section 28 application should be dismissed.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A. (*dissenting*): The applicants are both uniformed Customs Inspectors at Pearson International Airport in Toronto. They brought grievances under the *Public Service Staff Relations Act* ("the PSSRA" or "the Act") disputing the propriety of disciplinary action taken against them in the form of a brief suspension from the workplace along with a subsequent written reprimand for their alleged breach of the employer's dress code. The breach alleged consisted in their wearing, while on the afternoon shift on January 31, 1986, non-issue buttons on their uniform shirts. The buttons were rectangular in shape, roughly 2 inches by 3 inches in size, bore their union's insignia, and carried the two slogans "Keep our customs inspectors" (lower case in smaller letters) and "KEEP OUT DRUGS & PORNO" (upper case with larger letters).

The two grievances were consolidated at the request of the parties, heard by a member ("the Adjudicator") of the Public Service Staff Relations Board ("the Board"), and denied by the Adjudicator in a decision rendered on January 25, 1989. This application is brought to review and set aside that decision.

I

The relevant parts of the employer's departmental Code of Conduct and Appearance are as follows (at pages 36-38):

APPEARANCE

54. (a) Policy

It is the policy of Customs and Excise that the dress and appearance of its employees will enhance the professional image of the Department and will not be detrimental to employee health and safety, or detract from the work performance of others.

CONCLUSION

Pour les motifs exposés ci-dessus, j'ai conclu que la demande fondée sur l'article 28 devrait être rejetée.

* * *

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A. (*dissident*): Les requérants sont des inspecteurs des douanes en uniforme à l'aéroport international Pearson de Toronto. Ils ont déposé des griefs sous le régime de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* («la LRTFP» ou «la Loi»), griefs par lesquels ils contestaient la mesure disciplinaire prise contre eux sous la forme d'une brève suspension de leurs fonctions et d'une réprimande écrite subséquente pour avoir censément enfreint le code vestimentaire de l'employeur. On leur reprochait d'avoir porté, pendant leurs heures de service, l'après-midi du 31 janvier 1986, des macarons non réglementaires à la chemise de leur uniforme. Les macarons étaient de forme rectangulaire, mesuraient environ deux pouces sur trois pouces et portaient l'emblème de leur syndicat ainsi que deux slogans, «*Keep our customs inspectors*» (Gardons nos inspecteurs des douanes), en lettres minuscules, et «*KEEP OUT DRUGS & PORNO*» (empêchons l'entrée de la drogue et de la porno), en majuscules, plus grosses.

À la demande des parties, les deux griefs ont été réunis. Ils ont été portés devant un membre («l'arbitre») de la Commission des relations de travail dans la fonction publique («la Commission»), qui les a rejetés dans une décision rendue le 25 janvier 1989. La présente demande vise à réviser et annuler cette décision.

I

Les dispositions pertinentes du Code de Conduite et d'Apparence institué par le ministère-employeur se lisent ainsi (aux pages 36 à 38):

TENUE

54. a) Exposé de principe

Pour rencontrer l'objectif des Douanes et Accise, la tenue et l'apparence de ses employés doivent faire ressortir l'aspect professionnel du Ministère. La tenue et l'apparence de l'employé ne doivent porter aucun préju-

(b) Employees' Responsibilities

All employees are expected to be neat, clean and tidy in appearance and to avoid any aspect of appearance that could be detrimental to health and safety, the work performance of others and the public image of the Department.

(f) Uniformed Employees

(1) Uniformed employees of Customs and Excise have a particular responsibility for maintaining a good appearance, since their uniforms foster immediate recognition, by the public, of an official representative of the Federal Government. The appearance of a Customs Inspector constantly dealing with the public may enhance, or alternatively detract from, not only the image of the Department, but also that of Canada.

(2) Accordingly, where a uniform is supplied, it shall be worn in its entirety, complete in all details, and devoid of ornaments which are not a part of the uniform. Uniformed employees are responsible for maintaining their uniforms in a clean, neat and well-pressed state.

DISCIPLINARY ACTION

56. Where employees do not meet the requirements of this Code of Conduct and Appearance, disciplinary action may result. Such managerial action must be corrective rather than punitive with a view to the correction of unacceptable behaviour. This attitude is essential in the encouragement of an employee to develop and display positive attitudes, to improve performance and to motivate an employee to voluntarily abide by the Code of Conduct and Appearance.

57. When disciplinary action is taken, it will vary according to the nature of the misconduct and the employee's record. Where offences of a minor nature are committed for the first time and the employee is otherwise performing satisfactorily, a warning in the form of an oral or written reprimand will normally result and will indicate to the employee the corrective action and improvement that is desired. If the employee's conduct does not improve, then more severe action will be taken such as suspension or ultimately, discharge. Serious offences may result in immediate discharge or lengthy suspensions without pay.

58. Disciplinary action will be taken in accordance with the appropriate Instruments of Delegation of Authority under the Public Service Terms and Conditions of Employment Regulations and with the Departmental Policy on Discipline and Disciplinary Procedure.

The basic right of membership in an employee organization is provided by section 6 of the Act, which reads as follows:

dice à la santé et à la sécurité de l'employé, ni porter atteinte au rendement au travail des autres employés.

b) Responsabilités de l'employé

Tous les employés sont tenus de soigner leur apparence personnelle (simplicité, propreté et bonne tenue) et d'éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la santé et à la sécurité, au rendement au travail des autres employés ainsi qu'à l'image que projette le Ministère vis-à-vis de la population.

f) Employés vêtus d'un uniforme

(1) Lorsque les employés des Douanes et de l'Accise portent leur uniforme, ils se doivent d'arborer une tenue soignée parce que leurs uniformes permettent au public de les identifier aussitôt comme représentants officiels du gouvernement fédéral. L'apparence d'un agent des Douanes qui travaille constamment auprès du public peut aussi bien rehausser que détruire non seulement l'image du Ministère, mais également celle du Canada.

(2) Par conséquent, l'employé à qui le Ministère fournit un uniforme doit le porter intégralement sans ajouter d'article qui ne serait pas réglementaire. Les employés vêtus d'un uniforme sont tenus de l'entretenir, c'est-à-dire de voir à ce qu'il soit nettoyé, réparé et pressé.

e MESURES DISCIPLINAIRES

56. Lorsque les employés enfreignent les présentes normes, des mesures disciplinaires peuvent s'ensuivre. Cependant, les mesures prises par la direction doivent être plutôt positives que répressives et ce, dans le but de corriger un comportement inacceptable. Cette attitude positive s'avère essentielle si l'on veut inciter un employé à mettre en valeur et déployer une disposition d'esprit positive, à améliorer son rendement, et à se conformer de son propre chef aux présentes normes.

57. Lorsqu'il y a lieu de prendre des mesures disciplinaires, la sévérité de ces mesures doit tenir compte de la nature de l'inconduite et des antécédents de l'employé. Lorsque des délits d'ordre mineur sont commis pour la première fois, et que par ailleurs l'employé exerce ses fonctions de façon satisfaisante, il s'ensuivra normalement un avertissement oral ou une réprimande par écrit qui indiquera à l'employé les mesures qu'il doit prendre pour se corriger et l'amélioration qui s'impose. Si la conduite de l'employé ne s'améliore pas, des mesures encore plus sévères doivent alors être prises comme la suspension ou en dernier ressort, le congédiement. Les employés coupables de délits graves sont passibles de congédiement immédiat ou de suspension prolongée sans traitement.

58. Les mesures disciplinaires doivent être prises en conformité avec les mécanismes appropriés de délégation de pouvoir en vertu du Règlement sur les conditions d'emploi dans la Fonction publique et de la politique ministérielle sur la discipline et les procédures disciplinaires.

Le droit essentiel d'adhérer à une organisation syndicale est prévu à l'article 6 de la Loi, qui dispose:

6. Every employee may be a member of an employee organization and may participate in the lawful activities of the employee organization of which the employee is a member.

The employees presented their grievances pursuant to what is now section 91 of the Act and the grievances were referred to arbitration pursuant to what is now section 92. The relevant parts of those sections are as follows:

91. (1) Where any employee feels aggrieved

(a) by the interpretation or application, in respect of the employee, of

(i) a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment, or

(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) as a result of any occurrence or matter affecting the terms and conditions of employment of the employee, other than a provision described in subparagraph (a)(i) or (ii),

in respect of which no administrative procedure for redress is provided in or under an Act of Parliament, the employee is entitled, subject to subsection (2), to present the grievance at each of the levels, up to and including the final level, in the grievance process provided for by this Act.

[Subsection (2) deals with the approval of the bargaining unit.]

92. (1) Where an employee has presented a grievance, up to and including the final level in the grievance process, with respect to

(a) the interpretation or application in respect of the employee of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

[Subsection (2) deals with the approval of the bargaining unit.]

II

At the outset of the hearing before the Board, the employer raised the preliminary objection that the Adjudicator lacked jurisdiction to entertain these grievances, on the ground that the written reprimand was the sum total of the discipline meted out and that it could not be grieved under paragraph

6. Un fonctionnaire peut adhérer à une organisation syndicale et participer à l'activité légitime de celle-ci.

Les employés ont présenté leurs griefs en vertu de l'article 91 actuel de la Loi et ceux-ci ont été renvoyés à l'arbitrage en vertu de l'article 92 actuel. Les dispositions pertinentes de ces articles prévoient:

91. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et si aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d'une loi fédérale, le fonctionnaire a le droit de présenter un grief à tous les paliers de la procédure prévue à cette fin par la présente loi, lorsqu'il s'estime lésé:

a) par l'interprétation ou l'application à son égard:

(i) soit d'une disposition législative, d'un règlement—administratif ou autre—d'une instruction ou d'un autre acte pris par l'employeur concernant les conditions d'emploi,

(ii) soit d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) par suite de tout fait autre que ceux mentionnés aux sous-alinéas a)(i) ou (ii) et portant atteinte à ces conditions d'emploi.

e

[Le paragraphe (2) traite de l'approbation de l'unité de négociation.]

92. (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, un fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief portant sur:

a) l'interprétation ou l'application, à son endroit, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

h

[Le paragraphe (2) traite de l'approbation de l'unité de négociation.]

II

D'entrée de jeu à l'audience devant la Commission, l'employeur a soulevé l'objection préliminaire selon laquelle l'arbitre n'avait pas la compétence voulue pour entendre ces griefs, au motif que la réprimande écrite représentait la seule mesure disciplinaire imposée et qu'elle ne pouvait faire l'objet

91(1)(b) of the Act since it did not result in suspension, discharge or financial penalty.

This argument rests on a particular interpretation of the facts. When the grievors were ordered to remove the offending buttons by their superior, after reflection they took the position that they would comply only if they received such instructions in writing. They were given the choice between removing the buttons, and being refused entry to the workplace and sent home. Before the Adjudicator the employer argued that the loss of wages resulted from the employees' own actions, and not from management's. It was simply a case of "no work, no pay". Management's action, being administrative rather than disciplinary, was argued to be outside an adjudicator's scope of review.

The Adjudicator's decision on this preliminary objection was as follows (at pages 12-14 PSSRB):

I am of the opinion that, with respect to the preliminary objection, I ought to conclude that I have jurisdiction to hear and determine at least a portion of this matter. Given the recent decision of the Federal Court of Appeal in the case of *Stefan Wodolawsky et l'Office national du Film* (Court File A-553-88) and the thrust of an earlier decision of that Court in *Massip v. Canada* (1985) 61 N.R. 114, I do not believe that the loss of work, and therefore pay, for the balance of the grievors' shifts on 31 January 1986, can be said to be either the result of a simple administrative action or a "no work, no pay" situation.

The grievors were clearly contesting a managerial guideline designed to promote order and decorum in the workplace—i.e. the Code of Conduct. When the grievors' breach of the dress code was brought to its attention, management sought, albeit through a polite personal request, to have the grievors conform to the code. The grievors were asked several times to do so and stated that they would if so ordered in writing. (This demand is rather curious and, had management acceded to it, it would have been rather redundant, since the dress code is already reduced to printed form). However, the grievors did not conform to management's request. As a result they were not permitted to return to their work stations and were sent home for the balance of their shifts. Such action amounts, as I see it, to a suspension.

Such action can only be considered as disciplinary. It was a clear attempt by management to maintain order and control—

d'un grief en vertu de l'alinéa 91(1)(b) de la Loi, puisqu'elle n'avait pas entraîné la suspension, le congédiement ou une sanction financière.

Cet argument repose sur une interprétation particulière des faits. Lorsque leur supérieur leur a ordonné d'enlever les macarons incriminés, les employés s'estimant lésés, ont décidé, après y avoir réfléchi, qu'ils obtempéreraient à cet ordre à la condition de recevoir une confirmation de celui-ci par écrit. On leur a donné le choix d'enlever les macarons ou de se voir refuser l'entrée au lieu de travail et d'être renvoyés chez eux. Devant l'arbitre, l'employeur a soutenu que la perte de salaire subie par les employés était le résultat de leurs propres gestes, et non de ceux de la direction. L'employeur avait simplement appliqué le principe selon lequel l'employé a droit à la rémunération des services qu'il rend. Selon lui, la mesure prise par la direction était d'ordre administratif plutôt que disciplinaire et pour ce motif, elle n'était pas du ressort de l'arbitre.

L'arbitre a statué comme suit sur cette objection préliminaire (aux pages 14 à 16 CRTFP):

En ce qui concerne l'objection préliminaire, je suis d'avis que j'ai compétence pour entendre et trancher au moins une partie de l'affaire qui nous occupe. À la lumière du jugement récent prononcé par la Cour d'appel fédérale dans *Stefan Wodolawsky et l'Office national du Film* (Dossier de la Cour A-553-88) et de la teneur d'une décision antérieure rendue par ce tribunal dans *Massip c. le Canada* (1985) 61 N.R. 114, je ne pense pas qu'on puisse dire que la perte de travail, et donc de salaire, subie par les employés pour le reste de leur quart le 31 janvier 1986 résultait d'une simple décision administrative ou se justifiait par l'application du principe voulant que l'employé ait droit à la rémunération des services qu'il rend.

Les employés se trouvaient clairement à contester une ligne directrice de la direction—le Code de conduite et d'apparence—visant à favoriser l'ordre et une bonne tenue au lieu de travail. Lorsque la violation du code vestimentaire par les employés en cause a été portée à son attention, la direction a tenté, quoiqu'elle l'ait fait poliment et personnellement, d'amener les employés à se conformer au Code. Elle leur a répété cette demande à plusieurs reprises, mais les employés ont répondu qu'ils obéiraient si on leur ordonnait de le faire par écrit. (Cette exigence est plutôt étrange; si la direction y avait acquiescé, l'ordre en question aurait été redondant, puisque le code vestimentaire est déjà un document imprimé.) Comme les employés ne se sont pas conformés à la demande de la direction, on leur a interdit de retourner à leurs postes de travail et ordonné de rentrer chez eux pour le reste de leur quart. Cette mesure équivalait, quant à moi, à une suspension.

Une telle mesure peut être considérée uniquement comme une sanction disciplinaire. C'était une tentative claire de la part

i.e. discipline—in the workplace. Indeed, the dress code itself refers to disciplinary action as a means of enforcement of its provisions. Therefore, I conclude that I have jurisdiction to review that portion of the employer's action—i.e. the suspension. The employer, though, acted in a two-stage manner. Along with the suspension from work for the balance of their shifts on 31 January 1986, the grievors also subsequently received a written reprimand. It was argued by counsel for the employer that only that portion of management's action represented by the grievors' suspension could be reviewed by me. I agree with that position; I am without jurisdiction to adjudicate upon the propriety of the written reprimand.

The respondent accepted before us this jurisdictional decision of the Adjudicator. The applicants, however, challenged his refusal to adjudicate upon the propriety of the written reprimand. Since this is not an issue I have to decide unless the applicants succeed on their argument with respect to the wearing of the button, I turn first to that issue.

III

The Adjudicator's reasons for decision on the principal issue were as follows (at pages 15-17 PSSRB):

The cases cited by counsel for the grievors had, for the most part, more to do with the wearing of union pins and insignia than with the sort of button worn here. Those cases also arose in support of claims that management's actions in forbidding the wearing of such pins were an unfair labour practice which restricted the lawful activities of the unions involved. Here, the buttons went far beyond a simple union member's or steward's lapel pin. The buttons contained two explicit statements: the one, "keep our customs inspectors" in lower case, but clearly legible letters; the other, "KEEP OUT DRUGS & PORNO" in bold, upper case letters.

In my view, these statements were meant to convey two clear and distinct but interrelated messages. The first was that there was, indeed, some fear of cutbacks or diminished numbers of Customs staff in the offing; the second was that anyone wearing such a button was obviously against the importation of drugs and pornography. The relationship between the two statements exists through the suggestion that the greater the number of Customs officers available, the less likely will be the availability of drugs and pornography through undetected importation.

The buttons were well and cleverly designed from the point of view of their visual impact. They are not unattractive to the eye. The message is, in all likelihood, not offensive to the vast number either of returning Canadians or visitors to Canada

de la direction de maintenir l'ordre et le contrôle—autrement dit, la discipline—dans le lieu de travail. En fait, dans le code vestimentaire même, on mentionne que des mesures disciplinaires peuvent être prises pour amener un employé à se conformer aux normes. Par conséquent, je conclus que j'ai compétence pour me prononcer sur cet aspect de la mesure prise par l'employeur, à savoir la suspension. L'employeur, cependant, a agi en deux temps. En plus de la suspension pour le reste du quart qui leur a été imposée le 31 janvier 1986, les employés s'estimant lésés ont subséquemment reçu une réprimande écrite. L'avocate de l'employeur a soutenu que j'avais compétence pour entendre uniquement la partie du grief concernant la suspension. Je suis d'accord; je n'ai pas compétence pour statuer sur le bien-fondé de la réprimande écrite.

L'intimé a admis devant nous que cette décision de l'arbitre relativement à sa compétence était bien fondée. Cependant, les requérants ont contesté le refus de l'arbitre de statuer sur le bien-fondé de la réprimande écrite. Puisque je n'ai pas à me prononcer sur cette question à moins que les requérants ne réussissent à faire valoir leur argument à l'égard du port du macaron, j'aborde d'abord cette dernière question.

III

L'arbitre a motivé ainsi sa décision sur la question principale (aux pages 18 à 20 CRTFP):

La plupart des affaires citées par l'avocat des employés concernaient le port d'insignes ou de macarons du syndicat plutôt que le genre d'insigne dont il est question ici. Par ailleurs, ces affaires découlait d'allégations selon lesquelles la direction, en interdisant le port de tels insignes, se rendait coupable de pratiques déloyales de travail qui restreignaient les activités légitimes des syndicats concernés. En l'espèce, les macarons allaient beaucoup plus loin que le simple insigne que porte parfois un syndiqué ou un délégué syndical. Ces macarons contenaient deux affirmations explicites: la première, «keep our customs inspectors» (gardons nos inspecteurs de douanes), inscrite en lettres minuscules mais très lisibles; la seconde, «KEEP OUT DRUGS & PORNO» (empêchons l'entrée de la drogue et de la porno), imprimée en caractère gras haut de casse.

À mon avis, ces énoncés visaient à transmettre deux messages clairs et distincts, mais liés entre eux. Le premier était que l'on craignait, effectivement, la réduction éventuelle des effectifs aux Douanes; le second était que quiconque portait ce macaron était évidemment contre l'importation de drogues et de matériel pornographique. La signification implicite du message global est que plus il y aura d'agents des douanes, moins grande sera la quantité de drogues et de matériel pornographique importés illégalement.

Les macarons étaient astucieusement conçus et leur impact visuel certain. Ils ne sont pas déplaisants à l'œil. Selon toute probabilité, la vaste majorité des Canadiens revenant au pays ou des visiteurs arrivant au Canada et qui doivent passer aux

who must pass through Customs inspection. That is not to say that the message necessarily would be viewed favourably by all Canadians or all visitors, not that it would not or could not possibly have evoked comments or debate from passersby the result of which could have had a negative impact upon the employer's operations.

It was conceded in evidence during this hearing that the introduction and debate of the particular Bill in Parliament which the grievors claim to have been supporting by virtue of their actions in wearing the buttons was not met with unanimous support. Indeed, there were, it was recalled, a number of heated exchanges on its merits both within and without Parliament. This strengthens my conclusion that the wearing of these buttons could well have drawn the grievors into public debate with those who may, for one reason or another, have chosen to take an opposing view. However commendable may have been the sympathies of the grievors, the wearing by them of the buttons in question while on duty and in close contact with the public held within it the potential for bringing the operations of the employer into public confrontation or debate.

I, therefore, find that it was with valid and reasonable concern that management requested that the grievors remove the offending buttons on the evening in question while at their workplaces on the employer's premises. The grievors were given adequate time to assess their situation and to comply; in fact, management appears to have attempted to handle the situation with a great deal of tact and patience. The grievors refused to comply with management's wishes after several clear and repeated requests. The grievors were informed that failure to comply would cost them the balance of their remaining shift pay.

I find that management was acting properly within the legitimate exercise of its authority in excluding the grievors from the further performance of their duties on the evening in question. Such action did not, in my view, deny the grievors their right to express their personal, political opinions on their own time, nor did it deny the union the opportunity to carry out its lawful activities.

These grievances are hereby denied.

The Adjudicator's analysis of the message on the buttons, which was in my view a correct one, is worthy of note. First, he observed that there were two statements on the buttons, the first relating to customs officers, the second to drugs and pornography. The meaning of the second statement had already been established by the Adjudicator when he pointed out earlier in his decision (at page 6 PSSRB):

Revenue Canada had taken a position of strict enforcement of drug and pornography laws. The government had introduced a Bill into the House of Commons with the intent of increasing criminal sanctions against such activities.

douanes ne seraient pas offensés par le message. Cela ne veut pas dire que tous les Canadiens ou tous les visiteurs seraient nécessairement favorables à ce message, ni que celui-ci n'aurait pas évoqué des commentaires ou suscité des débats parmi les passants, lesquels auraient pu avoir des répercussions négatives sur les opérations de l'employeur.

Au moment de la présentation de la preuve, il a été concédé que le projet de loi déposé au Parlement—et auquel les employés prétendent avoir accordé leur appui en portant les macarons en question—n'avait pas fait l'unanimité. On se souviendra, en effet, que le fond de ce projet de loi avait été l'objet de débats animés, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Parlement. Cela renforce ma conclusion selon laquelle le fait de porter ces insignes aurait très bien pu entraîner les employés dans un débat public avec les personnes qui, pour une raison ou pour une autre, n'auraient pas partagé leur point de vue. Aussi louable que l'appui des employés s'estimant lésés eût pu être, le fait qu'ils portaient les macarons en question pendant qu'ils étaient de service et en contact étroit avec le public risquait de provoquer des affrontements ou discussions concernant les opérations de l'employeur.

Je conclus donc que c'est pour un motif valable et raisonnable que la direction a demandé aux employés s'estimant lésés d'enlever les insignes incriminés le soir en question, alors qu'ils étaient au lieu de travail sur la propriété de l'employeur. La direction a accordé aux employés suffisamment de temps pour qu'ils puissent faire le point et se conformer à ses instructions; en fait, elle semble avoir fait face à la situation avec énormément de tact et de patience. Les employés ont refusé de se conformer aux désirs de la direction après plusieurs demandes claires. On les a avisés que, s'ils n'obéissaient pas, ils ne seraient pas rémunérés pour le reste de leur quart.

Je suis d'avis que la direction a exercé légitimement et à bon droit son pouvoir lorsqu'elle a empêché les employés s'estimant lésés de continuer à remplir leurs fonctions le soir en question. Par cette décision, elle ne se trouvait pas à priver les employés de leur droit d'exprimer leurs opinions personnelles ou politiques en dehors des heures du travail, ni à priver le syndicat de la possibilité de mener ses activités légitimes.

Les griefs sont donc rejetés.

À mon avis, l'arbitre a correctement analysé le message qui se trouvait sur les macarons. Cette analyse mérite d'être soulignée. L'arbitre a d'abord fait remarquer que les macarons comprenaient deux énoncés. Le premier énoncé se rapportait aux agents des douanes et le second se rapportait à la drogue et à la pornographie. L'arbitre avait déjà interprété le sens du second énoncé lorsqu'il a fait remarquer ce qui suit, plus tôt dans sa décision (à la page 7 CRTFP):

Revenu Canada avait adopté comme position d'appliquer rigoureusement les lois en matière de drogue et de pornographie. Le gouvernement avait déposé un projet de loi en Chambre qui visait à augmenter les sanctions criminelles imposées aux infracteurs.

Second, although there were two statements on the buttons, the Adjudicator found only one message, viz. that "the greater the number of Customs officers available, the less likely will be the availability of drugs and pornography through undetected importation." In other words, the employee organization's message clearly linked the perceived threat to the employment of its membership to a government policy which would appear to require more rather than less customs scrutiny. This very analysis of the message makes clear its inherent relationship to union business.

The Adjudicator followed this analysis with an initial conclusion that "The message is, in all likelihood, not offensive to the vast number either of returning Canadians or visitors to Canada who must pass through Customs inspection." However, the Adjudicator then proceeded to hold that the wearing of the buttons "while on duty and in close contact with the public held within it the potential for bringing the operations of the employer into public confrontation or debate." In my opinion, this ultimate conclusion cannot stand in the light of the unanimous decision of this Court in *Quan v. Canada (Treasury Board)*, [1990] 2 F.C. 191, a decision subsequent to that of the Adjudicator in the case at bar.

Quan was also a "button case", carrying the message "I'm on strike alert". It also involved an additional issue as to the interpretation of a restrictive clause of the master agreement between the parties, but the Court held that the broader words of section 6 of the Act as to membership in an employee organization must prevail. In my opinion, *Quan* cannot be limited to the issue of contractual interpretation, as argued by the respondent, and section 6, as applied in *Quan*, clearly governs the instant case. Therefore the principles adopted in *Quan* must determine the result here.

In *Quan*, Iacobucci C.J. adopted for the Court the approach and language of the Board in

D'autre part, même si les macarons comprenaient deux énoncés, l'arbitre a constaté qu'ils n'exprimaient qu'un seul message: «plus il y aura d'agents des douanes, moins grande sera la quantité de drogues et de matériel pornographique importés illégalement». En d'autres mots, dans son message, il est clair que l'organisation syndicale faisait un lien entre ce qu'elle percevait comme une menace contre les emplois de ses membres et la politique du gouvernement qui favorisait de toute évidence une vigilance accrue aux douanes plutôt qu'un relâchement de celle-ci. En analysant ainsi le message, il devient évident qu'il a un rapport inhérent avec les affaires syndicales.

Suite à cette analyse, l'arbitre en est venu à une première conclusion que, «Selon toute probabilité, la vaste majorité des Canadiens revenant au pays ou des visiteurs arrivant au Canada et qui doivent passer aux douanes ne seraient pas offensés par le message.» Cependant, l'arbitre a alors statué que le fait que les employés portent des macarons «pendant leur service risquait de provoquer des affrontements ou discussions concernant les opérations de l'employeur». À mon avis, cette dernière conclusion est mal fondée à la lumière de l'arrêt unanime de cette Cour dans l'affaire *Quan c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1990] 2 C.F. 191, rendu après la décision de l'arbitre en l'espèce.

L'arrêt *Quan* portait lui aussi sur une «affaire de macaron». Dans cette affaire, les macarons en cause renfermaient la phrase «Je suis en état d'alerte à la grève». Dans cet arrêt, il s'agissait également de résoudre une question supplémentaire relativement à l'interprétation qu'il fallait donner à une clause restrictive d'une convention cadre intervenue entre les parties. Toutefois, la Cour a statué que le libellé plus large de l'article 6 de la Loi en matière d'adhésion à une organisation syndicale devait avoir préséance sur les termes de la convention. À mon avis, contrairement à ce que prétend l'intimée, la portée de l'arrêt *Quan* ne se limite pas à une question d'interprétation contractuelle, si bien que l'article 6, tel qu'il a été appliqué dans l'arrêt *Quan*, régit manifestement la présente affaire. Par conséquent, celle-ci doit être jugée à la lumière des principes entérinés dans l'arrêt *Quan*.

Dans l'arrêt *Quan*, le juge en chef Iacobucci a souscrit, au nom de la Cour, au raisonnement suivi

Canada (Attorney General) v. Bodkin [[1990] 2 F.C. 191], as cited in *Quan*, at page 196:

In considering whether a union button is a legitimate activity in the union during working hours, one has no choice but to consider the statement it bears. As a matter of fact, I have been invited by both parties to do so. In so doing, my premise has been that the employer should not have to tolerate during working hours statements that are derogatory or damaging to its reputation or detrimental to its operations. It follows that there is a subjective element in deciding whether a union button exceeds the permissible limits. I have considered the message contained on the button, "I'm on Strike Alert" and it is my conclusion that those words do not in any way impinge on the employer's authority, nor can they be qualified as damaging to the employer's reputation. Also, I fail to see how, they can be detrimental to the employer's operations. In my view, the words "I'm on Strike Alert" are neutral in that they are neither insulting nor flattering nor critical of the employer. They constitute a statement of fact. My own understanding of those words is that the employees are contemplating the possibility of a strike. I fail to see how by communicating this possibility to the public, an employee is affecting the employer's operations. In fact, there is no evidence that the employer's operations were affected. As for the likelihood that the employer's operations might have been or might be affected, I would have required some evidence of some kind. In my view, in 1988, at the time of the events, the possibility of a strike, or an impending strike as the words "I'm on Strike Alert" imply, were notions which were well embedded in the Canadian psyche. I have serious doubts that a member of the public would not have gone about his business with a particular government department because its employees were merely contemplating going on strike.

There is in this test no requirement that the message on a button be "neutral". It may be quite pointed, provided that it not be detrimental to the employer. The principles that I believe emerge from the language of *Bodkin*, which was explicitly adopted by this Court in *Quan*, are (1) that the wearing during working hours of a button relating to union business in a broad sense is legitimate unless the "employer can demonstrate a detrimental effect on its capacity to manage or on its reputation",⁵ and (2) that in measuring such prospective damage an adjudicator must look to the probable result and not to some faint possibility "As for the likelihood that the employer's operations might have been or might be affected". It is

⁵ This quotation is from a previous paragraph in the Board's decision which was also endorsed by Iacobucci C.J., at p. 196.

par la Commission dans la décision *Canada (Procureur général) c. Bodkin* [[1990] 2 C.F. 191], dont il a d'ailleurs cité dans l'arrêt *Quan* le passage suivant, à la page 196:

^a Pour décider si un macaron syndical est acceptable ou pas, on doit forcément considérer le message qu'il contient. En fait, les deux parties m'ont invitée à faire précisément cela. Au départ, l'employeur ne devrait pas être obligé de tolérer pendant les heures de travail des affirmations qui sont dénigrantes à son égard, portent atteinte à sa réputation ou nuisent à ses opérations. ^b Il s'ensuit qu'on pose un jugement en partie subjectif lorsqu'on doit décider si un macaron syndical excède les limites permises. En l'occurrence, le message «Je suis en état d'alerte à la grève», à mon avis, n'attaque nullement l'autorité de l'employeur, ni ne porte atteinte à la réputation de celui-ci. ^c D'autre part, je ne vois pas comment il pourrait nuire aux opérations de l'employeur. Il s'agit, selon moi, d'un message neutre qui n'insulte ni ne flatte l'employeur, ni n'est critique à son endroit. C'est l'énoncé d'une réalité, rien de plus. Ce macaron, d'après moi, dit simplement que les fonctionnaires envisagent de faire la grève. Je conçois difficilement qu'un fonctionnaire, en communiquant cette possibilité au public, puisse nuire aux opérations de l'employeur. En fait, il n'y a aucune preuve que l'activité en question a effectivement eu pareilles conséquences. ^d Quant à savoir si le contenu du macaron risquait d'avoir les effets craints par l'employeur, il aurait fallu que les événements qui nous occupent, la possibilité—voire l'imminence—d'une grève, ce que laisse croire si l'on interprète le message du macaron en ce sens, était une réalité que les Canadiens avaient approuvée. ^e Je doute sérieusement qu'un membre du public ait été empêché de vaquer à ses affaires dans un ministère donné en raison du fait que les fonctionnaires y travaillant songeant [sic] simplement à faire la grève.

^f

Selon ce critère, il n'est nullement nécessaire que le message du macaron soit «neutre». Il peut être tout à fait lourd de sens, pourvu qu'il ne nuise ^g pas à l'employeur. À mon avis, l'on peut dégager les principes suivants de la décision rendue dans l'affaire *Bodkin*, à laquelle a explicitement souscrit cette Cour dans l'arrêt *Quan*: premièrement, le fait de porter un macaron qui se rapporte aux affaires ^h syndicales dans son sens large constitue une activité légitime à moins que «l'employeur ne soit en mesure de démontrer que cette activité nuit à sa capacité de gérer (ou) qu'elle porte atteinte à sa réputation»⁵. Deuxièmement, lorsque l'arbitre ⁱ apprécie la gravité d'un tel préjudice éventuel, il doit chercher à connaître le résultat probable de cette activité plutôt que d'envisager une quelconque faible possibilité «Quant à savoir si le contenu

⁵ Cette citation est tirée d'un paragraphe précédent de la décision de la Commission auquel le juge en chef Iacobucci a également souscrit, à la p. 196.

this second principle that is directly in question here.

Both principles are in keeping with the developing labour relations jurisprudence in this area, the results of which, I believe, are accurately summarized in *Re Canada Post Corp. and Canadian Union of Postal Workers* (1986), 26 L.A.C. (3d) 58, at pages 67-68, by Arbitrator Outhouse as follows:

In my opinion, the foregoing cases are quite easily reconcilable and have a common underlying theme. Stated quite simply, it is that an employer must be able to show some overriding interest in order to justify restricting an employee's freedom of expression, particularly where the employee seeks to exercise that freedom in the pursuit of a lawful union activity. Such overriding interests will frequently, as demonstrated in the above cases, take the form of maintaining an orderly work-place as well as good customer relations. Thus, employees are not entitled, while at work, to express themselves either in verbal or written form in a manner which is calculated to disrupt production or bring the employer into disrepute with its customers. On the other hand, absent any interference with production or harm to customer relations, an employee's freedom of expression and the right to participate in lawful union activities cannot validly be circumscribed by the employer.

Applying this understanding of the law, the Arbitrator allowed the grievance respecting the button slogan. "National Day of Protest—Nov. 6".

The cases make no distinction on the basis of whether the employee wearing a button was in uniform at the time. In *Re Canada Post Corp.* the employees wearing buttons, although not in uniform, were on wicket duty in immediate contact with the public. In *Re Air Canada and Canadian Air Line Employees' Assoc.* (1985), 19 L.A.C. (3d) 23 a union grievance was allowed with respect to "I Support CALEA" buttons worn by airline employees in uniform in contact with the public. In *Re The Crown in right of Ontario (Ministry of Solicitor-General) and Ontario Public Service Employees Union (Polfer)* (1986), 23 L.A.C. (3d) 289 a grievance was upheld against an order to remove a union steward's pin, on behalf of a uniformed security officer with the Ontario Government Protective Service who was sworn as a special constable pursuant to the *Ontario Police Act* [R.S.O. 1980, c. 381] and designated as a

du macaron risquait d'avoir les effets craints par l'employeur». En l'espèce, il est directement question de ce second principe.

Les deux principes précédents sont consacrés par la jurisprudence récente dans le domaine des relations de travail. Dans la décision *Re Canada Post Corp. and Canadian Union of Postal Workers* (1986), 26 L.A.C. (3d) 58, aux pages 67 et 68, l'arbitre Outhouse fait une synthèse exacte, selon moi de cette jurisprudence:

[TRADUCTION] À mon avis, les arrêts précités sont facilement conciliables et il s'en dégage un principe commun. Ces arrêts posent simplement le principe que l'employeur doit être en mesure de démontrer un intérêt supérieur pour pouvoir justifier des restrictions imposées à la liberté d'expression d'un employé, particulièrement lorsque celui-ci cherche à exercer cette liberté dans le cadre d'une activité syndicale légitime. Comme nous l'avons vu dans les arrêts précités, il arrivera souvent que le maintien de l'ordre au lieu de travail et le maintien de bons rapports avec la clientèle soient assimilés à de tels intérêts supérieurs. Par conséquent, tant qu'ils sont au travail, les employés n'ont pas le droit de s'exprimer oralement ou par écrit d'une manière qui vise à entraver la production ou de porter atteinte à la réputation de l'employeur vis-à-vis de sa clientèle. Par ailleurs, dans la mesure où elle n'entrave pas la production ou ne nuise pas aux rapports avec la clientèle, l'employeur ne saurait valablement restreindre la liberté d'expression de l'employé et son droit de participer à des activités syndicales légitimes.

L'arbitre s'est fondé sur ce principe juridique pour accueillir le grief déposé à l'égard du slogan [TRADUCTION] «6 nov.—Journée nationale de manifestation» qui figurait sur le macaron en l'espèce.

La jurisprudence ne fait aucune distinction selon que l'employé qui portait le macaron était alors vêtu d'un uniforme ou non. Dans l'affaire *Re Canada Post Corp.*, les employés qui portaient les macarons, quoique non vêtus d'un uniforme, travaillaient derrière un guichet et avaient des rapports directs avec le public. Dans l'affaire *Re Air Canada and Canadian Air Line Employees' Assoc.* (1985), 19 L.A.C. (3d) 23, un grief syndical a été accueilli à l'égard des macarons sur lesquels il était écrit [TRADUCTION] «J'appuie la CALEA». Ces macarons avait été portés par des employés en uniforme des lignes aériennes qui avaient des rapports avec le public. Dans l'affaire *Re The Crown in right of Ontario (Ministry of Solicitor-General) and Ontario Public Service Employees Union (Polfer)* (1986), 23 L.A.C. (3d) 289, un grief déposé au nom d'un agent de sécurité vêtu d'un uniforme du Protective Service du gou-

guard under the Ontario *Public Works Protection Act* [R.S.O. 1980, c. 426]. Among her other duties was the controlling of demonstrations by other unionized employees.

In the case at bar the applicants were in uniform and were sworn as peace officers. While there may be additional considerations to be taken into account in the case of officers engaged in actual police or security duty, I do not find it necessary to distinguish the instant case, on the sole basis of the wearing of a uniform, from *Quan*, where the employees were also obviously in contact with the public.⁶ Aside from a context in which the officers carry weapons, where there may be an added element of inappropriateness, the wearing of a uniform, as I see it, is but one factor to be taken into account in determining whether the employer can establish that the employee's conduct is detrimental to its reputation or operations. I find no warrant to distinguish on that basis alone the Customs employees here from the Employment and Immigration employees in *Quan*.

In my view, the Adjudicator's error of law in the case at bar was, after having found that the message on the button was not offensive "to the vast number" of viewers, then to go on to the question of whether it "would be viewed favourably by all Canadians or all visitors" and particularly to consider whether it "would not or could not possibly have evoked comments or debate from passersby" [the emphasis is mine]. To the same effect was his conclusion that the wearing of the buttons "held within it the potential for bringing the operations of the employer into public confrontation or

⁶ The Adjudicator in *Quan* held that the wearing of the button had the potential to damage customer relations and jeopardize the employer's public image, a decision which obviously presupposed the employees' contact with the public.

vernement de l'Ontario qui avait été assermenté comme constable spécial sous le régime de la *Loi sur la police* [L.R.O. 1980, chap. 381] et nommé à titre de gardien sous le régime de la *Loi sur la protection des ouvrages publics* [L.R.O. 1980, chap. 426] de cette province, a été accueilli à l'encontre de l'ordre qu'il avait reçu d'enlever un insigne de délégué syndical. Cet agent était notamment chargé de surveiller les manifestations des autres employés syndiqués.

En l'espèce, les requérants portaient un uniforme et ils avaient été assermentés comme agents de la paix. Il se peut que l'on doive prendre en considération d'autres facteurs dans le cas d'agents chargés d'exercer des fonctions policières ou des fonctions d'agent de sécurité. Cependant, à mon avis, le fait que les employés en l'espèce aient porté un uniforme ne nous oblige pas, à lui seul, à établir une distinction entre la présente affaire et l'affaire *Quan*, où les employés étaient également, sans doute, en contact avec le public⁶. À l'exception des cas où les agents seraient armés, ce qui pourrait constituer un facteur supplémentaire pour en conclure que le geste de l'employé était répréhensible, le fait de porter un uniforme ne constitue, selon moi, qu'un des facteurs dont il faut tenir compte pour décider si l'employeur peut établir que la conduite de l'employé nuit à sa réputation ou à ses opérations. Selon moi, rien ne justifie que l'on établisse une distinction, pour ce seul motif, entre les employés des douanes en l'espèce, et les employés d'Emploi et Immigration, dans l'affaire *Quan*.

À mon avis, l'arbitre a commis une erreur de droit en l'espèce dans la mesure où, après avoir conclu que la vaste majorité de ceux qui le voyaient ne seraient pas offensés par le message du macaron, il a poursuivi en se demandant si «tous les Canadiens ou tous les visiteurs seraient (. . .) favorables à ce message». L'arbitre s'est notamment demandé si le macaron n'aurait pas évoqué des commentaires ou suscité des débats parmi les passants» (c'est moi qui souligne). Sa conclusion, selon laquelle le fait de porter les macarons «risquait de provoquer des affrontements ou discus-

⁶ L'arbitre saisi de l'affaire *Quan* a statué que le fait de porter un macaron pouvait nuire aux relations de l'employeur avec sa clientèle et risquait de porter atteinte à sa réputation auprès du public. Cette décision présupposait évidemment que les employés étaient en contact avec le public.

debate” (again, the emphasis is mine). Not only should the Adjudicator have required evidence of at least a real or serious possibility of harm to the employer, but having already found that the message on the buttons was not offensive to the vast number of viewers, he could not logically further consider the issue of harm.

Moreover, despite having carefully, and in my view, correctly, analyzed the message, the Adjudicator appears to have entirely ignored it subsequently. What he found harmful to the employer was not the message itself, but only the subordinate statement, “KEEP OUT DRUGS & PORNO”, which was nothing more than a direct reference to the Government’s own policy and Bill. Even if the employer were prepared to recognize that its Bill were controversial, it cannot be heard to argue that a supporting reference to it by its employees is detrimental to its interests. Presumably, the Government takes the position that, at least on balance, its legislative proposal is advantageous.

If anything could be considered detrimental to the employer, it would have to be the real message on the buttons, which integrated the two separate statements. But there was neither evidence nor argument that the message as such was detrimental, and the Adjudicator did not find it to be so.

Where the employee organization does raise issues as to the employer’s managerial policies, no doubt it is not comfortable for the employer to have such questions raised, even implicitly, in full view of the public, but that consideration must take second place to the employee’s freedom to express their concern about workplace issues vital to their employee organization. That is to say that, once an employee has established that the message on his button represents a valid concern of his employee organization, the onus shifts to the employer to show a serious possibility of prejudicial effect. Failing that, the employees’ interest in what I might call “labour relations expression” must prevail. This process may be spoken of, as has sometimes been done in the labour relations cases, as a balancing of interests, but it is a

sions concernant les opérations de l’employeur» (encore une fois, c’est moi qui souligne) est au même effet. L’arbitre aurait dû exiger que l’on prouve à tout le moins la possibilité réelle ou sérieuse qu’un préjudice pouvait être causé à l’employeur. Qui plus est, ayant déjà conclu que la vaste majorité de ceux qui le voyait ne seraient pas offensés par le message des macarons, l’arbitre ne pouvait plus, en toute logique, étudier davantage la question du préjudice que pouvaient causer les macarons.

En outre, bien que l’arbitre ait attentivement analysé le message et qu’il l’ait fait correctement à mon avis, il ne semble pas en avoir tenu compte par la suite. Ce n’est pas le message lui-même qu’il a jugé nuisible à l’employeur, mais seulement l’énoncé subsidiaire, «KEEP OUT DRUGS & PORNO». Or, cet énoncé renvoyait, à toutes fins utiles, à la propre politique et à son propre projet de loi. Même si l’employeur devait admettre que son projet de loi faisait l’objet de controverse, il ne saurait prétendre que ses employés causaient du tort à ses intérêts en exprimant leur appui à son égard. Il faut présumer que le gouvernement estime que son projet de loi comporte plus d’avantages que d’inconvénients.

La seule chose qui eut pu être jugée nuisible à l’employeur était le véritable message des macarons, lequel s’inférait des deux énoncés distincts. Toutefois l’on n’a présenté, aucun élément de preuve ou argument à l’effet que ce message était nuisible en soi et l’arbitre n’a pas statué en ce sens.

L’employeur ne voit certes pas d’un bon œil que l’organisation syndicale conteste, même implicitement, ses politiques de gestion sur la place publique. Cependant, cette considération doit céder le pas à la liberté des employés d’exprimer leurs préoccupations vis-à-vis de questions qui se rapportent à leurs conditions de travail, et jugées essentielles par leur organisation syndicale. En d’autres mots, une fois que l’employé a démontré que le message sur son macaron exprime une préoccupation valide de son organisation syndicale, il incombe alors à l’employeur de prouver la possibilité sérieuse d’un effet nuisible. À défaut pour l’employeur de pouvoir s’acquitter de ce fardeau, le droit des employés d’exprimer leurs vues au sujet des relations de travail doit prévaloir. Il s’agit en quelque sorte de soupeser les intérêts en jeu, pour

balancing with a slight weighting in favour of labour relations expression.

The respondent also argued the application to these facts of the general principle "obey now, grieve later". In my opinion the answer to this issue was admirably stated by the Adjudicator (Case, at page 14 PSSRB):

As to the disciplinary suspension, it is generally considered that concepts such as "obey now, grieve later" and insubordination do not lend themselves, but for exceptional circumstances, to disputes relating to personal appearance. I rely upon Brown and Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (2d) at pages 427, 447 for guidance in that regard. A key factor is whether the grievance process would have provided the grievors with adequate redress. The previous case of *Williamson* (supra) decided by the Chairperson of this Board suggests that having the right to refer such a grievance to an impartial tribunal is part and parcel of the question of adequate redress.

IV

Having decided that the Adjudicator erred in denying the grievances with respect to the suspension from work, I must now determine whether the grievances should also be allowed in relation to the written reprimands.

The effect of paragraph 92(1)(b) of the PSSRA is to limit the consideration of mere grievances to the internal grievance procedure, and to allow adjudication of grievances before an adjudicator appointed under the Act only when they involve "disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty". This has the effect of denying third-party adjudication with respect to grievances relating only to written reprimands.

But does paragraph 92(1)(b) also have that effect when, as here, the written reprimands are part and parcel of a disciplinary action which does result in suspension, merely because the suspension occurs first and the reprimands a few days later? I find no necessity either from the viewpoint of

reprendre une expression parfois employée dans la jurisprudence en matière de relations de travail. Cependant, il y a lieu de privilégier légèrement le droit des employés d'exprimer leurs vues au sujet des relations de travail.

L'intimée a également voulu appliquer aux faits en l'espèce le principe général selon lequel l'employé doit «obéir d'abord, se plaindre ensuite». À mon avis, l'arbitre a admirablement tranché cette question dans le passage suivant (à la page 16 CRTFP):

En ce qui a trait à la suspension, il est généralement reconnu que les principes tels que «obéir d'abord, se plaindre ensuite» et les manquements à la discipline telle l'insubordination n'entrent pas en ligne de compte, sauf dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le litige porte sur une question d'apparence personnelle. À cet égard, je m'appuie sur l'ouvrage de Brown et Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (2^e éd.), pages 427 et 447. Un facteur clé dont il faut tenir compte est de savoir si le processus de règlement des griefs aurait permis aux employés en cause d'obtenir un redressement adéquat. Dans l'affaire *Williamson* (supra), le président de la Commission a exprimé l'avis que le fait d'avoir le droit de renvoyer un tel grief à un tribunal impartial fait partie intégrante de la question d'un redressement adéquat.

IV

Ayant décidé que l'arbitre a commis une erreur en rejetant les griefs à l'égard de la suspension décrétee contre les employés, je dois maintenant décider si ces griefs doivent également être accueillis relativement aux réprimandes écrites.

L'alinéa 92(1)(b) de la LRTFP a pour effet de restreindre la procédure interne de règlement des griefs aux griefs de moindre importance et de permettre l'arbitrage de griefs devant l'arbitre nommé sous le régime de la loi seulement s'il porte sur «une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire». Cette disposition a pour effet d'empêcher que les griefs qui se rapportent seulement aux réprimandes écrites soient renvoyés à l'arbitrage.

Cependant, l'on peut se demander si l'alinéa 92(1)(b) a également cet effet dans les cas où, comme en l'espèce, les réprimandes écrites font partie intégrante d'une mesure disciplinaire qui entraîne effectivement la suspension, simplement parce que la suspension se produit d'abord, et les réprimandes sont données quelques jours plus tard? J'estime qu'une telle interprétation juridique ne s'impose pas, ni du point de vue de l'interpréta-

statutory interpretation⁷ or from that of labour relations so to interpret the law. Indeed, while the matter may perhaps be neutral from the standpoint of the statute, I believe that labour relations considerations require the adjudicatorial consideration of the two forms of discipline in situations like the present.

Most forms of disciplinary action are communicated to affected employees by some form of written notice. Usually, such notice identifies the nature of the misconduct, the employer's attitude to it and the reason for disciplinary action. It makes no sense to have an adjudicator assess the correctness of a disciplinary suspension but not the written justification for it.

In the case at bar the written reprimand focused exclusively on the reason for which the Adjudicator found the disciplinary action of a one-day suspension was imposed, as witness the relevant part of the reprimand issued to the applicant Almeida on February 5, 1986 (Case, at page 2):

On 31 January 1986 you were assigned to work in the Customs Secondary Baggage Examination Area in Terminal 2.

During the course of your assigned shift you were informed by A/Superintendent S. Gerstl to remove a Union button from your uniform as this button was not official Departmental issue and, furthermore, the wearing of this unauthorized button was construed as conducting Union business on Departmental premises.

Although the order to remove the button was repeated you refused to comply and you were duly informed that possible disciplinary action might result.

During discussion with B. S. Burns, Chief, Shift Passenger Operations, Customs, you again refused repeated orders to remove the Union button from your uniform and return to your assigned work location.

As your refusal to comply with a legitimate order from your Superintendent and the Senior Officer constitutes insubordination you are being reprimanded in writing. In issuing this written reprimand Management sincerely hopes that you realize the seriousness of your actions which were amplified by the fact that a Senior Officer advised you of possible disciplinary action.

⁷ The only case the respondent was able to cite, *Baril v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 F.C. 55 (C.A.), was one in which it was admitted on the facts that the grievance could not be referred to adjudication under what is now paragraph 92(1)(b) and an unsuccessful attempt was made to justify arbitration under paragraph 92(1)(a) as relating to the application of a provision of a collective agreement.

tion des lois⁷, ni de celui des relations de travail. De fait, même si la Loi ne permet pas de statuer sur cette question, je crois que, sur le plan des relations de travail, il existe des considérations qui font en sorte que les deux mesures disciplinaires imposées en l'espèce doivent faire l'objet d'un arbitrage.

La plupart des mesures disciplinaires font l'objet d'un avis écrit que l'on communique aux employés touchés. Généralement, cet avis énonce l'inconduite reprochée, l'attitude de l'employé à son égard et le motif de la mesure disciplinaire. Il est illogique de prétendre que l'arbitre puisse évaluer l'opportunité d'une suspension disciplinaire mais non pas la justification écrite de cette mesure.

En l'espèce, la réprimande écrite portait exclusivement sur le motif pour lequel l'arbitre avait jugé que la suspension disciplinaire d'une journée avait été imposée, comme le montre le passage pertinent de la réprimande, adressée au requérant Almeida, le 5 février 1986 (Dossier, à la page 2):

[TRADUCTION] Le 31 janvier 1986, vous étiez affecté à l'inspection à la Section des bagages secondaires des douanes à l'aérogare 2.

Pendant votre quart de travail, la surintendante intérimaire, S. Gerstl, vous a demandé d'enlever un macaron syndical que vous portiez sur la chemise de votre uniforme au motif qu'il n'était pas réglementaire et, qu'en outre, le port de ce macaron non réglementaire était assimilé au fait d'exercer des activités syndicales dans les locaux du Ministère.

Bien que l'ordre d'enlever le macaron vous ait été répété, vous avez refusé d'y obtempérer et vous avez été dûment avisé que ce refus pouvait entraîner une mesure disciplinaire.

Au cours d'une discussion avec B. S. Burns, chef du Service aux passagers, vous avez encore une fois refusé d'obtempérer à l'ordre d'enlever le macaron syndical de votre uniforme et de retourner au poste de travail auquel vous aviez été affecté.

Par votre refus d'obtempérer à un ordre légitime de votre surintendante et du cadre supérieur, vous avez fait preuve d'insubordination. En conséquence, la présente réprimande écrite vous est adressée. La direction souhaite sincèrement que la présente réprimande écrite vous fera prendre conscience de la gravité de vos gestes, lesquels ont été aggravés du fait qu'un cadre supérieur vous a avisé que des mesures disciplinaires pouvaient être prises contre vous.

⁷ L'intimé n'a pu citer qu'un seul arrêt au soutien de cet argument, *Baril c. Le procureur général du Canada*, [1980] 1 C.F. 55 (C.A.) où les parties ont admis que le grief ne pouvait être renvoyé à l'arbitrage en vertu de l'alinéa 92(1)b) actuel et où l'on a tenté, sans succès, de faire admettre la recevabilité de l'arbitrage en vertu de l'alinéa 92(1)a) en alléguant que le grief se rapportait à l'application d'une disposition d'une convention collective.

Further occurrences of this nature may result in more severe disciplinary action.

Clearly, this subsequent reprimand is intended as a written explanation of the events of January 31, 1986, supplemented by the threat of more severe disciplinary action in the event of a repetition. It can be seen only, I think, as the final stage of management's response to the button-wearing which precipitated the suspension, and in my opinion it must fall within the Adjudicator's jurisdiction unless the statute compels a different result.

The statutory provision, as I read it, does no such thing. What it requires is that an adjudicator's review be conditional upon the existence of disciplinary action leading to discharge, suspension or financial penalty. Once that condition is satisfied, as it is here, the statute has nothing explicit to say about how extensive the adjudicator's jurisdiction is. In my view not only is there no need to read it restrictively, but to do so in these circumstances would prevent his consideration of the full disciplinary action.

I therefore conclude that the Adjudicator erred in law in separating the employer's disciplinary action into adjudicable and non-adjudicable components.

V

In the result the application should be allowed, the Adjudicator's decision of January 25, 1989, set aside, and the matter returned to the Adjudicator for reconsideration not inconsistent with these reasons.

Une récidive de votre part pourrait entraîner des mesures disciplinaires plus graves encore.

En adressant cette réprimande par la suite, l'employeur voulait manifestement fournir une explication par écrit des événements du 31 janvier 1986. Il menace également de prendre des mesures disciplinaires plus graves en cas de récidive. J'estime que la réprimande constitue certainement l'étape finale de la réaction de la direction à l'égard du geste qui a donné lieu à la suspension, soit le fait d'avoir porté un macaron. À mon avis, elle est du ressort de l'arbitre, à moins que la Loi ne nous oblige à en conclure autrement.

Or, selon mon interprétation de la disposition législative, tel n'est pas le cas. La Loi prescrit plutôt que la mesure disciplinaire doit entraîner le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire pour que l'arbitre puisse être saisi du grief. Une fois que cette condition est remplie, comme c'est le cas en l'espèce, la Loi ne précise pas la portée de la compétence de l'arbitre. À mon avis, il n'est nullement nécessaire d'interpréter cette disposition restrictivement. Qui plus est, une interprétation restrictive dans les circonstances de l'espèce aurait pour effet d'empêcher l'arbitre de tenir compte de la mesure disciplinaire intégrale.

Je conclus donc que l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a voulu scinder la mesure disciplinaire imposée par l'employeur en deux éléments, dont l'un pouvait être renvoyé à l'arbitrage alors que l'autre ne le pouvait pas.

V

g

En conséquence, la demande devrait être accueillie, la décision de l'arbitre rendue le 25 janvier 1989 devrait être annulée et la question devrait être renvoyée à l'arbitre aux fins d'un réexamen qui soit compatible avec ces motifs.

h

T-1841-89

T-1841-89

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

v.

^a c.**Novopharm Ltd. (Defendant)****Novopharm Ltd. (défenderesse)**

INDEXED AS: SEARLE CANADA INC. v. NOVOPHARM LTD. (T.D.)

^b RÉPERTORIÉ: SEARLE CANADA INC. c. NOVOPHARM LTD. (1^{re} inst.)

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, September 19 and 24, 1990.

Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 19 et 24 septembre 1990.

Trade marks — Passing off — Application to vary order dismissing application for interlocutory injunction restraining defendant from manufacturing, advertising and selling pills identical in shape and colour to plaintiff's and containing same active ingredients — Relief under Trade-marks Act, s. 7(c) originally denied as no evidence pharmacists substituting defendant's pills for plaintiff's — Affidavits filed in support of this motion describing instances of mislabelling of what may be, but was not proven to be, defendant's pills without any proven inducement or collusion by defendant — Motion dismissed — No new evidence defendant inciting or encouraging mislabelling — Confusion measured by likelihood of misleading pharmacists and doctors, consumers of prescription drugs, as to source of particular drug — Defendant not liable for pharmacists' deliberate mislabelling.

Marques de commerce — Substitution — Demande de modification d'une ordonnance ayant rejeté la demande d'injonction interlocutoire visant à interdire à la défenderesse de fabriquer, d'annoncer et de vendre des comprimés dont le format et la couleur sont identiques à ceux de la demanderesse et qui contiennent les mêmes ingrédients actifs — Le redressement fondé sur l'art. 7c) de la Loi sur les marques de commerce avait initialement été rejeté car il n'avait pas été prouvé que les pharmaciens substituaient les comprimés de la défenderesse à ceux de la demanderesse — Les affidavits produits à l'appui de la présente requête décrivaient des cas de faux étiquetage de ce qui pouvait être, mais sans que cela ne soit vraiment prouvé, des comprimés de la défenderesse, sans aucune preuve d'incitation ou de collusion de la part de cette dernière — Requête rejetée — Aucun élément de preuve nouveau n'établissait que la défenderesse avait encouragé le faux étiquetage — La confusion est mesurée selon la probabilité que les pharmaciens et les médecins, qui sont les consommateurs des médicaments prescrits par ordonnance, soient induits en erreur quant à la provenance d'un médicament donné — La défenderesse n'était pas responsable du faux étiquetage délibéré des pharmaciens.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Order dismissing application for interlocutory injunction restraining defendant from manufacturing, advertising and selling pills identical in shape and colour to plaintiff's and containing same active ingredients — Federal Court R. 1733 requiring new evidence, not discoverable with reasonable diligence prior to original hearing, surfacing after original hearing — Must also show had evidence been available at time of hearing, would probably have altered order — Original application for relief under Trade-marks Act, s. 7(c) dismissed as no evidence doctors or pharmacists confused as to source of pills — Even if not available prior to original hearing, affidavits describing instances of mislabelling of what may be, but was not proven to be, defendant's pills without any proven inducement or collusion by defendant insufficient to alter order.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Ordonnance ayant rejeté la demande d'injonction interlocutoire visant à interdire à la défenderesse de fabriquer, d'annoncer et de vendre des comprimés dont le format et la couleur sont identiques à ceux de la demanderesse et qui contiennent les mêmes ingrédients actifs — La Règle 1733 de la Cour fédérale exige de nouveaux éléments de preuve, qui n'ont pu être découverts avec diligence raisonnable avant l'audience originale et qui apparaissent après l'audience originale — Il faut en outre établir que si ces éléments de preuve avaient été disponibles au moment de l'audience, l'ordonnance aurait probablement été différente — La demande de redressement originale fondée sur l'art. 7c) de la Loi sur les marques de commerce a été rejetée car il n'a pas été prouvé qu'il y a eu confusion chez les médecins ou les pharmaciens quant à la source des comprimés — Même s'ils ne sont pas disponibles avant l'audience originale, les affidavits qui décrivent les cas de faux étiquetage de ce qui peut être, mais sans preuve à l'appui, les comprimés de la défenderesse sans aucune preuve d'incitation ou de collusion de la part de celle-ci, ne suffisent pas à modifier l'ordonnance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1733.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(b),(c).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc. (1983), 41 O.R. (2d) 366; 146 D.L.R. (3d) 93; 72 C.P.R. (2d) 57 (C.A.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd. et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 110 (Ont. H.C.); *Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1983), 72 C.P.R. (2d) 197 (Ont. H.C.); *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 76 (Ont. H.C.).

NOT FOLLOWED:

Reddaway v. Banham (1896), 13 R.P.C. 218 (H.L.); *Parke, Davis & Co. Ltd. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] Ex.C.R. 399; (1963), 38 D.L.R. (2d) 694; 41 C.P.R. 121; 24 Fox Pat.C. 88; *Lever v. Goodwin* (1887), 4 R.P.C. 492 (C.A.); *Johnston v. Orr Ewing* (1882), 7 App. Cas. 219 (H.L.).

REFERRED TO:

Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1986] 3 F.C. 189; (1986), 27 D.L.R. (4th) 617 (C.A.).

COUNSEL:

Glen A. Bloom for plaintiff.
Malcolm S. Johnston, Q.C. for defendant.

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for plaintiff.
Malcolm Johnston & Associates, Toronto, for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

STRAYER J.: On May 9, 1990 I dismissed an application by the plaintiff for an interlocutory injunction which it sought to prevent the defendant from manufacturing, advertising and selling oral dosage formulations of verapamil hydrochloride in two shapes and sizes identical with the plaintiff's formulations containing the same active ingredients [*Searle Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*,

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 7b),c).

a *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 1733.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

b *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 366; 146 D.L.R. (3d) 93; 72 C.P.R. (2d) 57 (C.A.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd. et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 110 (H.C. Ont.); *Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1983), 72 C.P.R. (2d) 197 (H.C. Ont.); *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 76 (H.C. Ont.).

DÉCISIONS NON SUIVIES:

d *Reddaway v. Banham* (1896), 13 R.P.C. 218 (H.L.); *Parke, Davis & Co. Ltd. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] R.C.É. 399; (1963), 38 D.L.R. (2d) 694; 41 C.P.R. 121; 24 Fox Pat.C. 88; *Lever v. Goodwin* (1887), 4 R.P.C. 492 (C.A.); *Johnston v. Orr Ewing* (1882), 7 App. Cas. 219 (H.L.).

DÉCISION CITÉE:

e *Saywack c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189; (1986), 27 D.L.R. (4th) 617 (C.A.).

AVOCATS:

f *Glen A. Bloom* pour la demanderesse.
Malcolm S. Johnston, c.r., pour la défenderesse.

g PROCUREURS:

h *Osler, Hoskin & Harcourt*, Ottawa, pour la demanderesse.
Malcolm Johnston & Associates, Toronto, pour la défenderesse.

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

i LE JUGE STRAYER: Le 9 mai 1990, j'ai rejeté une demande d'injonction interlocutoire présentée par la demanderesse et visant à interdire à la défenderesse de fabriquer, d'annoncer et de vendre des préparations posologiques orales de chlorydrate de verapamil ayant deux formats et dimensions identiques à ceux des préparations de la demanderesse et contenant les mêmes ingrédients

T-1841-89, F.C.T.D., Strayer J., order dated 9/5/90, not yet reported]. The plaintiff's formulations are sold under the name of Isoptin. The evidence before me indicated that while the active ingredients were the same in both the plaintiff's and the defendant's formulations the excipients were different, one difference being that the plaintiff's Isoptin contains lactose whereas the defendant's formulation, Novo-Veramil, does not.

One of the forms of interlocutory injunction sought in the original notice of motion was an order restraining the defendant and persons having notice of the order from

... inducing or enabling others to pass off its oral dosage formulations of verapamil hydrochloride as and for the Plaintiff's oral dosage formulations of verapamil hydrochloride ordered or requested contrary to the provisions of Section 7(c) of the Trade-marks Act R.S.C. 1985, c. T-13.

In my reasons of May 9, I concluded that the plaintiff had raised a serious issue, but that there was nothing to choose between the plaintiff and defendant, on the criteria of adequacy of damages or the balance of convenience, to support my exercise of discretion in granting or refusing an interlocutory injunction. I therefore considered the merits and I generally found the plaintiff's case to be lacking in substance. With respect to the relief sought based on paragraph 7(c) of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13], I stated the following [at pages 9-10]:

With respect to the plaintiff's claim based on paragraph 7(c) of the *Trade Marks Act*, I think this has no substance. This paragraph provides that no person shall

pass off other wares or services as and for those ordered or requested

The plaintiff does not suggest that the defendant is itself committing such acts as filling orders for the plaintiff's pills with its own pills. Rather, the plaintiff contends that the defendant is making it possible for, and perhaps inciting, pharmacists to fill orders for Isoptin with Novo-Veramil. No admissible evidence was provided that such is happening. It is of course true that in many provinces pharmacists are now permitted, and indeed induced, by provincial law to make such a substitution. That does not flow from the actions of the defendant. Further, according to the evidence, pharmacists are required to state on the prescription container delivered to the

actifs [*Searle Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, T-1841-89, C.F. 1^{re} inst., juge Strayer, ordonnance en date du 9-5-90, encore inédit]. La demanderesse vend ses préparations sous le nom d'Isoptin.

a Les éléments de preuve m'indiquent que les ingrédients actifs étaient les mêmes dans les préparations de la demanderesse et de la défenderesse mais que les excipients étaient différents, l'une de ces différences étant que l'Isoptin de la demanderesse contient du lactose alors que la préparation Novo-Veramil de la défenderesse n'en contient pas.

L'injonction interlocutoire visée dans l'avis de requête original demandait notamment une ordonnance interdisant à la défenderesse et aux personnes ayant reçu un avis de l'ordonnance

[TRADUCTION] . . . d'inciter d'autres à faire passer ses préparations posologiques orales de chlorydrate de vérapamil comme les préparations de chlorydrate de vérapamil de la demanderesse qui sont commandées ou demandées, contrairement au paragraphe 7c) de la Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13.

Dans les motifs que j'ai prononcés le 9 mai, j'ai conclu que la demanderesse avait soulevé une question sérieuse mais que le critère des dommages-intérêts suffisants ou de la balance des inconvénients ne me permet pas de choisir entre la demanderesse et la défenderesse aux fins d'exercer mon pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser une injonction interlocutoire. J'ai par conséquent examiné le fond du litige et conclu que la cause de la demanderesse était mal fondée. En ce qui concerne le redressement fondé sur l'alinéa 7c) de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), chap. T-13], j'ai déclaré ce qui suit [aux pages 8 et 9]:

En ce qui a trait à la demande de la demanderesse qui est fondée sur le paragraphe 7c) de cette même Loi, cette demande ne m'apparaît pas fondée. Selon cette disposition, nul ne peut

faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés

La demanderesse ne soutient pas que la défenderesse elle-même remplace les comprimés de la demanderesse par les siens lorsqu'elle remplit des ordonnances. Elle allègue plutôt que la défenderesse permet aux pharmaciens de remplir des ordonnances en remplaçant l'Isoptin par le Novo-Veramil et les incite peut-être à le faire. Aucune preuve admissible n'a été présentée à l'appui de cette affirmation. Bien entendu, il est vrai que, dans bon nombre de provinces, les pharmaciens sont maintenant autorisés et même incités par la loi provinciale à faire cette substitution. Cela ne ressort pas des agissements de la défenderesse. En outre, d'après la preuve, les pharmaciens

patient the name of the manufacturer, at least in code. To the extent that any patient is interested in such matters he can no doubt have the code explained to him. The fact that there may be dishonest pharmacists somewhere in Canada should not cause an injunction to be visited upon the defendant. After all, any manufacturer who produces similar-appearing yellow or white pills or even candies of a similar shape and size could be equally responsible for enabling a dishonest pharmacist to make unauthorized substitutions for Isoptin.

The only evidence presented to me at that time suggesting that pharmacists were substituting Novo-Veramil for Isoptin was purely hearsay and otherwise unacceptable.

On August 3, 1990 the plaintiff filed another notice of motion requesting me to vary my order of May 9 by granting an interlocutory injunction restraining the defendant from manufacturing, advertising, promoting, offering for sale, selling, distributing or otherwise marketing verapamil hydrochloride "in the shape of an oblate sphere of yellow colour" or "in the shape of an oblate sphere of white colour", these being the shapes and colours of the two Isoptin pills. The new notice of motion also asked me to restrain the defendant from otherwise passing off its formulations for those of the plaintiff in manners contrary to either paragraphs 7(b) or 7(c) of the *Trade-marks Act*. In support of this notice of motion the plaintiff has filed several affidavits upon which there has been no cross-examination. The defendant has filed no evidence in reply. The affidavits describe investigations carried out by the plaintiff in the province of Quebec and in Toronto in April and May, 1990. In each case the company or its agents obtained prescriptions from doctors (apparently in respect of non-existent patients or non-existent maladies) for Isoptin and these prescriptions were taken to various pharmacies to be filled. The pills supplied were then tested on behalf of the plaintiff to determine whether Isoptin had really been provided by the pharmacists. Of eighty-nine prescriptions purchased in the province of Quebec where the druggists had identified the pills as "Isoptin" on the label, nine contained no lactose and therefore, presumptively, were not Isoptin. Of three prescriptions filled in Toronto and labelled by pharmacists as "Isoptin", two did not contain lactose. While counsel for the defendant suggested

doivent indiquer sur le contenant du médicament prescrit qui est remis au malade le nom du fabricant, ou, du moins, le code. Dans la mesure où un malade s'intéresse à ces questions, il peut incontestablement demander qu'on lui explique le code. Le fait qu'il peut y avoir des pharmaciens malhonnêtes quelque part au Canada n'est pas un motif suffisant pour justifier la délivrance d'une injonction contre la défenderesse. Après tout, le fabricant qui produit des comprimés blancs ou jaunes d'apparence semblable ou même des bonbons dont les dimensions et la forme sont similaires pourrait être tout aussi responsable, puisqu'il permet à un pharmacien malhonnête de remplacer sans autorisation l'Isoptin par d'autres produits.

Les seuls éléments de preuve qui m'ont alors été présentés et selon lesquels les pharmaciens remplaçaient l'Isoptin par Novo-Veramil étaient purement du oui-dire et autrement irrecevables.

Le 3 août 1990, la demanderesse a produit un autre avis de requête me demandant de modifier mon ordonnance du 9 mai en accordant une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse de fabriquer, d'annoncer, de promouvoir, d'offrir en vente, de vendre, de distribuer ou de commercialiser le chlorhydrate de vérapamil [TRANSLATION] «sous forme de sphère aplatie au pôle de couleur jaune» ou «sous forme de sphère aplatie au pôle de couleur blanche», qui correspond aux formes et aux couleurs des deux comprimés Isoptin. Dans le nouvel avis de requête, on me demandait également d'interdire à la défenderesse de faire passer ses préparations pour celles de la demanderesse par des procédés contraires aux alinéas 7b) ou 7c) de la *Loi sur les marques de commerce*. À l'appui de cet avis de requête, la demanderesse a produit plusieurs affidavits qui n'ont fait l'objet d'aucun contre-interrogatoire. La défenderesse n'a produit aucune contre-preuve. Les affidavits décrivent les enquêtes effectuées par la demanderesse dans la province de Québec et à Toronto aux mois d'avril et de mai 1990. Dans chaque cas, la compagnie ou ses représentants ont obtenu des ordonnances de médecins (manifestement à l'égard de maladies ou de patients fictifs) pour se procurer le comprimé Isoptin et ces ordonnances devaient être remplies par différentes pharmacies. Les comprimés fournis ont alors été testés pour le compte de la demanderesse afin de déterminer si Isoptin avait réellement été fourni par les pharmaciens. Sur quatre-vingt-neuf ordonnances achetées dans la province de Québec où les pharmaciens ont identifié les comprimés «Isoptin» sur l'étiquette, neuf ne contenaient pas de lactose et il

various hypotheses as to how this could have happened, I think that *prima facie* one could draw the conclusion in the absence of other evidence that at least in some of these cases deliberate mislabelling was involved. (It must be noted, of course, that Quebec pharmacists are perfectly entitled to substitute Novo-Veramil for Isoptin although they are not entitled to label it as Isoptin.) It must also, of course, be kept in mind that there was no systematic sampling done and it is even conceivable that the pills being provided were not the defendant's product. There was no new evidence whatever that the defendant had incited or encouraged such false labelling.

For a party to seek a variation of an order once granted, pursuant to Rule 1733 of the Federal Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], it must show that its new evidence came to its attention after it could have made use of that evidence in the original hearing, and that such evidence could not have been discovered with reasonable diligence prior to the original hearing. It must further be shown that had the evidence been available at the time of the hearing it would probably have altered the order.¹ I am prepared to accept that this evidence was not reasonably available to the plaintiff prior to the hearing of the original motion for an interlocutory injunction. I am not satisfied, however, that if the evidence had been brought forward at that time it would have altered my order.

I believe the new evidence could only have relevance to a claim based on paragraph 7(c) of the *Trade-marks Act*. It will be seen from the quotation above from my order that, in dealing with the relief sought under that paragraph, I took the view that if pharmacists and doctors were not likely to be confused by pills of identical shape and colour

¹ *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189 (C.A.).

faut par conséquent présumer qu'il ne s'agissait pas d'Isoptin. Sur trois ordonnances remplies à Toronto et étiquetées par des pharmaciens sous la marque «Isoptin», deux ne contenaient pas de lactose. Bien que l'avocat de la défenderesse ait suggéré différentes hypothèses pour tenter d'expliquer ce phénomène, je pense qu'on peut conclure de prime abord en l'absence d'autres éléments de preuve que dans certains de ces cas tout au moins, il y a eu un mauvais étiquetage intentionnel. (Il faut remarquer bien sûr que les pharmaciens québécois ont parfaitement le droit de remplacer l'Isoptin par Novo-Veramil même s'ils n'ont pas le droit de l'étiqueter sous la marque Isoptin.) Il faut également garder à l'esprit, bien sûr, qu'il n'y a eu aucun échantillonnage systématique et on peut même concevoir que les comprimés fournis n'étaient pas le produit de la défenderesse. Il n'y avait aucun élément de preuve nouveau établissant que la défenderesse avait encouragé ce faux étiquetage.

Pour qu'une partie puisse obtenir la modification d'une ordonnance une fois accordée, en vertu de la Règle 1733 de la Cour fédérale [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], elle doit démontrer que de nouveaux éléments de preuve ont été portés à son attention, éléments qu'elle n'a pu faire valoir lors de l'audience originale, et qu'elle n'aurait pu découvrir lesdits éléments avec diligence raisonnable avant cette audience. Il faut en outre établir que si ces éléments de preuve avaient été disponibles au moment de l'audience, elles auraient probablement modifié l'ordonnance¹. Je suis disposé à accepter que la demanderesse n'a pu raisonnablement invoquer ces éléments de preuve avant l'audition de la requête originale en injonction interlocutoire. Je ne suis pas convaincu cependant que si ces éléments de preuve avaient été présentés à ce moment-là, ils auraient modifié mon ordonnance.

J'estime que les nouveaux éléments de preuve ne pourraient être pertinents que dans le cadre d'une demande fondée sur l'alinéa 7c) de la *Loi sur les marques de commerce*. Il ressort de l'extrait ci-haut mentionné de mon ordonnance qu'en ce qui concerne le redressement visé aux termes de cet alinéa, j'étais d'avis que si les comprimés de forme

¹ *Saywack c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189 (C.A.).

then there could not be a claim under paragraph 7(c), as it was for those professionals to decide, in effect, which drug the ultimate consumer received. In reaching that conclusion I placed considerable reliance on a series of cases in the Ontario courts² in which it was said, in effect, that the consumer of prescription drugs is for all practical purposes the pharmacist or prescribing physician and that "confusion" must be measured by the likelihood of these professionals being misled as to the provenance of a particular drug. Counsel for the plaintiff in argument on the present motion sought to distinguish those cases on the basis that they each involved two formulations of different manufacturers which, though similar, were somehow distinguishable by sight. With respect, I think that is irrelevant to the basic concept as to who is the "consumer" of the drugs. I was not satisfied in May, and I am no more satisfied in September, that these professionals simply identify drugs by sight and that they do not have careful regard to the actual source. On the rationale which I adopted in my original reasons, it is of no particular importance to the liability of the defendant that there may be druggists who are deliberately mislabelling the defendant's product as being that of the plaintiff. If I have adopted the wrong rationale then the remedy is to appeal my decision, not to ask me to reject that rationale on a motion to vary the original order.

et de couleur identiques ne devaient vraisemblablement pas causer de confusion chez les pharmaciens et les médecins, il ne saurait alors y avoir de réclamation en vertu de l'alinéa 7c), puisqu'il appartenait à ces professionnels de décider en fait quel est le médicament reçu par le consommateur ultime. Pour arriver à cette conclusion, je me suis appuyé en grande partie sur une série d'arrêts de tribunaux ontariens² où il a été dit que le consommateur de médicaments prescrits par ordonnance est à toutes fins utiles le pharmacien ou le médecin qui les a prescrits et que la «confusion» doit être mesurée selon la probabilité que ces professionnels soient induits en erreur quant à la provenance d'un médicament donné. Au cours du débat portant sur la présente requête, l'avocat de la demanderesse a voulu établir une distinction avec ces arrêts en tenant compte du fait que chacun d'eux portait sur deux préparations de différents fabricants qui, même si elles étaient semblables, pouvaient être distinguées à première vue. En toute déférence, je pense que cela n'a rien à voir avec l'idée fondamentale de savoir qui est le «consommateur» des médicaments. Je n'étais pas convaincu au mois de mai, et je ne le suis pas davantage au mois de septembre, que ces professionnels se contentent d'identifier des médicaments à vue sans tenir compte de leur provenance. Suivant le raisonnement que j'ai adopté dans mes motifs originaux, le fait qu'il puisse y avoir des pharmaciens qui étiquettent mal le produit de la défenderesse intentionnellement en le faisant passer pour celui de la demanderesse n'a aucun effet sur la responsabilité de la défenderesse. Si mon raisonnement est faux, il faudrait alors interjeter appel de ma décision et non me demander de rejeter ce raisonnement par une requête visant à modifier l'ordonnance originale.

Counsel for the plaintiff cited to me several

L'avocat de la demanderesse m'a cité plusieurs

² *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 366 (C.A.), at pp. 374-376; *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd. et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 110 (Ont. H.C.); *Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1983), 72 C.P.R. (2d) 197 (Ont. H.C.); *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 76 (Ont. H.C.).

² *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 366 (C.A.), aux p. 374 à 376; *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd. et al.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 110 (H.C. Ont.); *Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1983), 72 C.P.R. (2d) 197 (H.C. Ont.); *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 76 (H.C. Ont.).

cases³ containing statements to the effect that a manufacturer who adopts a get-up for his product which makes it possible for retailers to deceive the ultimate consumer is himself liable for that deception. None of these cases are recent, and three of them are English decisions from the nineteenth century. Nor are they binding on me. I deliberately preferred the rationale more recently applied by Ontario courts in respect of the special position of pharmaceutical manufacturers *vis-à-vis* druggists and medical practitioners.

On the basis of that rationale, the new evidence would not have made any difference had it been presented at the time of the original hearing. Therefore, the application is dismissed with costs.

I would only add that, had I felt some variation in my order to be justified, it would have been necessary to consider very carefully the respective equities before issuing as broad an injunction as that sought by the plaintiff again on this second motion. Although the new evidence is as to mislabelling of what may be (but is not proven to be) the defendant's pills by certain pharmacists in Quebec and Toronto, without any proven inducement or collusion by the defendant, plaintiff would have me ban the total production and sale of those pills by the defendant and without geographical limitation. At the interlocutory stage this, on the present state of the record, is a formidable request. Among other factors, I would have to take judicial notice that it is open to the plaintiff to take action directly against offending pharmacists and to make complaints to the provincial bodies which regulate pharmacists.

causes³ où l'on disait qu'un fabricant qui adopte une façon de présenter son produit de façon à permettre aux détaillants d'induire en erreur le consommateur ultime est lui-même responsable de cette tromperie. Aucune de ces affaires n'est récente et trois d'entre elles sont des décisions anglaises du dix-neuvième siècle. Je n'y suis pas lié. J'ai préféré le raisonnement plus récent adopté par les tribunaux ontariens en ce qui concerne la position spéciale des fabricants pharmaceutiques à l'égard des pharmaciens et des médecins.

À la lumière de ce raisonnement, la nouvelle preuve n'aurait fait aucune différence si elle avait été présentée au moment de l'audience originale. La demande est par conséquent rejetée avec dépens.

J'ajouterai seulement que, si j'avais jugé bon de modifier mon ordonnance, il m'aurait fallu examiner très attentivement les droits respectifs des parties selon l'*equity* avant d'accorder une injonction d'une telle ampleur que cherche à obtenir la demanderesse par cette seconde requête. Même si la nouvelle preuve porte sur le faux étiquetage de ce qui peut être (mais ce qui n'est pas prouvé) des comprimés de la défenderesse par certains pharmaciens du Québec et de Toronto, sans aucune preuve d'incitation ou de collusion de la part de la défenderesse, la demanderesse m'obligerait à interdire la production et la vente de ces comprimés par la défenderesse et ce, partout. À ce stade interlocutoire et dans l'état actuel du dossier, il s'agit d'une requête extraordinaire. Il me faudrait notamment admettre de plein droit qu'il est loisible à la demanderesse de poursuivre directement les pharmaciens contrevenants et de porter plainte devant les organismes provinciaux qui réglementent les pharmaciens.

³ *Reddaway v. Banham* (1896), 13 R.P.C. 218 (H.L.); *Parke, Davis & Co. Ltd. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] Ex.C.R. 399; *Lever v. Goodwin* (1887), 4 R.P.C. 492 (C.A.); *Johnston v. Orr Ewing* (1882), 7 App. Cas. 219 (H.L.).

³ *Reddaway v. Banham* (1896), 13 R.P.C. 218 (H.L.); *Parke, Davis & Co. Ltd. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] R.C.É. 399; *Lever v. Goodwin* (1887), 4 R.P.C. 492 (C.A.); *Johnston v. Orr Ewing* (1882), 7 App. Cas. 219 (H.L.).

T-2099-86

T-2099-86

Parkland Operations Ltd. (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)INDEXED AS: *PARKLAND OPERATIONS LTD. v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Jerome A.C.J.—Edmonton, September 7, 8, 1989 and February 22, 1990; Ottawa, October 19, 1990.

Income tax — Income calculation — Deductions — Directors and minority shareholders misappropriating funds — Loss due to theft deductible — Expense to gain income from business — Within exception in s. 18(1)(a) — Interpretation Bulletin, stating loss through theft by employee not deductible if senior official or major shareholder, not binding — Tax Court recently holding level of employment should not affect deductibility.

This was an appeal against the plaintiff's income tax assessment for 1982 and 1983. The plaintiff corporation was one of seven "rim" companies organized around one "hub" company which provided management and accounting services. The intent behind this "wheel" of related companies was that the "hub" company could arrange financing for those on the "rim". Police investigations failed to secure sufficient evidence upon which to base criminal prosecutions but it appeared that two directors and minority shareholders had misappropriated \$563,396 from the plaintiff. The issue was whether the plaintiff could deduct this loss. The defendant relied on an Interpretation Bulletin which stated that loss through theft by an employee is not allowed as a deduction if he is a senior official or major shareholder.

Held, the appeal should be allowed.

The expense was incurred to gain income from a business and it was incurred in accordance with the principles of accepted business practice. The funds were wrongfully drawn from the company's operating line of credit which constituted a part of the company's normal revenue receiving activities. The expense was within the exception in paragraph 18(1)(a) and therefore deductible.

Although the Interpretation Bulletin is merely the Department's interpretation of the legislation it administers and is not binding on the Court, it is in line with much of the case law dealing with the "level of the thief". The Tax Court, however, recently has held that the level of the thief should not make a difference as to whether theft by an employee is deductible. The minority shareholders did not misappropriate the funds in their capacity as shareholders, but as thieves with neither the knowledge nor consent of the other shareholders. They misappropriated the money while dealing with it in the course of the company's activities, and not by exercising some overriding

Parkland Operations Ltd. (demanderesse)

c.

a Sa Majesté la Reine (défenderesse)RÉPERTORIÉ: *PARKLAND OPERATIONS LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)*

b Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Edmonton, 7 et 8 septembre, 1989 et 22 février, 1990; Ottawa, 19 octobre 1990.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Détournement de fonds par des administrateurs et des actionnaires minoritaires — Déductibilité de la perte résultant du vol — Dépenses engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise — Visé par l'exception établie à l'art. 18(1)(a) — Le bulletin d'interprétation portant que la perte découlant d'un vol effectué par un employé n'est pas déductible s'il s'agit d'un cadre supérieur ou d'un actionnaire majoritaire ne lie pas la Cour — La Cour canadienne de l'impôt a décidé récemment que le niveau d'emploi ne devrait avoir aucun effet sur la déductibilité.

Il s'agit d'un appel interjeté de la cotisation d'impôt de la demanderesse pour les années 1982 et 1983. La demanderesse était au nombre des sept sociétés de la «jante» organisées autour d'une société «moyeu» qui fournissait les services de gestion et de comptabilité. Le but visé par cette «roue» de sociétés liées était de faire en sorte que la société «moyeu» assure le financement des sociétés de la «jante». Des enquêtes policières n'ont pas réussi à recueillir suffisamment d'éléments de preuve pour fonder des poursuites au criminel, mais il semble que deux administrateurs et actionnaires minoritaires aient détourné la somme de 563 396 \$ de la demanderesse. La question en litige était de savoir si la demanderesse pouvait déduire cette perte. La défenderesse s'est fondée sur le bulletin d'interprétation qui portait qu'une perte découlant d'un vol commis par un employé n'est pas admise à titre de déduction s'il s'agit d'un cadre supérieur ou d'un actionnaire majoritaire.

Jugement: l'appel devrait être accueilli.

La dépense a été engagée en vue de tirer un revenu d'une entreprise, et elle a été engagée en conformité avec les principes comptables généralement reconnus. Les fonds ont été retirés frauduleusement de la ligne de crédit de la société qui constituait une partie des activités lucratives normales de la société. La dépense est visée par l'exception établie à l'alinéa 18(1)(a); elle est donc déductible.

Même s'il n'est que l'interprétation que donne le Ministère à la loi qu'il administre et qu'il ne lie pas la Cour, le bulletin d'interprétation correspond à la tendance majoritaire de la jurisprudence en ce qui a trait au «niveau du vol». Toutefois, la Cour canadienne de l'impôt a conclu récemment que le niveau d'emploi du fraudeur ne saurait entraîner quelque différence quant à la question de la déductibilité de sommes volées par un employé. Les actionnaires minoritaires ont détourné les fonds en cause non en leur qualité d'actionnaires, mais plutôt de fraudeurs, à l'insu et sans le consentement des autres actionnaires. Ils ont détourné l'argent dans le cadre des activités de la

control over the funds which existed outside of those activities. The amount lost due to the wrongful taking was a non-capital loss, the deduction of which was contemplated by generally accepted accounting principles and is not prohibited by the Act.

société, et non en exerçant un pouvoir dominant sur les fonds qui aurait existé hors de ces activités. Le montant perdu par suite du détournement était une perte autre qu'en capital, dont la déduction est envisagée en conformité avec les principes comptables généralement reconnus, et n'est pas interdite par la Loi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1)(a),(b), 20(1)(p), 172(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 9(1), 18(1)a) [mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 126, n° 26], b), 20(1)p), 172(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Cassidy's Ltd. (formerly Packer Floor Coverings Ltd.) v. M.N.R. (1989), 89 DTC 686 (T.C.C.); *W G Evans & Co Ltd v Commissioner of Inland Revenue*, [1976] 1 NZLR 425 (S.C.); *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Cassidy's Ltd. (auparavant Packer Floor Coverings Ltd.) c. M.R.N. (1989), 89 DTC 686 (C.C.I.); *W G Evans & Co Ltd v Commissioner of Inland Revenue*, [1976] 1 NZLR 425 (S.C.); *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268.

COUNSEL:

Neil W. Nichols for plaintiff.
James N. Shaw for defendant.

AVOCATS:

Neil W. Nichols pour la demanderesse.
James N. Shaw pour la défenderesse.

SOLICITORS:

Neil W. Nichols Professional Corporation, Edmonton, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

PROCUREURS:

Neil W. Nichols Professional Corporation, Edmonton, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

JEROME A.C.J.: This matter came on for hearing on September 7, 1989, in Edmonton, Alberta. In due course, the decision of *Cassidy's Ltd. (formerly Packer Floor Coverings Ltd.) v. M.N.R.* (1989), 89 DTC 686 came to my attention. It is a decision of the Tax Court of Canada, released October 26, 1989. Since it appeared to all parties that the *Cassidy's* decision might have a bearing on this matter, I arranged for further submissions on the relevancy of the *Cassidy's* jurisprudence, and that argument took place on February 22, 1990.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: La présente affaire a été entendue le 7 septembre 1989, à Edmonton (Alberta). En temps opportun, la décision *Cassidy's Ltd. (auparavant Packer Floor Coverings Ltd.) c. M.R.N.* (1989), 89 DTC 686 a été portée à mon attention. Il s'agit d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rendue le 26 octobre 1989. Puisque toutes les parties estimaient que la décision *Cassidy's* pouvait avoir un rapport avec la présente affaire, j'ai demandé aux parties de produire des observations supplémentaires sur la pertinence de la décision *Cassidy's*, et les arguments sur ce point ont été présentés le 22 février 1990.

The action is brought pursuant to subsection 172(2) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended [by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58], by way of appeal of the plaintiff's tax liability for its 1982 and 1983 taxation years. During the period in question, the plaintiff suffered a loss of \$563,396 which it seeks to deduct in calculating its income tax liability. An agreed statement of facts and issues submitted by counsel has greatly simplified the matters in dispute, and the only issue before the Court is whether the taxpayer is entitled to deduct the loss of \$563,396, which amount itself is not in dispute.

The plaintiff, Parkland Operations Ltd. (Parkland) is an Alberta corporation which carried on an oilfield construction and service business in an oil patch near Drayton Valley, southwest of Edmonton. The ownership of Parkland changed in 1980, when the company was purchased by four individuals who soon thereafter transferred their stock in the company to their respective holding corporations. These corporations, and the four individuals corresponding to them were Neil Orser Holdings (Neil Orser), 226614 Alberta Ltd. (Michael Piro), E. Dyck Holdings Ltd. (Earl Dyck), and 223015 Alberta Ltd. (James Herring-er). In August 1980, Joelene Holdings Ltd. (Joseph Makarowski), and Lyle McGinn Holdings Ltd. (Lyle McGinn), former Parkland shareholders, reacquired 10% each of the common shares of Parkland from the four existing corporate shareholders, leaving 20% each of the company's common shares to the other four shareholding corporations.

At the time of the change in ownership, Parkland became part of a corporate structure referred to by all witnesses as a "hub". The intent, as I understand it, was to form a "wheel" of related companies, with Supercorp Management Inc. (Supercorp) at the "hub" and seven other companies, including Parkland, at the "rim". The "hub" concept was developed by Mr. Orser, and the intent was that it would enable each company in the wheel to help the others, particularly in financial matters. Supercorp was to provide accounting and management services, and its presence was to

La présente action est intentée en vertu du paragraphe 172(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, modifiée [par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58], par voie d'appel de l'impôt à payer par la demanderesse pour ses années d'imposition 1982 et 1983. Au cours de la période pertinente, la demanderesse a subi une perte de 563 396 \$, qu'elle veut déduire dans le calcul de son impôt à payer. L'exposé conjoint des faits présenté par les avocats a grandement simplifié les questions en litige, et le seul point litigieux dont la Cour est saisie porte sur la question de savoir si le contribuable a le droit de déduire la perte de 563 396 \$ dont le montant n'est pas contesté.

La demanderesse, Parkland Operations Ltd. (Parkland) est une société de l'Alberta qui exploitait une entreprise de construction et de services pétroliers dans un champ de pétrole près de Drayton Valley, au sud-ouest d'Edmonton. Parkland a changé de propriétaires en 1980, lorsqu'elle a été acquise par quatre personnes qui ont aussitôt transféré leurs actions de la société à leurs sociétés de portefeuille respectives. Ces sociétés et les quatre personnes physiques qui leur correspondent étaient Neil Orser Holdings (Neil Orser), 226614 Alberta Ltd. (Michael Piro), E. Dyck Holdings Ltd. (Earl Dyck) et 223015 Alberta Ltd. (James Herring-er). En août 1980, Joelene Holdings Ltd. (Joseph Makarowski) et Lyle McGinn Holdings Ltd. (Lyle McGinn), anciennes actionnaires de Parkland, ont chacune acquis à nouveau 10 % des actions ordinaires de Parkland des quatre sociétés actionnaires, de sorte que les quatre autres sociétés actionnaires conservaient chacune 20 % des actions ordinaires de la société.

Au moment où Parkland a changé de propriétaires, elle est devenue partie intégrante d'une structure intersociétés que tous les témoins ont décrite comme un «moyeu». Si je comprends bien, les propriétaires avaient l'intention de former une «roue» de sociétés liées, dont Supercorp Management Inc. (Supercorp) serait le «moyeu», et sept autres sociétés, notamment Parkland, la «jante». La notion de «moyeu» a été élaborée par M. Orser, et elle avait pour but de permettre à chaque société dans la roue d'aider les autres, particulièrement en matière de financement. Supercorp devait fournir

assist in arranging financing for the companies on the rim.

Mr. Makarowski and Mr. Orser explained the corporate structure involved here. The hub concept was an idea of Mr. Orser and one premise of the concept was that Supercorp would be able to arrange financing to the companies on the rim. The existence of the hub enabled each company in the wheel to help the others, particularly in financial matters. In the direct examination of Mr. Orser, the following exchange took place: (Case, at page 56)

Q Can you tell the Court how the notion of the hub concept came about, and relate that to the various companies shown in this diagram.

A The hub company was Supercorp, which was to be the accounting and the sort of the management of the other companies involved.

Q When you considered investing in Parkland, what was important about Parkland?

A Parkland had a good cash flow and excess cash.

Q And can you expand for us how that would fit into the concept of having Supercorp at the hub.

A Well, if the other companies were ever in trouble or needed financing, it was supposed to have been a lot easier to arrange a loan through Supercorp to keep the other companies floating.

Parkland had a \$750,000 operating line of credit with the Canadian Imperial Bank of Commerce. A "signature card" on which the signatures of all six shareholders appeared does not explicitly make joint signatures necessary to carry out a banking transaction. The set-up of the card does, however, and it leaves the impression that a joint signature requirement was intended. Based on the appearance of this card and discussions among the parties, both Makarowski and Orser, the only principals who appeared as witnesses, were of the view that two signatures would be required for withdrawals from Parkland's funds: one at least of Makarowski or McGinn, and one of the four "new" owners, Orser, Piro, Dyck, or Herringer. Many cheques were signed in that manner. Mr. Makarowski, who had taken steps to acquire signing authority for cheques precisely so that he would have knowledge and some measure of control over Parkland's spending, signed most of the

les services de comptabilité et de gestion, et sa présence devait aider à assurer le financement des sociétés qui se trouvaient sur la jante.

MM. Makarowski et Orser ont donné des explications sur la structure intersociétés en cause. La notion de moyeu était une idée de M. Orser, et elle était fondée sur l'hypothèse selon laquelle Supercorp pourrait pourvoir au financement des sociétés qui se trouvaient sur la jante. L'existence d'un moyeu permettait à chaque société dans la roue d'aider les autres, en particulier en matière de financement. L'interrogatoire principal de M. Orser a donné lieu à l'échange suivant: (Dossier, à la page 56)

[TRADUCTION] Q Pouvez-vous expliquer à la Cour comment la notion du moyeu a été élaborée et faire le lien avec les diverses sociétés qui figurent sur ce tableau?

R La société moyeu était Supercorp, qui devait être responsable de la comptabilité et de la gestion des autres sociétés participantes.

Q Lorsque vous avez songé à investir dans Parkland, qu'est-ce qui était important au sujet de Parkland?

R Parkland avait une bonne marge brute d'autofinancement et un excédent d'encaisse.

Q Pouvez-vous maintenant nous expliquer davantage comment cela se situe dans la notion de faire de Supercorp le moyeu?

R Eh bien, si les autres sociétés éprouvaient de la difficulté ou avaient besoin de financement, il devait censément être beaucoup plus facile de contracter un emprunt par l'intermédiaire de Supercorp de façon à permettre le financement des autres sociétés.

Parkland disposait d'une ligne de crédit de 750 000 \$ auprès de la Banque canadienne impériale de commerce. Une «carte de signature» sur laquelle figuraient les signatures des six actionnaires ne rend pas expressément obligatoire la signature conjointe pour la conclusion d'une opération bancaire. La disposition de la carte va toutefois dans ce sens, et elle donne l'impression qu'on visait l'obligation de signer conjointement. En se fondant sur l'apparence de cette carte et sur les discussions qui ont eu lieu entre les parties, Makarowski et Orser, les deux seuls directeurs qui se sont présentés comme témoins, étaient tous deux d'avis qu'il fallait apposer deux signatures pour retirer des fonds de Parkland: au moins une signature de Makarowski ou de McGinn, et une des quatre «nouveaux» propriétaires, Orser, Piro, Dyck ou Herringer. Bon nombre de chèques furent signés de cette façon. M. Makarowski, qui avait pris des mesures pour obtenir la délégation de signature

cheques, and Herringer and Dyck, between them, signed all the cheques. Nonetheless, some withdrawals were made without the knowledge or approval of either Mr. Makarowski or Mr. McGinn, or even Mr. Orser, and funds were moved by Earl Dyck and James Herringer which have yet to be accounted for.

In effect, Dyck and Herringer were in control of Supercorp, but by the fall of 1981 there was growing dissatisfaction with them. Mr. Makarowski became aware of the more than half a million dollars paid out by Parkland to Supercorp, which came as a surprise to him since despite the arrangement within the company whereby he and/or Mr. McGinn were to sign all cheques issued, these withdrawals had been made without his knowledge. On December 16, 1981 Earl Dyck and James Herringer were removed as directors of Parkland.

Staff Sergeant David Bradley of the RCMP testified that he received complaints concerning diverted funds from Parkland and Island Recreational Inc., another company on the "rim", which led to an RCMP investigation. There was sufficient evidence to proceed against Dyck and Herringer in one criminal matter, the one concerning Island Recreational. Dyck and Herringer evidently sold property belonging to this company and misappropriated a sum of about \$200,000, for which they were convicted and served a term of imprisonment. With respect to Parkland, however, Staff Sergeant Bradley was of the view that while they were certain that the funds had been diverted by Dyck and Herringer from these companies, they were not satisfied that there was sufficient evidence to support criminal proceedings, particularly due to some vagueness in the banking arrangements or signing authority.

Mr. Jack Foulds, the chartered accountant in charge of the books for Parkland was also called as an expert witness. He testified as to Generally Accepted Accounting Principles, based in part on his interpretation of sections 3480 and 3610 of the

des chèques précisément afin d'avoir un certain droit de regard et une certaine mesure de contrôle sur les dépenses de Parkland, signait la plupart des chèques, tandis que Herringer et Dyck, entre eux, signaient tous les chèques. Malgré tout, certains retraits ont été effectués à l'insu et sans l'approbation de Makarowski ou de McGinn, voire de Orser, et des fonds ont été détournés par Earl Dyck et James Herringer dans des circonstances qui ne sont pas encore éclaircies.

En fait, Dyck and Herringer contrôlaient Supercorp, mais dès l'automne 1981, se manifestait une insatisfaction de plus en plus grande à leur égard. M. Makarowski a appris que plus d'un demi-million de dollars avaient été payés à Supercorp par Parkland, ce qui l'a surpris puisque, malgré l'entente interne selon laquelle lui et M. McGinn devaient signer tous les chèques, ces retraits avaient été effectués à son insu. Le 16 décembre 1981, Earl Dyck et James Herringer étaient relevés de leurs fonctions d'administrateurs de Parkland.

Le sergent d'état-major David Bradley de la GRC a déclaré avoir reçu des plaintes au sujet de détournements de fonds de Parkland et d'Island Recreational Inc., une autre société de la «jante», ce qui a donné lieu à une enquête de la GRC. Il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour tenter des poursuites au criminel contre Dyck et Herringer en ce qui a trait à Island Recreational. Dyck et Herringer ont manifestement vendu des biens qui appartenaient à cette société et se sont appropriés une somme d'environ 200 000 \$, actes pour lesquels ils ont été condamnés et ont purgé une peine d'emprisonnement. En ce qui a trait à Parkland toutefois, le sergent d'état-major Bradley était d'avis que même si les autorités étaient certaines que les fonds de ces sociétés avaient été détournés par Dyck et Herringer, elles estimaient qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour fonder une poursuite au criminel, en raison particulièrement d'un certain manque de précision dans les arrangements bancaires ou dans la délégation de signature.

M. Jack Foulds, le comptable agréé responsable des livres de Parkland, a aussi été appelé à titre de témoin expert. Il a donné son avis sur les principes comptables généralement reconnus en se fondant en partie sur son interprétation des

accounting profession Handbook. He expressed the opinion that an unlawful misdirection or disappearance of funds, which is not a capital transaction, is a loss that should be claimed as an expense deduction. According to him, the loss here would, in accounting circles, be considered deductible as an extraordinary item, as defined in section 3480 of the CICA Handbook, and therefore one on account of income. Mr. Foulds was also of the opinion that based on the assumption that the plaintiff carried on a money lending business, this loss would again be deductible on the basis of the money lending business as an enterprise of the plaintiff.

Subsection 9(1) of the Act provides that, subject to Part I of the Act, "a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year". Plaintiff contends that the losses suffered by Parkland as a result of a "wrongful taking" of funds by Dyck and Herringer are deductible in computing Parkland's profit from a business and are not prohibited by virtue of any provisions of the Act. Alternatively, it is argued that the losses arose in the course of the taxpayer's sideline business of money lending, and are therefore deductible under section 9 or paragraph 20(1)(p) of the *Income Tax Act*.

The defendant, however, takes the position that the sum is not deductible because there was no wrongful taking, and if there was wrongful taking, it did not constitute an expense incurred for the purpose of earning or producing income from a business. The defendant further takes the position that the plaintiff did not carry on a sideline business of money lending.

The decision of the Tax Court in *Cassidy's* came shortly after I took this matter under reserve, and following further arguments of counsel, I gave the matter further consideration. I am called upon to consider, therefore, whether the facts establish that the money which was wrongfully taken firstly was expended for the purposes set out in paragraph 18(1)(a) of the *Income Tax Act*, in order that it come within the exceptions contained in that section. Both counsel appear to agree that while Generally Accepted Accounting

articles 3480 et 3610 du manuel de l'Institut canadien des comptables agréés. Il était d'avis que le détournement ou la disparition frauduleuse de fonds, qui n'est pas une transaction en capital, est une perte dont la déduction devrait être réclamée à titre de dépense. Selon lui, la perte subie en l'espèce serait considérée par les comptables comme deductible à titre de poste extraordinaire, au sens défini à l'article 3480 du manuel de l'ICCA, et tiendrait par conséquent de la nature d'un revenu. M. Foulds estimait également qu'en supposant que la demanderesse exploitait une entreprise de prêt, cette perte serait aussi deductible parce qu'elle aurait été subie par l'entreprise de prêt appartenant à la demanderesse.

Le paragraphe 9(1) de la Loi prévoit que, sous réserve des dispositions de la Partie I de la Loi, «le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année». La demanderesse prétend que les pertes subies par Parkland par suite du «détournement» des fonds par Dyck et Herringer sont déductibles dans le calcul du bénéfice tiré par Parkland d'une entreprise et ne sont visées par aucune interdiction prévue dans la Loi. Elle prétend subsidiairement que les pertes sont survenues dans le cours de l'entreprise secondaire de prêt du contribuable et qu'elles sont donc déductibles en vertu de l'article 9 ou de l'alinéa 20(1)p) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

De son côté, la défenderesse prétend que la somme n'est pas deductible puisqu'il n'y a pas eu de détournement et que, s'il y a eu détournement, cela ne constitue pas une dépense engagée en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de lui faire produire un revenu. La défenderesse prétend en outre que la demanderesse n'a pas exploité une entreprise secondaire de prêt.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Cassidy's* a été rendue peu après la mise en délibéré de cette affaire, et, après les arguments supplémentaires des avocats, j'ai étudié la question de façon plus approfondie. Il me faut donc déterminer si les faits établissent que l'argent qui a été détourné a été dépensé pour les fins visées à l'alinéa 18(1)a) [mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 126, n° 26] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce qui permettrait d'invoquer les exceptions qui y sont prévues. Les deux avocats semblent s'entendre

Principles do not constitute an overriding principle and cannot be used to determine the question of deductibility, where the amount is not prohibited from deduction by paragraphs 18(1)(a) or (b), the amount is deductible from income in accordance with Generally Accepted Accounting Principles.

It is agreed that the deduction, if allowed, and if based on the "wrongful taking" theory, applies fully to the 1982 tax year; if based on the sideline money lending premise, the deduction applies in full to the 1983 taxation year.

Paragraphs 18(1)(a) and (b) of the *Income Tax Act* state as follows:

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;

The right to claim a deduction pursuant to paragraph 18(1)(a) was reviewed thoroughly by Mr. Justice Rip in the Tax Court of Canada in the *Cassidy's* decision. I am satisfied that the position taken by counsel in this case is in accord with the position advanced by Mr. Justice Rip at page 690, with respect to the relevance of Generally Accepted Accounting Principles to the provisions of the Act. I turn, therefore, to a consideration of the conditions necessary to establish a right to claim a deduction pursuant to paragraph 18(1)(a).

Was the "expense" in question incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business? The plaintiff submits that:

In Parkland, it is noteworthy that the embezzled funds came out of the operating funds of the company by drawing down its operating line of credit which was secured by its trade receivables. This stamps the transaction as being an income account.

sur la position suivante: en l'absence d'interdiction de déduire un montant en vertu des alinéas 18(1)(a) ou (b), ce montant est déductible du revenu en conformité avec les principes comptables généralement reconnus, même si ces principes ne constituent pas un critère déterminant ni ne peuvent être utilisés pour trancher la question de la déductibilité.

Les parties conviennent que si elle est accordée sur la base de la théorie du «détournement», la déduction s'applique entièrement à l'année d'imposition 1982; si elle est fondée sur l'hypothèse de l'entreprise secondaire de prêt, la déduction s'applique en entier à l'année d'imposition 1983.

Les alinéas 18(1)(a) et (b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* portent:

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense, sauf dans la mesure où ce débours ou cette dépense a été fait ou engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien;

b) une somme déboursée, une perte ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie;

Le droit d'obtenir une déduction en vertu de l'alinéa 18(1)(a) a été examiné de façon approfondie par le juge Rip de la Cour canadienne de l'impôt dans la décision *Cassidy's*. Je suis convaincu que la position adoptée par les avocats en l'espèce correspond à la position retenue par le juge Rip à la page 690 en ce qui a trait à la pertinence des principes comptables généralement reconnus à l'égard des dispositions de la Loi. J'aborde par conséquent l'étude des conditions nécessaires pour établir le droit de demander une déduction fondée sur l'alinéa 18(1)(a).

La «dépense» en question a-t-elle été engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de lui faire produire un revenu? La demanderesse prétend que:

[TRADUCTION] En ce qui a trait à Parkland, il convient de noter que les fonds détournés provenaient des fonds de fonctionnement de la société, parce qu'ils avaient été retirés de sa ligne de crédit qui était garantie par ses comptes-clients. Ce fait permet de qualifier l'opération comme tenant de la nature d'un revenu.

The plaintiff has referred me to the case of *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, wherein Madame Justice Wilson, in the Supreme Court of Canada, has quoted [at page 187] with approval the following comments of President Thorson of the Exchequer Court of Canada in *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32:

The essential limitation in the exception expressed in Section 12(1)(a) is that the outlay or expense should have been made by the taxpayer "for the purpose" of gaining or producing income "from the business". It is the purpose of the outlay or expense that is emphasized but the purpose must be that of gaining or producing income "from the business" in which the taxpayer is engaged Thus, in a case under the *Income Tax Act* if an outlay or expense is made or incurred by a taxpayer in accordance with the principles of commercial trading or accepted business practice and it is made or incurred for the purpose of gaining or producing income from his business its amount is deductible for income tax purposes. [Emphasis added.]

The plaintiff takes the view that the "expenses" in this case came out of the income earning process and are thus not prohibited from deduction by paragraph 18(1)(a).

The defendant, of course, submits that the expenses claimed were losses occasioned through theft and defalcation by an employee, officer and director of the plaintiff, and did not constitute expenses incurred for the purpose of earning or producing income from a business within the meaning of that section. To quote from the defendant's submission:

In the case at bar the money at the time of the theft was not in the till, not in the form of receipts, not in the nature of trade accounts and not part of the normal revenue receiving activities of the company. When stolen, the money was not at any stage of the income earning process.

Notwithstanding this submission, I am satisfied that in the case before me the expense in question was incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from a business; and further that this expense was incurred in accordance with the principles of accepted business practice. I find that the funds in question were wrongfully drawn from the company's operating line of credit which, as the plaintiff suggests, stamps the transaction as being on account of income. I

La demanderesse m'a référé à l'arrêt *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, dans lequel Madame le juge Wilson, de la Cour suprême du Canada, [à la page 187] a cité en les approuvant les commentaires suivants du président Thorson de la Cour de l'Échiquier du Canada dans l'affaire *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32:

[TRADUCTION] La restriction essentielle apportée à l'exception prévue à l'al. 12(1)a) est que le contribuable doit avoir fait la dépense ou le débours «en vue» de tirer un revenu «de l'entreprise» ou de lui faire produire un revenu. C'est le but de la dépense ou du débours qui est important et ce but doit être de tirer un revenu «de l'entreprise» à laquelle le contribuable se consacre ou de lui faire produire un revenu . . . Ainsi, dans une affaire relevant de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si le contribuable effectue un débours ou engage une dépense en conformité avec les principes applicables aux opérations commerciales ou la pratique commerciale reconnue, et ce, dans le but de tirer un revenu de son entreprise ou de lui faire produire un revenu, son montant est déductible aux fins de l'impôt sur le revenu. [Je souligne.]

La demanderesse prétend que les «dépenses» en l'espèce provenaient du processus productif de revenu et, partant, que leur déduction n'est pas interdite par l'alinéa 18(1)a).

La défenderesse prétend bien sûr que les dépenses demandées étaient des pertes causées par le vol ou le détournement de fonds de la part d'un employé, d'un dirigeant ou d'un administrateur de la demanderesse, et ne constituaient pas des dépenses engagées en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de lui faire produire un revenu au sens de cet alinéa. Voici la teneur de la prétention de la défenderesse:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'argent au moment du vol ne se trouvait pas dans la caisse enregistreuse, ni n'existait sous forme de reçus, ni sous forme de comptes-clients, ni ne faisait partie des activités lucratives normales de la société. Lorsqu'il a été volé, l'argent ne se trouvait à aucune étape du processus productif de revenu.

Nonobstant cette prétention, je suis convaincu qu'en l'espèce la dépense a été engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de lui faire produire un revenu; et que cette dépense a été engagée en conformité avec les principes relatifs à la pratique commerciale reconnue. Je conclus que les fonds en cause ont été retirés frauduleusement de la ligne de crédit de la société, ce qui, comme le prétend la demanderesse, qualifie l'opération comme tenant de la nature

cannot accept the defendant's submission that the money at the time of the theft was not part of the normal revenue receiving activities of the company. The funds in question came out of the company's operating funds, which indeed constitute a part of the company's normal revenue receiving activities.

I have reached the conclusion, therefore, that the expense in question is contemplated by the exception set out in paragraph 18(1)(a). The defendant, however, has also raised the issue of Interpretation Bulletin IT—185, dated November 4, 1974:

1. A loss of trading assets such as stock in trade or cash through theft, defalcation of embezzlement normally is allowed as a deduction in computing income where a taxpayer's business involves this risk. In determining whether such a loss is allowable the Department uses the following guidelines.

2. Loss through

(a) theft, holdup or robbery by a stranger, or

(b) theft, defalcation or embezzlement by an employee, unless he is a senior official or major shareholder, is allowed. Loss through theft, defalcation or embezzlement by a partner is not allowed.

Based on this Bulletin, it is the defendant's submission that, whether it has the force of law or not, if it correctly interprets the law and establishes policy dealing with the level of the theft, then the plaintiff cannot succeed. The plaintiff argues, on the other hand, that a Departmental Interpretation Bulletin is merely that: the Tax Department's interpretation of the legislation it administers — its version of the law or a public warning of the assessing practice it intends to adopt, and therefore not binding on the Court. I accept and endorse this position. Nevertheless, counsel for the defendant is correct in suggesting that this Bulletin, particularly inasmuch as it suggests that a loss will not be allowed where it is occasioned by theft by an employee who is a "senior official or a major shareholder", is in line with much of the jurisprudence dealing with the "level of the thief". This was the problem raised in the *Cassidy's* decision, which I felt required further argument here.

d'un revenu. Je ne puis accepter la prétention de la défenderesse portant que l'argent au moment du vol ne faisait pas partie des activités lucratives normales de la société. Les fonds en cause provenaient des fonds de fonctionnement de la société, qui constituent effectivement une partie des activités lucratives normales de la société.

J'en suis donc arrivé à la conclusion que la dépense en cause est visée par l'exception établie à l'alinéa 18(1)a). La défenderesse a toutefois soulevé aussi la question du bulletin d'interprétation IT—185, en date du 4 novembre 1974:

1. Une perte de capital de roulement, notamment de stock en magasin ou d'espèces, découlant d'un vol, d'un détournement de fonds ou de malversation est généralement admise comme déduction lors du calcul du revenu lorsque l'entreprise d'un contribuable comporte ce risque. Pour établir les circonstances dans lesquelles ces pertes sont admissibles, le Ministère utilise les lignes directrices suivantes.

2. Une perte découlant

a) d'un vol ou d'un hold-up commis par un étranger, ou

b) d'un vol, de malversation ou d'un détournement de fonds effectué par un employé, à moins qu'il ne s'agisse d'un cadre supérieur ou d'un actionnaire majoritaire, est admise. Les pertes découlant d'un vol, de malversation ou d'un détournement de fonds effectué par un associé ne sont pas admises.

En se fondant sur ce bulletin, la défenderesse prétend que peu importe qu'il ait ou non force de loi, si le bulletin interprète correctement la loi et établit la politique en ce qui a trait au niveau du vol, la demanderesse ne peut obtenir gain de cause. En revanche, la demanderesse prétend qu'un bulletin d'interprétation du Ministère ne représente pas plus que ce qu'il est: l'interprétation que donne le ministère de l'Impôt à la loi qu'il administre — sa version de la loi ou un avertissement public de la pratique qu'il a l'intention d'adopter en matière de fixation d'impôt, et que par conséquent il ne lie pas la Cour. J'accepte et j'approuve cette position. Toutefois, l'avocat de la défenderesse a raison de souligner que ce bulletin, particulièrement lorsqu'il suggère qu'une perte ne sera pas admise lorsqu'elle découle d'un vol effectué par un employé qui est un «cadre supérieur ou un actionnaire majoritaire», correspond à la tendance majoritaire de la jurisprudence en ce qui a trait au «niveau du vol». C'est ce problème qui a été soulevé dans la décision *Cassidy's*, qu'il y a lieu d'examiner de façon plus approfondie ici.

In reaching the conclusion that the mere fact that a thief is a senior employee should not preclude the deduction, Rip J. referred to a New Zealand decision, *W G Evans & Co Ltd v Commissioner of Inland Revenue*, [1976] 1 NZLR 425 (S.C.), at page 435:

The fact that he was also a director, shareholder and officer of the company does not alter the fact that he misappropriated the money while dealing with it as part of the company's activities, and not by the exercise of overriding power or control outside those activities altogether, as did the sole managing director in *Curtis's* case. The risk of such defalcations was inherent in the operations of the company carried on by necessity in this way, and accordingly the resulting loss is fairly incidental to the production of the assessable income and is deductible.

The reasoning of Mr. Justice Casey in *Evans* is particularly appropriate here. Dyck and Herringer may have been minority shareholders of Parkland, but they misappropriated the funds in question not in their capacity as shareholders, but rather as thieves, with neither the knowledge nor consent of the other shareholders. They misappropriated the money while dealing with it in the course of the company's activities, and not by exercising some overriding control over the funds which existed outside of those activities. The principle which ultimately decided *Cassidy's*, that the distinction in the level of employment should not make a difference as to whether an employee theft is deductible is no less applicable here. The taxpayer is entitled to the same relief where a minority shareholder, oblivious to the plans or desires of the other shareholders, misappropriates funds as he would be where a senior employee was the thief.

The amount lost due to the "wrongful taking" committed by Dyck and Herringer was a non-capital loss, the deduction of which is contemplated in accordance with Generally Accepted Accounting Principles, and is not prohibited by any of the provisions of the statute.

The appeal is therefore allowed and the matter is referred back to the Minister of National Revenue for the appropriate reassessments in accordance with these reasons. The plaintiff is entitled to costs.

Lorsqu'il a conclu que le fait que le fraudeur ait été un cadre dirigeant ne suffit pas en tant que tel à refuser la déduction des pertes, le juge Rip s'est référé à une décision de la Nouvelle-Zélande, *W G Evans & Co Ltd v Commissioner of Inland Revenue*, [1976] 1 NZLR 425 (S.C.), à la page 435:

[TRADUCTION] Le fait qu'il ait été aussi administrateur, actionnaire et dirigeant de l'entreprise ne change rien au fait qu'il ait détourné l'argent dans le cadre des activités de l'entreprise, et non en exerçant un pouvoir dominant complètement hors de ces activités, comme l'a fait l'administrateur délégué unique dans *Curtis*. Le risque d'un tel détournement était inhérent au fonctionnement de l'entreprise, exercé de cette manière par nécessité, et il s'ensuit que la perte qui en résulte est une conséquence secondaire de la production d'un revenu imposable et est déductible.

Le raisonnement du juge Casey dans l'affaire *Evans* s'applique particulièrement bien à l'espèce. Dyck et Herringer étaient peut-être des actionnaires minoritaires de Parkland, mais ils ont détourné les fonds en cause non en leur qualité d'actionnaires, mais plutôt de fraudeurs, à l'insu et sans le consentement des autres actionnaires. Ils ont détourné l'argent dans le cadre des activités de la société, et non en exerçant un pouvoir dominant sur les fonds qui aurait existé hors de ces activités. Le principe déterminant dans l'affaire *Cassidy's*, à savoir que la distinction dans le niveau d'emploi ne saurait entraîner une différence quant à la question de la déductibilité de sommes volées par un employé, ne s'applique pas moins en l'espèce. Lorsqu'un actionnaire minoritaire, qui fait fi des plans ou des souhaits des autres actionnaires, détourne des fonds, le contribuable a droit au même traitement que s'il s'agissait d'une fraude commise par un employé supérieur.

Le montant perdu par suite du «détournement» effectué par Dyck et Herringer était une perte autre qu'en capital, dont la déduction est envisagée en conformité avec les principes comptables généralement reconnus, et n'est pas interdite par quelque disposition de la Loi.

L'appel est donc accueilli et l'affaire est déferée au ministre du Revenu national pour nouvelles cotisations conformément aux présents motifs. La demanderesse a droit à ses dépens.

A-550-86

A-550-86

Her Majesty the Queen and the Minister of National Revenue (*Appellants*) (*Respondents*)

Sa Majesté la Reine et le Ministre du Revenu national (*appelants*) (*intimés*)

v.

a c.

Optical Recording Laboratories Inc. (formerly carrying on business as Optical Recording Corporation, formerly carrying on business as Information Tunnel Research Inc.) (*Respondent*) (*Applicant*)

Optical Recording Laboratories Inc. (faisant antérieurement affaire sous la raison sociale de Optical Recording Corporation, faisant antérieurement affaire sous la raison sociale de Information Tunnel Research Inc.) (*intimée*) (*requérante*)

INDEXED AS: *OPTICAL RECORDING CORP. v. CANADA (C.A.)*

RÉPERTORIÉ: *OPTICAL RECORDING CORP. c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Urie, Stone and Décary J.J.A.—
Toronto, October 17; Ottawa, October 26, 1990.

c J.C.A.—Toronto, 17 octobre; Ottawa, 26 octobre
1990.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Income tax — On originating motion under Federal Court Act, s. 18, Motions Judge quashing assessment, requirements to pay and s. 223 certificate and prohibiting further collection proceedings — Outside jurisdiction — Proceedings arising out of assessment deemed valid under Income Tax Act, s. 152(8) — As Act expressly providing for appeal from assessments, Federal Court Act, s. 29 precluding applications under ss. 28 and 18.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Impôt sur le revenu — Saisi d'une requête introductive d'instance présentée en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, le juge qui a entendu la requête a annulé la cotisation, les demandes péremptoires de paiement et le certificat établi en vertu de l'art. 223 et a interdit toute autre mesure de recouvrement — Excès de pouvoir — Poursuite découlant d'une cotisation réputée valide en vertu de l'art. 152(8) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Comme la Loi permet expressément d'interjeter appel d'une cotisation, l'art. 29 de la Loi sur la Cour fédérale empêche de présenter une demande fondée sur l'art. 28 ou sur l'art. 18.

Income tax — Reassessment — Order quashing assessment, requirements to pay and s. 223 certificate — Minister issuing second notice of assessment for Part VIII tax liability adding nothing except statutorily prescribed interest — Although second assessment constituting reassessment rendering first assessment void, appeal from order of certiorari not moot to extent relating to collection proceedings which were not invalidated.

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Ordonnance annulant une cotisation, des demandes péremptoires de paiement et un certificat établi en vertu de l'art. 223 — Le ministre a établi un second avis de cotisation à l'égard de l'impôt à payer en vertu de la Partie VIII en y ajoutant seulement les intérêts prescrits par la Loi — Même si la seconde cotisation constitue une nouvelle cotisation qui annule la première cotisation, l'appel formé contre l'ordonnance de certiorari n'est pas purement théorique dans la mesure où il se rapporte à des mesures de recouvrement qui n'ont pas été invalidées.

Income tax — Management of taxes — Motions Judge holding Minister's policy of not insisting on payment under Income Tax Act, s. 195(2) illegal — Misconstruing Minister's role in collection of monies owing — Having power to accept security, arrange for payments in manner best ensuring whole indebtedness ultimately paid.

Impôt sur le revenu — Administration des impôts — Le juge qui a entendu la requête a déclaré illégale la politique du ministre de ne pas insister sur le paiement de l'impôt dû aux termes de l'art. 195(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Mauvaise interprétation du rôle que joue le ministre à l'égard du recouvrement des créances — Le ministre a le pouvoir d'accepter une garantie et de prendre les dispositions les plus propres à garantir un règlement intégral de la dette.

This was an appeal from orders of *certiorari* quashing an assessment, requirements to pay and *Income Tax Act*, section 223 certificate, and prohibition preventing the Minister from continuing with collection proceedings against the respondent. The respondent had designated \$21.5 million pursuant to subsection 194(4) as the amount received upon the issuance of shares and debt obligations to finance scientific research and development. It did not pay 50% of the designated amount by the date required by subsection 195(2). The Minister issued a notice of assessment of the Part VIII tax payable as a result of filing the designations, and a letter advising the respondent that

Le présent appel a été formé contre une ordonnance de *certiorari* annulant une cotisation, des demandes péremptoires de paiement et un certificat établi en vertu de l'article 223 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et contre une ordonnance de prohibition interdisant au ministre de continuer ses mesures de recouvrement contre l'intimée. L'intimée avait désigné, conformément au paragraphe 194(4), un montant de 21 500 000 \$ à titre de contrepartie reçue à la suite de l'émission d'actions et de créances pour financer la recherche et le développement scientifiques. Elle n'a pas payé 50 % du montant désigné au plus tard à la date prévue par le paragraphe 195(2) de la Loi.

although corporations are technically liable to pay the tax by the end of the month following the transaction, since the taxes could be reduced under a special credit program, Revenue Canada was prepared to modify its usual collection action where it was satisfied that the corporation would eliminate its tax liability by the end of the year or provide security. Neither of those conditions was satisfied. Subsequently, the Minister issued requirements to pay to two financial institutions and registered a certificate in the Federal Court. The Motions Judge held that he had jurisdiction to adjudicate the originating motion brought under *Federal Court Act*, section 18 because issues of fundamental illegality, unfair treatment and estoppel were raised. He granted orders of *certiorari* and prohibition, holding that the policy of not insisting on payment under *Income Tax Act*, subsection 195(2), but allowing voluntary arrangements, was illegal. The Minister subsequently issued a notice of assessment for 1986 Part VIII tax liability of \$10.75 million plus interest. The issues were: (1) whether the second assessment was a reassessment, invalidating the first assessment and the collection proceedings and rendering these proceedings moot; (2) whether the Motions Judge had jurisdiction to entertain the originating motion; and (3) whether the Minister's collection policy was illegal.

Held, the appeal should be allowed.

(1) The second assessment was a reassessment since it added nothing to the tax assessed but only set forth the statutorily prescribed interest. While it rendered void the first assessment, collection proceedings undertaken pursuant to the unpaid assessment were not invalidated. Accordingly, to the extent that this appeal arose from orders for *certiorari* relating to monies held by financial institutions and prohibition arising out of the section 223 certificate, it was not moot.

(2) The Motions Judge lacked jurisdiction to entertain the originating motion. The proceedings arose out of an assessment which was deemed valid by *Income Tax Act* subsection 152(8), subject only to a reassessment, or to being varied or vacated by a successful objection (subsections 165(1) and (2)) or appeal to the Tax Court (section 169) or to the Trial Division (subsection 172(2)). Since the *Income Tax Act* expressly provides for an appeal from assessments made by the Minister, section 29 of the *Federal Court Act* precludes applications in respect of such assessments brought under section 28 and applications brought under section 18 to challenge the assessments and the collection proceedings or actions taken in respect of those deemed valid assessments.

Le ministre a envoyé à l'intimé un avis de cotisation établissant l'impôt exigible en vertu de la Partie VIII à la suite de la production des formules de désignation, ainsi qu'une lettre informant l'intimé que même si les sociétés sont en principe tenues de payer l'impôt au plus tard le dernier jour du mois suivant la transaction, comme un programme spécial de crédit d'impôt leur permet de réduire leurs obligations fiscales, Revenu Canada était disposé à modifier ses mesures habituelles de recouvrement lorsque les sociétés arrivent à le convaincre qu'elles auront ramené leur obligation à zéro d'ici la fin de l'année ou lorsqu'elles fournissent une garantie. Ni l'une ni l'autre de ces conditions n'a été respectée. Par la suite, le ministre a signifié des demandes péremptoires de paiement à deux institutions financières et a enregistré un certificat à la Cour fédérale. Le juge qui a entendu la requête a statué qu'il avait compétence pour instruire et trancher la requête introductive d'instance présentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* parce que les points en litige visaient des questions d'illégalité fondamentale, de traitement injuste et d'irrecevabilité. Il a accordé les ordonnances de *certiorari* et de prohibition sollicitées et a déclaré illégale la politique consistant à ne pas insister sur le paiement prévu au paragraphe 195(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mais à permettre des arrangements volontaires. Le ministre a par la suite établi un avis de cotisation dans lequel il a fixé à 10 750 000 \$ l'impôt exigible en vertu de la Partie VIII pour 1986, plus les intérêts. Les questions en litige étaient les suivantes: (1) La seconde cotisation était-elle une nouvelle cotisation, ce qui avait pour effet d'invalider la première cotisation ainsi que les mesures de recouvrement et de rendre la poursuite purement théorique? (2) Le juge qui a entendu la requête avait-il compétence pour instruire et juger la requête introductive d'instance? (3) La politique de recouvrement du ministre était-elle illégale?

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

(1) La seconde cotisation est une nouvelle cotisation puisqu'elle n'ajoute rien à l'impôt fixé et qu'elle énonce seulement les intérêts prescrits par la Loi. Même si elle annule la première cotisation, la cotisation impayée n'invalide pas les mesures de recouvrement prises à son égard. En conséquence, le présent appel n'est pas théorique, dans la mesure où il découle des ordonnances de *certiorari* relatives aux fonds détenus par des institutions financières ainsi que de l'ordonnance de prohibition relative au certificat établi en vertu de l'article 223.

(2) Le juge qui a entendu la requête n'avait pas compétence pour instruire et juger la requête introductive d'instance. L'instance découlait d'une cotisation qui était réputée valide aux termes du paragraphe 152(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sous réserve seulement d'une nouvelle cotisation, ou des modifications qui pouvaient y être apportées ou de l'annulation qui pouvait être prononcée à la suite d'une opposition (paragraphe 165(1) et 165(2)) ou d'un appel interjeté devant la Cour de l'impôt (article 169) ou devant la Section de première instance (paragraphe 172(2)). Comme la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit expressément un appel des cotisations établies par le ministre, il s'ensuit que, selon l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ces cotisations ne peuvent pas faire l'objet d'une requête fondée sur l'article 28 ou d'une requête présentée en vertu de l'article 18 en vue de contester la cotisation et les procédures ou mesures de recouvrement prises à l'égard de ces cotisations réputées valides.

(3) The Motions Judge misconstrued the role of the Minister in the collection of monies owing to the Crown. He is required to "administer and enforce [the] Act". He has the power under subsection 220(4) to accept security for payment of any debt under the Act. Such power is given to ensure that payment of the indebtedness is ultimately secure. Although such security is usually monetary in nature, it is not statutorily required to be so. The Minister is empowered to manage his department not only from an administrative, but also from a "management of taxes" point of view. This means that as a creditor he has the right to arrange payment for a tax indebtedness in such manner that best ensures payment of the whole. Arrangements to that end are in the best interests of everyone concerned and are to be encouraged.

(3) Le juge qui a entendu la requête a mal interprété le rôle que joue le ministre à l'égard du recouvrement des créances de Sa Majesté. Le ministre est chargé de «l'application et [de] l'exécution de la [...] loi». Le paragraphe 220(4) lui donne le pouvoir d'accepter des garanties pour le paiement de toute somme due aux termes de la Loi. Le pouvoir qui lui est ainsi conféré vise à garantir le paiement final de la dette. Même si la garantie est normalement fournie en argent, la Loi n'exige pas qu'elle le soit. Le ministre est habilité à gérer son ministère non exclusivement d'un point de vue administratif, mais aussi du point de vue de l'«administration des impôts». Cela signifie qu'en tant que créancier, il a le droit de prendre, au sujet du règlement d'une dette fiscale, les dispositions les plus propres à garantir un règlement intégral. Les dispositions prises à cette fin sont dans l'intérêt de toutes les personnes concernées et doivent être encouragées.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 28, 29.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 152(8), 165(1),(2), 169 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 70), 172(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58), 194(4) (as re-enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 95), 195(2) (as re-enacted *idem*), 220(1),(4) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 88), 223 (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 114), 224 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 121).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Lambert v. The Queen, [1977] 1 F.C. 199; [1976] CTC 611; (1976), 76 DTC 6373; 14 N.R. 146 (C.A.).

APPLIED:

Abrahams, Coleman C. v. Minister of National Revenue (No. 2), [1967] 1 Ex.C.R. 333; [1966] C.T.C. 690; (1966), 66 DTC 5451; *Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331; [1984] CTC 352; (1984), 84 DTC 6345 (C.A.); *Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, [1981] 2 All E.R. 93 (H.L.).

REVERSED:

Optical Recording Corp. v. Canada, [1987] 1 F.C. 339; [1986] 2 C.T.C. 325; (1986), 86 DTC 6465; 6 F.T.R. 294 (T.D.).

REFERRED TO:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 28, 29.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 152(8), 165(1),(2), 169 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58; 1984, chap. 45, art. 70), 172(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58), 194(4) (ajouté par S.C. 1984, chap. 1, art. 95), 195(2) (ajouté, *idem*), 220(1),(4) (mod. par S.C. 1984, chap. 45, art. 88), 223 (mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 114), 224 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 121).

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Lambert c. La Reine, [1977] 1 C.F. 199; [1976] CTC 611; (1976), 76 DTC 6373; 14 N.R. 146 (C.A.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Abrahams, Coleman C. v. Minister of National Revenue (No. 2), [1967] R.C.É. 333; [1966] C.T.C. 690; (1966), 66 DTC 5451; *Ministre du revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331; [1984] CTC 352; (1984), 84 DTC 6345 (C.A.); *Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, [1981] 2 All E.R. 93 (H.L.).

DÉCISION INFIRMÉE:

Optical Recording Corp. c. Canada, [1987] 1 C.F. 339; [1986] 2 C.T.C. 325; (1986), 86 DTC 6465; 6 F.T.R. 294 (1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.

COUNSEL:

Roger Taylor for appellants (respondents).
Glen A. Smith and *R. A. Mansell* for ^a respondent (applicant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants (respondents).
McCarthy Tétrault, Toronto, for respondent ^c (applicant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

URIE J.A.: This appeal is from orders of *certiorari* and prohibition granted by the Trial Division on September 4, 1986 [[1987] 1 F.C. 339]. The relevant facts which are not in dispute, are these. ^e

THE FACTS

The respondent was incorporated under the name of Information Tunnel Research Inc. on August 17, 1984. Its name was subsequently changed to Optical Recording Corporation and later changed again to that shown in the style of cause, namely, Optical Recording Laboratories Inc. Counsel for the respondent at the opening of the appeal advised the Court that the respondent had made an assignment in bankruptcy and filed a letter from the Trustee apparently authorizing him to appear on his behalf. Counsel for the appellant did not object so that we agreed to hear him.

An agreement was entered into on March 25, 1985 by the respondent with Digital Recording Corporation ("Digital") whereby Digital sold and Optical bought a development system at a price of \$21,500,000. On the same day, the respondent

AVOCATS:

Roger Taylor pour les appelants (intimés).
Glen A. Smith et *R. A. Mansell* pour l'intimée (requérante).

^b PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants (intimés).
McCarthy Tétrault, Toronto, pour l'intimée (requérante).

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

LE JUGE URIE, J.C.A.: Le présent appel a été formé contre les ordonnances de *certiorari* et de prohibition prononcées par la Section de première instance le 4 septembre 1986 [[1987] 1 C.F. 339]. Voici les faits pertinents qui ne sont pas contestés.

LES FAITS

L'intimée a été constituée le 17 août 1984 sous la raison sociale de Information Tunnel Research Inc. Cette raison sociale a par la suite été changée pour celle de Optical Recording Corporation, puis, à nouveau, pour celle qui figure dans l'intitulé de la cause, c'est-à-dire Optical Recording Laboratories Inc. Dès le début de l'appel, l'avocat de l'intimée a informé la Cour que l'intimée s'était mise en faillite et il a produit une lettre du syndic l'autorisant vraisemblablement à comparaître en son nom. Comme l'avocat de l'appelante n'a pas formulé d'objection, nous avons accepté de l'entendre. ⁱ

Un contrat a été conclu le 25 mars 1985 entre l'intimée et Digital Recording Corporation («Digital»). Aux termes de ce contrat, Digital a vendu à Optical un système de développement au prix de 21 500 000 \$. Le même jour, l'intimée a désigné,

designated amounts totalling \$21.5 million pursuant to subsection 194(4)¹ of Part VIII of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63, as re-enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 95] ("the Act"). That sum was the amount received by it upon its issuance of shares and debt obligations. The designations filed by the respondent with the Minister of National Revenue ("the Minister") on the same date were not accompanied by an amount payable to the Receiver General of Canada in the sum of 50% of the amount designated, namely, \$10,750,000, nor was such an amount paid on or before April 30, 1985, as required by subsection 195(2) [as re-enacted *idem*]² of the Act.

On June 3, 1985, the Minister sent to the respondent a notice of assessment "in respect of Part VIII assessment levied under subsection 195(2) of the *Income Tax Act*" requesting payment of the unpaid sum of \$10,750,000. Attached to the notice of assessment was an advice to the taxpayer reading as follows:

The attached notice of assessment reflects Part VIII tax payable on account, as a result of filing of designation(s) in respect

¹ 194. ...

(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 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.

² 195. ...

(2) Where, in a particular month in a taxation year, a corporation issues a share or debt obligation, or grants a right, in respect of which it designates an amount under section 194, the corporation shall, on or before the last day of the month following the particular month, pay to the Receiver General on account of its tax payable under this Part for the year an amount equal to 50% of the aggregate of all amounts so designated.

a conformément au paragraphe 194(4)¹ de la Partie VIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63, ajouté par S.C. 1984, chap. 1, art. 95] («la Loi»), des montants totalisant 21 500 000 \$. Ces montants constituaient la contrepartie qu'elle avait reçue à la suite de l'émission d'actions et de créances. Les formules de désignation que l'intimée a produites auprès du ministre du Revenu national («le ministre») le même jour b n'étaient pas accompagnées du montant payable au receveur général du Canada, à savoir 50 % du montant désigné ou 10 750 000 \$, et ce montant n'a pas été payé au plus tard le 30 avril 1985 c comme l'exige le paragraphe 195(2)² [ajouté, *idem*] de la Loi.

d Le 3 juin 1985, le ministre a envoyé à l'intimée un avis de cotisation [TRADUCTION] «établissant, conformément au paragraphe 195(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une cotisation d'impôt fondée sur la Partie VIII». Le ministre a réclamé le paiement de la somme impayée de 10 750 000 \$. À l'avis de cotisation était joint l'avis suivant:

e [TRADUCTION] L'avis de cotisation ci-joint indique l'impôt exigible en vertu de la Partie VIII à la suite de la production de

¹ 194. ...

(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 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.

² 195. ...

(2) Lorsque, dans un mois donné d'une année d'imposition, une corporation émet une action ou une créance, ou accorde un droit, à l'égard de laquelle ou duquel elle désigne un montant en vertu de l'article 194, elle doit, dans le mois qui suit le mois donné, payer au receveur général au titre de son impôt payable en vertu de la présente Partie pour l'année un montant égal à 50% du total de tous les montants ainsi désignés.

of the issuing of shares, or debt obligations or the granting of certain rights to finance scientific research and development.

Corporations that have issued scientific research or share-purchase tax credit securities are technically liable to pay the related Part VIII tax by the end of the month following the transaction. However, under the terms of this special credit program, the tax liabilities may be reduced or extinguished through the use of qualifying expenditures or tax credits. Since these Part VIII tax liabilities may be reduced, Revenue Canada, Taxation is prepared to modify or withhold its usual collection action with respect to these assessments where the corporation is able to satisfy Revenue Canada that its liability will be eliminated by the end of the year, or provide acceptable security.

An officer from Revenue Canada, Taxation will be contacting you to discuss the method in which the liability will be satisfied.

Also attached is a copy of a recent press release which outlines Revenue Canada, Taxation's position in this matter. [Emphasis added.]

No notice of objection was ever served on the Minister with respect to the notice of assessment. Nor did the Minister ever advise the respondent that he was satisfied that the respondent's Part VIII liability would be extinguished by the end of its 1986 taxation year nor has it done so since. Moreover, despite the request of representatives of the Minister for collateral security made at a meeting with a representative of the respondent held on October 10, 1985, no such security has ever been provided.

On March 18, 1986, requirements to pay issued pursuant to section 224 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 121]³ of the Act were issued by the Minister to the Royal Bank of Canada and to Canada Permanent Trust Company in respect of monies of the respondent held in these institutions.

³ 224. (1) Where the Minister has knowledge or suspects that a person is or will be, within 90 days, liable to make a payment to another person who is liable to make a payment under this Act (in this section referred to as the "tax debtor"), he may, by registered letter or by a letter served personally, require that person to pay forthwith, where the moneys are immediately payable, and, in any other case, as and when the moneys become payable, the moneys otherwise payable to the tax debtor in whole or in part to the Receiver General on account of the tax debtor's liability under this Act.

formules de désignation concernant l'émission d'actions ou de créances ou l'octroi de certains droits pour financer la recherche et le développement scientifiques.

Les sociétés qui ont émis des titres aux fins d'un crédit d'impôt pour l'achat d'actions ou pour la recherche scientifique sont en principe tenues de payer l'impôt prévu à la Partie VIII au plus tard le dernier jour du mois suivant la transaction. Toutefois, les conditions du programme spécial de crédit d'impôt leur permettent de réduire ou de ramener à zéro leurs obligations fiscales par la déduction des dépenses admissibles ou des crédits d'impôt. Étant donné qu'il est possible de réduire l'impôt exigible en vertu de la Partie VIII, Revenu Canada, Impôt est disposé à modifier ou à suspendre ses mesures habituelles de recouvrement à l'égard de ces cotisations lorsque la société arrive à la convaincre qu'elle aura ramené son obligation à zéro d'ici la fin de l'année ou qu'elle fournit une garantie acceptable.

Un agent de l'Impôt communiquera avec vous pour discuter de la façon de régler le montant à payer.

Vous trouverez également en annexe un exemplaire d'un communiqué de presse récent dans lequel est exposée la position de Revenu Canada, Impôt sur la question. [Non souligné dans le texte original.]

Le ministre n'a jamais reçu signification d'un avis d'opposition à l'avis de cotisation. Le ministre n'a jamais non plus avisé l'intimée qu'il était convaincu que l'intimée réussirait, avant la fin de l'année d'imposition 1986, à ramener à zéro le montant d'impôt qu'elle devait payer selon la Partie VIII. De plus, malgré le fait que des représentants du ministre ont demandé une garantie accessoire au cours de la rencontre qui a eu lieu avec un représentant de l'intimée le 10 octobre 1985, cette garantie n'a jamais été fournie.

Le 18 mars 1986, le ministre a, en vertu de l'article 224 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 121]³ de la Loi, signifié à la Banque Royale du Canada et au Canada Permanent Trust Company une demande péremptoire de paiement à l'égard des fonds de l'intimée détenus par ces institutions.

³ 224. (1) Lorsque le Ministre sait ou soupçonne qu'une personne est ou sera, dans les 90 jours, tenue de faire un paiement à une autre personne qui, elle-même, est tenue de faire un paiement en vertu de la présente loi (appelée au présent article le «débiteur fiscal»), il peut, par lettre recommandée ou par lettre signifiée à personne, exiger de cette personne que les deniers autrement payables au débiteur fiscal soient en totalité ou en partie versés, immédiatement si les deniers sont alors payables ou, dans les autres cas, au fur et à mesure qu'ils deviennent payables, au receveur général au titre de l'obligation du débiteur fiscal en vertu de la présente loi.

On April 1, 1986, the Minister registered a certificate in the Federal Court of Canada pursuant to section 223 [as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 114]⁴ of the Act in respect of the respondent's indebtedness of \$10,750,000.

On June 18, 1986, an originating notice of motion was filed in the Trial Division on behalf of the respondent seeking writs of *certiorari* or for an order for relief in the nature thereof to quash the Minister's decision to

- (a) issue the Notice of Assessment dated June 3, 1985
- (b) issue the Requirements to Pay dated March 18, 1986, and
- (c) issue a Certificate pursuant to section 223 of the Act.

It sought, as well, a writ of prohibition or relief in the nature thereof, prohibiting the Minister from continuing his collection proceedings against the respondent "until lawful to do so." A request for a declaration was abandoned at the hearing of the motion in the Trial Division.

On September 4, 1986 Muldoon J. in the Trial Division quashed the assessment, the two requirements to pay, and the section 223 certificate and prohibited the Minister from continuing with the collection proceedings or actions against the respondent "until it is lawful . . . to do so" [at page 362].

It is from this order that this appeal has been brought. Toward the end of his reasons for disposition of the motion, the learned Motions Judge made the following comment [at page 362]:

It is far too late now for the applicant to make timely compliance with subsection 195(2) of the *Income Tax Act* from which it was counselled and induced by the Minister. The reasonable course now would be to perform a real assessment of tax, including Part VIII tax, if any, upon the applicant's now filed income tax return, in order to determine whether or not the applicant actually did eliminate its liability for those Part VIII taxes.

⁴ 223. (1) An amount payable under this Act that has not been paid or such part of an amount payable under this Act as has not been paid may be certified by the Minister.

Le 1^{er} avril 1986, le ministre a, en vertu de l'article 223 [mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 114]⁴ de la Loi, enregistré à la Cour fédérale du Canada un certificat relativement à la somme de 10 750 000 \$ due par l'intimée.

Le 18 juin 1986, l'intimée a déposé devant la Section de première instance un avis de requête introductif d'instance dans lequel elle a sollicité des brefs de *certiorari* ou une ordonnance de cette nature afin d'annuler la décision par laquelle le ministre

- a) avait envoyé l'avis de cotisation du 3 juin 1985
- b) avait envoyé les demandes péremptoires de paiement le 18 mars 1986
- c) avait délivré un certificat en vertu de l'article 223 de la Loi.

Elle a également demandé un bref de prohibition ou une ordonnance de cette nature interdisant au ministre de continuer ses procédures de recouvrement contre l'intimée «jusqu'à ce qu'il soit permis de le faire». À l'audition de la requête devant la Section de première instance, l'intimée s'est désistée de sa demande de jugement déclaratoire.

Le 4 septembre 1986, le juge Muldoon de la Section de première instance a annulé la cotisation, les deux demandes péremptoires de paiement et le certificat délivré en vertu de l'article 223, et il a interdit au ministre de continuer ses procédures de recouvrement «jusqu'à ce qu'il soit permis . . . de le faire» [à la page 362].

C'est de cette ordonnance que le présent appel est interjeté. Vers la fin des motifs de la décision rendue en réponse à la requête, le juge de première instance a formulé le commentaire suivant [à la page 362]:

Il est maintenant beaucoup trop tard pour que la requérante puisse se conformer dans les délais au paragraphe 195(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce que le Ministre lui avait déconseillé de faire. Il y aurait maintenant lieu d'établir une véritable cotisation d'impôt, y compris celui dû en vertu de la Partie VIII le cas échéant, à partir de la déclaration d'impôt sur le revenu produite par la requérante, afin de déterminer si celle-ci a réellement annulé son obligation en ce qui a trait audit impôt exigible en vertu de la Partie VIII.

⁴ 223. (1) Le ministre peut, par certificat, attester qu'un montant payable en vertu de la présente loi ou une partie d'un tel montant est impayé.

Presumably as a result of this comment, on January 17, 1989 the Minister issued a notice of assessment in respect of the respondent's Part VIII tax liability for its 1986 taxation year. That notice assessed Part VIII tax in the sum of \$10,750,000 together with interest of \$4,277,925. The respondent filed a notice of objection to this assessment on March 13, 1989. Apparently the objection was not upheld so that the respondent appealed the second assessment to the Trial Division by filing its statement of claim on June 29, 1989.

MOOTNESS

In his memorandum of fact and law, counsel for the respondent argued for the first time that the second assessment is a reassessment in respect of the respondent's Part VIII tax liability for its 1986 tax year. The effect, thereof, counsel submitted, was to render the first assessment and the collection proceedings instituted with respect thereto, a nullity. At the opening of the appeal the Court called upon respondent's counsel to argue the mootness issue as a preliminary objection. After hearing his argument, as well as that of counsel for the appellant, judgment was reserved on the issue and the Court proceeded to hear argument of counsel on the merits of the appeal, upon which judgment was also reserved.

I propose, therefore, to deal with the mootness issue first. In support of his contention that the second assessment invalidated the first, counsel for the respondent relied on the decision of Jackett P. (as he then was) in the Exchequer Court of Canada in *Abrahams, Coleman C. v. Minister of National Revenue (No. 2)*.⁵

In that case, a reassessment had been issued which became the subject of an appeal to the Exchequer Court. Shortly thereafter the Minister issued a further reassessment which became the subject of a separate appeal. At pages 336-337 of the judgment, Jackett P. had this to say:

Assuming that the second re-assessment is valid, it follows, in my view, that the first re-assessment is displaced and becomes a nullity. The taxpayer cannot be liable on an original assessment

⁵ [1967] 1 Ex.C.R. 333.

Vraisemblablement par suite de ce commentaire, le ministre a établi le 17 janvier 1989 un avis de cotisation à l'égard de l'impôt à payer par l'intimée en vertu de la Partie VIII pour son année d'imposition 1986. Dans cet avis, le ministre a fixé à 10 750 000 \$ l'impôt exigible en vertu de la Partie VIII, et à 4 277 925 \$ les intérêts à payer. L'intimée a produit un avis d'opposition à cette cotisation le 13 mars 1989. Cette opposition n'a apparemment pas été accueillie; l'intimée a donc interjeté appel de la seconde cotisation devant la Section de première instance en produisant une déclaration le 29 juin 1989.

CARACTÈRE THÉORIQUE

Dans son exposé des faits et du droit, l'avocat de l'intimée a soutenu pour la première fois que la seconde cotisation est une nouvelle cotisation de l'impôt dû par l'intimée aux termes de la Partie VIII pour son année d'imposition 1986. Suivant l'avocat, cela a pour effet d'annuler la première cotisation ainsi que les mesures de recouvrement prises à son égard. Dès le début de l'appel, la Cour a invité l'avocat de l'intimée à soulever la question du caractère théorique à titre d'exception préliminaire. Après avoir entendu les prétentions des deux avocats, la Cour a mis la question en délibéré et a procédé à l'audition au fond de l'appel, lequel a également été mis en délibéré.

Je me propose donc de traiter d'abord de la question du caractère théorique. À l'appui de sa prétention que la seconde cotisation invalide la première, l'avocat de l'intimée invoque la décision rendue par le président Jackett (tel était alors son titre) de la Cour de l'Échiquier du Canada dans l'affaire *Abrahams, Coleman C. v. Minister of National Revenue (No. 2)*.⁵

Dans cette affaire, une nouvelle cotisation avait été établie et avait fait l'objet d'un appel devant la Cour de l'Échiquier. Peu de temps après, le ministre avait établi une seconde nouvelle cotisation, qui avait fait l'objet d'un appel distinct. Aux pages 336 et 337 du jugement, le président Jackett a tenu les propos suivants:

[TRADUCTION] Si l'on présume que la seconde nouvelle cotisation est valide, il s'ensuit, à mon avis, qu'elle remplace et annule la première nouvelle cotisation. On ne peut obliger le contribua-

⁵ [1967] 1 R.C.É. 333.

as well as on a re-assessment. It would be different if one assessment for a year were followed by an "additional" assessment for that year. Where, however, the "re-assessment" purports to fix the taxpayer's total tax for the year, and not merely an amount of tax in addition to that which has already been assessed, the previous assessment must automatically become null.

I am, therefore, of opinion that, since the second re-assessment was made, there is no relief that the Court could grant on the appeal from the first re-assessment because the assessment appealed from had ceased to exist. There is no assessment, therefore, that the Court could vacate, vary or refer back to the Minister. When the second re-assessment was made, this appeal should have been discontinued or an application should have been made to have it quashed.

The *Abrahams* judgment was considered in this Court in the 1976 appeal of *Lambert v. The Queen*,⁶ where Jackett C.J. speaking for the Court said:

With that much of the statute in mind, reference must be made to a line of jurisprudence in the Exchequer and Federal Courts—not because it is pertinent but because it has given rise to some confusion—that has held that where there has been a reassessment for a taxation year as opposed to a further assessment—i.e., a re-determination of the total amount payable for the year as opposed to a determination of an additional amount payable for the year—the reassessment displaces the previous assessment so as to nullify from that time forward the previous assessment and, consequently, any appeal from that previous assessment. (See, for example *Abrahams v. M.N.R.* (No. 2) [[1967] 1 Ex.C.R. 333].)

The learned Trial Judge appears to have rejected these contentions on the ground that the new assessments were not reassessments but were further assessments.

On examining the new assessments, we are inclined to the view that they are not further assessments but are reassessments. This question did not, however, have to be decided because, in our view, which ever they are, they do not, in themselves, affect the validity of the section 223 certificate or operate automatically to confer on the appellant a right to have the section 223 certificate nullified.

As appears from our review of the provisions of the Act, there is a difference between

- (a) a liability under the Act to pay tax, and
- (b) an "assessment" (including a reassessment for a further assessment), which is a determination or calculation of the tax liability.

It follows that a reassessment of tax does not nullify the liability to pay the tax covered by the previous tax [sic] as long

⁶ [1977] 1 F.C. 199 (C.A.), at pp. 203-204.

ble à payer à la fois la cotisation initiale et la nouvelle cotisation. Il en serait autrement si la cotisation établie pour une année était suivie d'une cotisation «supplémentaire» pour la même année. Toutefois, lorsque la «nouvelle cotisation» est censée fixer l'impôt total dû par le contribuable pour l'année, et non seulement un montant d'impôt qui s'ajoute à celui qui a déjà été fixé, la cotisation antérieure doit automatiquement devenir nulle.

Je suis par conséquent d'avis que, depuis que la seconde nouvelle cotisation a été établie, il n'y a pas de réparation que la Cour pourrait accorder en réponse à l'appel formé contre la première nouvelle cotisation, parce que la cotisation frappée d'appel a cessé d'exister. Il n'existe donc pas de cotisation que la Cour pourrait annuler, modifier ou renvoyer au ministre. Lorsque la seconde nouvelle cotisation a été établie, il aurait fallu qu'on se désiste du présent appel ou qu'on en demande l'annulation.

Le jugement *Abrahams* a été examiné par notre Cour à l'occasion de l'appel interjeté en 1976 dans l'affaire *Lambert c. La Reine*⁶. Le juge en chef Jackett, qui s'exprimait au nom de la Cour, a déclaré:

Il faut, de plus, rappeler l'existence d'une certaine jurisprudence qui nous apparaît être inapplicable en l'espèce mais à laquelle les parties ainsi que la Cour de première instance se sont référées. La Cour de l'Échiquier et la Cour fédérale ont jugé que lorsque, pour une année d'imposition, on avait établi une nouvelle cotisation plutôt qu'une cotisation supplémentaire, (c'est-à-dire lorsque l'on avait déterminé de nouveau le montant total d'impôt payable pour l'année plutôt que de déterminer le montant additionnel payable) la nouvelle cotisation remplaçant l'ancienne qui se trouvait dès lors annulée ainsi que tout appel dirigé contre elle. (Voir, par exemple, *Abrahams c. M.N.R.* (N^o 2) [[1967] 1 R.C.É. 333].)

Il semble que le premier juge a rejeté ces prétentions pour le motif que, à son avis, les nouvelles cotisations n'étaient pas en réalité des cotisations nouvelles mais bien plutôt des cotisations supplémentaires.

L'examen de ces cotisations nous porte à croire que, contrairement à ce qu'a semblé décider le premier juge, ces cotisations ne sont pas des cotisations supplémentaires. Il n'est pas nécessaire, cependant, de trancher cette question parce que ces cotisations, quelqu'en ait été la nature, n'ont pas eu pour effet, à notre avis, d'affecter la validité du certificat établi en vertu de l'article 223 ou de conférer à l'appelant le droit de demander l'annulation de ce certificat.

Comme il apparaît de la revue que nous avons faite des dispositions de la loi, il y a une différence entre

- a) l'obligation de payer l'impôt en vertu de la loi, et
- b) la «cotisation» (qu'il s'agisse d'une cotisation originaire, d'une nouvelle cotisation ou d'une cotisation supplémentaire), qui n'est que la détermination ou le calcul du montant de l'obligation fiscale.

Il s'ensuit que l'établissement d'une nouvelle cotisation ne fait pas disparaître l'obligation de payer le montant d'impôt fixé

⁶ [1977] 1 C.F. 199 (C.A.), aux p. 203 et 204.

as that tax is included in the amount reassessed. As there can be no basis for the appellant's contention on this motion unless the "amount payable" on which the certificate was based had ceased to be "payable" and as the material before us does not show that it had ceased to be payable, in our view, the appeal had to be dismissed. Indeed, the appeal was argued, as we understood the argument, on the assumption that the amounts on which the certificate was based were carried forward into the new assessments. [Emphasis added.]

Two things appear clear from the above two cases. First, if the second assessment is a reassessment, as it appears to be since it adds nothing to the tax assessed and only sets forth the statutorily prescribed accrued interest payable thereon, it renders void the assessment dated June 3, 1985.

Secondly, while I confess some difficulty in understanding why the collection proceedings undertaken pursuant to that unpaid assessment, are not also rendered void, the *Lambert* decision seems to so hold and is binding on us, i.e., the void assessment does not affect the requirement to pay. Its life is maintained. That being so, to the extent that the present appeal arises from the orders for *certiorari* relating to monies, if any, held by the Royal Bank of Canada and the Canada Permanent Trust Company and to the order of prohibition arising out of the section 223 certificate, it is not moot. The appeal must on those issues, be heard on its merits. It is thus unnecessary, at least with respect thereto, to discuss the principles applicable in determining whether an appeal has been rendered moot as those principles are set forth in the *Borowski* [*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342] case. It is necessary, however, to first determine the jurisdiction of the Trial Division to entertain the originating motion brought before it pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7].

JURISDICTION UNDER SECTION 18

Very simply, it had been the respondent's position on the hearing of the originating motion that, relying on the advice given on the attachment to the notice of assessment dated June 3, 1985, as quoted earlier herein, the respondent's President and major shareholder, Mr. Adamson, expecting

par une cotisation antérieure dès lors que ce montant est inclus dans celui que fixe la nouvelle cotisation. L'appelant ne pouvait réussir à moins qu'il ait eu raison de dire que le «montant payable» mentionné au certificat avait cessé d'être exigible. À notre avis, rien dans le dossier n'indique que ce montant avait cessé d'être payable et il nous a même semblé que l'avocat de l'appelant, dans sa plaidoirie, avait pris pour acquis que le montant apparaissant au certificat était inclus dans le montant fixé par les nouvelles cotisations. [Non souligné dans le texte original.]

Il y a deux choses qui semblent claires à la lecture des deux décisions susmentionnées. Premièrement, si la seconde cotisation est une nouvelle cotisation, comme elle semble l'être puisqu'elle n'ajoute rien à l'impôt fixé et qu'elle énonce seulement les intérêts courus qui sont prescrits par la Loi et qui doivent être versés sur l'impôt fixé, elle annule la cotisation du 3 juin 1985.

Deuxièmement, bien que j'avoue avoir du mal à comprendre la raison pour laquelle les mesures de recouvrement prises à l'égard de la cotisation impayée ne sont pas elles aussi annulées, il semble que c'est ce qu'on a statué dans la décision *Lambert*, par laquelle nous sommes liés. La cotisation nulle n'a donc pas d'incidence sur l'obligation de payer. Celle-ci continue d'exister. Dans ces conditions, le présent appel n'est pas théorique, dans la mesure où il découle des ordonnances de *certiorari* relatives aux fonds détenus, s'il y a lieu, par la Banque Royale du Canada et le Canada Permanent Trust Company, ainsi que de l'ordonnance de prohibition relative au certificat fait en vertu de l'article 223. L'appel doit être entendu au fond sur ces questions. Il est donc inutile, du moins à cet égard, d'examiner les principes qui ont été énoncés dans l'arrêt *Borowski* [*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342] pour déterminer si un appel est devenu purement théorique. Il est toutefois nécessaire d'établir d'abord si la Section de première instance a compétence à l'égard de la requête introductive d'instance qui lui a été présentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7].

COMPÉTENCE EN VERTU DE L'ARTICLE 18

La thèse très simple qu'a exposée l'intimée à l'audition de la requête introductive d'instance est qu'à la suite de l'avis qui a été donné dans la pièce jointe à l'avis de cotisation du 3 juin 1985 précité au président et actionnaire majoritaire de l'intimée, M. Adamson, qui croyait que l'impôt à payer

that his company's tax liability would be eliminated before the tax year end, it would not be required to do anything in response to the notice of assessment. No notice of objection was served on the Minister. Indeed, Mr. Adamson was not aware that such an appeal procedure existed until after the time limit for filing it had passed. I should reiterate that at no time did the respondent satisfy the Minister that its tax liability, if any existed in law, (a question which could not properly be decided in this appeal), would be extinguished before the end of the 1986 tax year nor did it provide satisfactory or any security for any such liability.

The Minister's equally simple position was that at the time the respondent filed the designations under subsection 194(4) of the Act, *supra*, the respondent knew or ought to have known that its Part VIII tax liability could be as much as 50% of the total amount designated. As a result, by virtue of subsection 195(2) of the Act, *supra*, it was liable to make a payment in respect thereto or, in accordance with the policy of the Minister as explained in the advice attached to the notice of assessment, provide security for the amount due on account of tax or satisfy the Minister that its tax liability would be extinguished before the end of the 1986 tax year.

The learned Trial Judge began his resolution of those competing positions by considering the jurisdiction of the Court to adjudicate on the respondent's originating motion, an issue which had apparently been raised during argument. At pages 350 to 351, inclusive, of the case, he made the following finding:

At first blush that question might seem to be already concluded. The Appeal Division in its unanimous decision in *Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331; 84 DTC 6345, (reversing the Trial Division judgment [1984] 1 F.C. 804; (1983), 83 DTC 5329) held [at pages 332-333 F.C.; 6346 DTC]:

We are all of opinion that the appeal must succeed on the narrow ground that the only way in which the assessments made against the respondents could be challenged was that provided for in sections 169 and following of the *Income Tax Act*. This, in our view, clearly results from section 29 of the *Federal Court Act*.

The learned Judge of first instance held that, in this case, section 29 did not deprive the Trial Division of the jurisdic-

par sa compagnie serait éliminé avant la fin de l'année d'imposition, la compagnie intimée n'était pas obligée de faire quoi que ce soit en réponse à l'avis de cotisation. Aucun avis d'opposition n'a été signifié au ministre. En fait, M. Adamson n'a appris l'existence de cette procédure d'appel qu'après l'expiration du délai qui lui était imparti pour s'en prévaloir. Je tiens à répéter que l'intimée n'a jamais réussi à convaincre le ministre qu'avant la fin de l'année d'imposition, elle aurait ramené à zéro son obligation fiscale—si celle-ci existait en droit (une question qui ne saurait être régulièrement tranchée dans le cadre du présent appel)—et qu'elle ne lui a fourni aucune garantie pour le paiement de cette obligation.

La thèse tout aussi simple du ministre était qu'au moment où elle a produit les formules de désignation prévues au paragraphe 194(4) de la Loi, précité, l'intimée savait ou aurait dû savoir que l'impôt qu'elle devait payer aux termes de la Partie VIII pouvait représenter jusqu'à 50 % du montant total désigné. En conséquence, aux termes du paragraphe 195(2) de la Loi, précité, elle était tenue de faire un versement à ce titre ou, conformément à la politique du ministre qui était expliquée dans l'avis joint à l'avis de cotisation, de fournir une garantie pour le montant dû au titre de l'impôt ou de convaincre le ministre qu'elle aurait ramené son obligation fiscale à zéro avant la fin de l'année d'imposition 1986.

Le juge de première instance a abordé ces positions contradictoires en examinant la question de la compétence de la Cour pour trancher la requête introductive d'instance de l'intimée, une question qui avait vraisemblablement déjà été soulevée au cours des débats. Aux pages 350 à 351 inclusive-ment, il a tiré la conclusion suivante:

Il semblerait au premier coup d'œil que cette question soit déjà réglée. Dans la décision unanime rendue par la Division d'appel dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331; 84 DTC 6345 (infirmant la décision de la Division de première instance [1984] 1 C.F. 804; (1983), 83 DTC 5329), la Cour a statué [aux pages 332 et 333 C.F.; 6346 DTC]:

Nous sommes tous d'avis que l'appel doit réussir sur le fondement d'un seul motif restreint: les cotisations établies contre les intimés ne pouvaient être contestées que de la manière prévue aux articles 169 et suivants de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À notre avis, l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale* le précise clairement.

Le savant juge de première instance a statué que, en l'espèce, l'article 29 n'enlevait pas à la Division de première

tion to grant the application made by the respondents under section 18 of the *Federal Court Act* because, in his view, the appeal provided for in the *Income Tax Act* was restricted to questions of "quantum and liability" while the respondents' application raised the more fundamental question of the Minister's legal authority to make the assessments. We cannot agree with that distinction. The right of appeal given by the *Income Tax Act* is not subject to any such limitations.

In our view, the *Income Tax Act* expressly provides for an appeal as such to the Federal Court from assessments made by the Minister; it follows, according to section 29 of the *Federal Court Act*, that those assessments may not be reviewed, restrained or set aside by the Court in the exercise of its jurisdiction under sections 18 and 28 of the *Federal Court Act*. [Emphasis added.]

Since the release of the *Parsons* judgment, there have been apparently conflicting decisions of the Trial Division in *WTC Western Technologies Corporation v. M.N.R.* (1985), 86 DTC 6027 (F.C.T.D.), and in *Bechthold Resources Ltd. v. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 F.C. 116; 86 DTC 6065 (T.D.).

The case at bar raises issues about the paragraph attached to the purported notice of assessment (Exhibit "D", above recited) and the respondent Minister's policy of collections (Exhibit "A" to Mr. Adamson's affidavit), which are quite beyond the scope of the appeal provisions of the *Income Tax Act* upon which the Appeal Division relied in order to invoke section 29 of the *Federal Court Act* in derogation of the Trial Division's jurisdiction in the *Parsons* case.

The issues to be determined here are much broader than, and different from, matters of extension of time to appeal, the validity of a notice of assessment and appeal therefrom. The issues here raise questions of fundamental administrative illegality, unfair treatment and estoppel which engage the superintending jurisdiction of a superior court, such that even if this Court's disposition of them be ultimately adjudged to be wrong, the Court's decision to entertain them should be seen to be correct. The case at bar is therefore quite distinct from the *Parsons* case. It will be seen, as well, to be distinguishable from the *WTC Western* and *Bechthold Resources* decisions. For these reasons, which are more fully developed hereinafter, the Court accepts and exercises jurisdiction in, upon and over the subject of this motion.

I am of the opinion that the Motions Judge erred in finding that he had jurisdiction to entertain the originating motion brought by the respondent pursuant to section 18 of the Act. The proceedings which it instituted arose out of an assessment issued by the Minister. That assessment is deemed by subsection 152(8) to be valid, subject only to a reassessment, or to it being varied or vacated by a successful objection thereto (subsections 165(1) and 165(2)) or by a successful

instance sa compétence pour accueillir la demande présentée par les intimés en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* parce que, à son avis, l'appel que prévoyait la *Loi de l'impôt sur le revenu* était limité à des questions concernant [TRANSCRIPTION] «le montant et l'assujettissement à l'impôt», alors que la demande des intimés soulevait la question plus fondamentale du pouvoir du Ministre d'établir les cotisations en cause. Nous ne pouvons approuver cette distinction. Le droit d'appel que confère la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas assujéti à de telles restrictions.

À notre avis, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit expressément un appel comme tel à la Cour fédérale des cotisations établies par le Ministre; il s'ensuit, selon l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*, que ces cotisations ne peuvent pas faire l'objet d'examen, de restriction ou d'annulation par la Cour dans l'exercice de sa compétence en vertu des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. [Non souligné dans le texte original.]

Depuis la publication de l'arrêt *Parsons*, la Division de première instance a rendu des décisions apparemment contradictoires dans les affaires *WTC Western Technologies Corporation c. M.R.N.* (1985), 86 DTC 6027 (C.F. 1^{re} inst.) et *Bechthold Resources Ltd. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 116; 86 DTC 6065 (1^{re} inst.).

Les questions soulevées en l'espèce au sujet du paragraphe joint au supposé avis de cotisation (pièce «D», déjà mentionnée) et à propos de la politique de recouvrement du Ministre intimé (pièce «A» jointe à l'affidavit de M. Adamson) vont bien au-delà des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoyant un droit d'appel sur lesquelles la Division d'appel s'est fondée pour invoquer l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale* afin de ne pas reconnaître la compétence de la Division de première instance dans l'affaire *Parsons*.

En l'espèce, les points en litige sont plus généraux et ne concernent pas les questions de prolongation du délai d'appel, de la validité d'un avis de cotisation et de l'appel qui peut être formé contre celui-ci. Ils visent des questions d'illégalité administrative fondamentale, de traitement injuste et d'irrecevabilité qui mettent en cause le pouvoir de contrôle d'un tribunal supérieur de sorte que, même si on statuait finalement que la décision rendue par la Cour concernant ces questions est erronée, on devrait considérer que celle-ci a décidé à juste titre de connaître de ces questions. Par conséquent, l'espèce est très différente de l'affaire *Parsons*. Elle se distingue également des décisions rendues dans les affaires *WTC Western* et *Bechthold Resources*. Pour ces motifs que j'exposerai plus en détail, la Cour accepte d'exercer sa compétence et de connaître de la présente requête.

Je suis d'avis que le juge qui a entendu la requête a commis une erreur en concluant qu'il avait compétence pour instruire et trancher la requête introductive d'instance présentée par l'intimé en vertu de l'article 18 de la Loi. L'instance qu'elle a introduite découlait d'une cotisation établie par le ministre. Aux termes du paragraphe 152(8), cette cotisation est réputée valide, sous réserve seulement d'une nouvelle cotisation, ou des modifications qui peuvent y être apportées ou de

appeal of the assessment brought to the Tax Court pursuant to section 169 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 70] of the Act or to the Trial Division of this Court pursuant to subsection 172(2) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58]. As held in the *Parsons* [*Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331 (C.A.)] case, since the Act expressly provides for an appeal from assessments made by the Minister, it follows that section 29 of the *Federal Court Act* precludes not only applications under section 28 of the Act in respect of such assessments but also applications brought pursuant to section 18, as was done in the case, to challenge not only the assessments *per se* but the collection proceedings or actions taken in respect of those deemed valid assessments.

Accordingly, it matters not whether the assessment made on June 3, 1985 is at this stage moot or not. By virtue of section 29 of the *Federal Court Act* the Trial Division lacked jurisdiction to grant the relief sought in the section 18 application since the *Income Tax Act* provides the appropriate procedure for appealing the assessment. In those proceedings all issues relating to the assessment, including its validity and mootness, may be raised. This appeal, therefore, in my view, must be allowed.

LEGALITY OF MINISTER'S COLLECTION POLICY

While not strictly necessary for the foregoing determination of this appeal, it would be unwise, I believe, to fail to comment on what was said by the Motions Judge in the following passages in particular from his reasons for disposition of the motion:⁷

In oral argument, counsel for the respondents indicated that the way the SRTC system works, if the Minister started insisting on payment pursuant to subsection 195(2) the working of the scheme would be affected. He noted that the respondent Minister tries to facilitate the working of the scheme, but not to

l'annulation qui peut être prononcée à la suite d'une opposition (paragraphes 165(1) et 165(2) ou d'un appel interjeté devant la Cour de l'impôt en vertu de l'article 169 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58; 1984, chap. 45, art. 70] de la Loi ou devant la Section de première instance de notre Cour en vertu du paragraphe 172(2) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58]. Ainsi qu'on l'a statué dans l'arrêt *Parsons* [*Ministre du Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331 (C.A.)], comme la Loi prévoit expressément un appel des cotisations établies par le ministre, il s'ensuit que selon l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ces cotisations ne peuvent faire l'objet non seulement d'une requête fondée sur l'article 28 de la Loi, mais également d'une requête présentée en vertu de l'article 18, comme celle qui nous occupe en l'espèce, en vue de contester non seulement la cotisation elle-même, mais aussi les procédures ou mesures de recouvrement prises à l'égard de ces cotisations réputées valides.

Par conséquent, il est sans intérêt de savoir si la cotisation établie le 3 juin 1985 est, à cette étape-ci, purement théorique ou non. Aux termes de l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Section de première instance n'avait pas compétence pour accorder la réparation demandée dans la requête fondée sur l'article 18, étant donné que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit la procédure appropriée pour en appeler de la cotisation. Dans le cadre de cette procédure, on peut soulever toutes les questions litigieuses concernant la cotisation, y compris sa validité ou son caractère théorique. Le présent appel doit donc, à mon avis, être accueilli.

LÉGALITÉ DE LA POLITIQUE DE RECOUVREMENT DU MINISTRE

Même si cela n'est pas strictement nécessaire pour trancher le présent appel de la manière susdite, il serait contraire au bon sens, selon moi, de ne pas commenter les propos formulés par le juge qui a entendu la requête dans les extraits suivants des motifs de la décision qu'il a rendue réponse à la requête⁷:

Au cours de ses plaidoiries, l'avocat des intimés a indiqué que si le Ministre commençait à exiger le paiement conformément au paragraphe 195(2), c'est tout le fonctionnement du système des CIRS qui serait touché. Il a souligné que le Ministre intimé essaie de faciliter le fonctionnement du système mais non de

⁷ At pp. 352-355.

⁷ Aux p. 352 à 355.

jeopardize the security of tax revenues; and he asserted that if the Minister is strict, the legislative provisions will not work. So, the Minister provides, extra-legally, for voluntary arrangements, of which there is no parliamentary approval.

On page 8 of the respondent's points of argument there is this passage:

Form T2113 [already mentioned] indicates that payment of Part VIII tax and penalty is to accompany the filing.

It does indicate that, but at the filing, no tax is necessarily assessed or due. Subsection 195(2) exacts payment merely "on account of its tax payable under this Part". The passage continues:

Strictly speaking a form, without the payment of Part VIII tax accompanying it, cannot be said to be validly filed. But the Minister does not take that strict an approach, he accepts such forms as validly filed. Nor does he insist on payments mandated by subsection 195(2) if the corporation could show that the liability for Part VIII tax would be satisfied.

In terms only of the Minister's indulgent approach to the law, the applicant has always maintained that it would lawfully succeed in eliminating its Part VIII tax liability, and it exhibits a copy of its return for its taxation year ending February 28, 1986 (at p. 00110 of the motion record) to verify its contentions. The Minister has not yet assessed the Part VIII tax in this regard.

Since, as the respondent's counsel conceded, the Minister's invitation to disregard the legislative command to pay 50% within the stated time is "extra-legal", it is obviously wholly beyond the contemplation of the *Income Tax Act*, and is obviously not engaged by the objection and other appeal provisions therein enacted by Parliament. As well, the Minister receives no lawful or any authority to thwart subsection 195(2) by means of the provisions of subsections 153(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 86; c. 109, s. 19; c. 140, s. 104; 1985, c. 45, s. 85] or (1.1) of that Act [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 86], nor yet by any means provided in section 17 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10.

One is left with the conclusion that the Minister's "extra-legal" policy is quite illegal. It runs directly against subsection 195(2) of the *Income Tax Act*. That Act, moreover, makes no procedural provision for contesting by litigation such an illegal irregularity.

The policy of which the Motions Judge is critical is that which is referred to in the advice given in the attachment to the 1985 notice of assessment to which earlier reference has been made. It is the

compromettre le recouvrement des recettes fiscales; et il a ajouté que si le Ministre se montre strict, les dispositions législatives seront inapplicables. C'est pourquoi le Ministre prévoit des arrangements volontaires qui ne sont assujettis à aucune disposition législative ni ne dépendent de l'approbation du Parlement.

À la page 8 des arguments des intimés, on trouve le passage suivant:

[TRADUCTION] La formule T2113 [déjà mentionnée] précise que l'impôt dû en vertu de la Partie VIII ainsi que l'amende doivent être joints à la formule.

Elle indique qu'aucun impôt n'est nécessairement établi ou dû sauf au moment de sa production. Le paragraphe 195(2) n'exige le paiement [qu']au titre de son impôt payable en vertu de la présente Partie. Le passage continue comme suit:

[TRADUCTION] À strictement parler, on ne peut affirmer qu'une formule à laquelle l'impôt exigible en vertu de la Partie VIII a été produite suivant les règles. Le Ministre ne s'en tient toutefois pas à une approche aussi stricte et il considère que ces formules sont malgré tout produites suivant les règles. Il n'insiste pas non plus sur les paiements exigés par le paragraphe 195(2) si la société peut prouver qu'elle remplira l'obligation fiscale qui lui est imposée par la Partie VIII.

Pour ce qui est de l'application conciliante de la loi par le Ministre, la requérante a toujours soutenu qu'elle réussirait légalement à annuler l'obligation fiscale qui lui est imposée par la Partie VIII et elle a déposé en preuve une copie de sa déclaration pour l'année d'imposition se terminant le 28 février 1986 (à la page 00110 du dossier de la requête) afin de prouver ses prétentions. Le Ministre n'a pas encore établi l'impôt exigible en vertu de la Partie VIII à cet égard.

Étant donné, comme les avocats des intimés l'ont reconnu, que l'invitation du Ministre de ne pas tenir compte de l'ordre de payer 50% du montant désigné dans le délai prescrit n'est pas prévue par la Loi, elle va manifestement au-delà des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et n'est pas visée par le processus de l'opposition et les autres dispositions d'appel qui ont été adoptées par le Parlement. De même, le Ministre n'est pas habilité par la Loi ou autrement à faire échec au paragraphe 195(2) en ayant recours aux dispositions des paragraphes 153(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 86; chap. 109, art. 19; chap. 140, art. 104; 1985, chap. 45, art. 85] ou (1.1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 86] [de cette Loi] ou de l'article 17 de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10.

Il ne reste plus qu'à conclure que cette politique du Ministre est tout à fait illégale. Elle va directement à l'encontre du paragraphe 195(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En outre, la Loi ne prévoit aucune procédure pour contester une telle irrégularité par voie judiciaire.

La politique que critique le juge qui a entendu la requête est celle dont il est question dans l'avis donné dans la pièce jointe à l'avis de cotisation de 1985 dont nous avons déjà parlé. C'est la procé-

procedure suggested in that notice which he terms "extra-legal" and thus "illegal".

With great respect, it is my view that the learned Judge in so viewing the Minister's actions misconstrued the role of the Minister in the collection of monies due the Crown. Subsection 220(1) requires the Minister to "administer and enforce [the] Act and control and supervise all persons employed to carry out or enforce [the] Act . . ." Subsection 220(4) [as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 88] states that:

220. . . .

(4) The Minister may, if he considers it advisable in a particular case, accept security for payment of any amount that is or may become payable under this Act.

The power which he is so given is to ensure that payment of the indebtedness by the debtor is ultimately secure. Normally the security provided would be monetary in nature. But the Minister's power is not limited to the statutory power to take security of that nature. He is empowered by virtue of his office, to manage his department, not exclusively from an administrative point of view but also from the point of view of what has in England been described as "management of taxes" which I take it means that as a creditor he has the right to arrange payment for a tax indebtedness in such a manner that best ensures that the whole will ultimately be paid. For example, if insistence on payment in full when due might jeopardize the solvency of the taxpayer, with consequent loss of potential for payment in full, and if the taxpayer can continue in business by giving him time to pay, in his discretion the Minister might arrange for payment in instalments with such security, if any, as he deems necessary. Effectively, such a course protects the Revenue and, as well, the taxpayer's solvency and continued ability to pay taxes. It applies too to the taxpayer satisfying the Minister in Part VIII tax situations that the taxpayer will eliminate its liability by year end. Such a course of conduct ought to be encouraged, not discouraged.

Lord Roskill put the proposition neatly in the following passage from his speech in the House of

dure suggérée dans cet avis qu'il qualifie de «non prévue par la loi», et, partant, d'«illégal».

En toute déférence, j'estime qu'en qualifiant ainsi les actes du ministre, le juge a mal interprété le rôle que joue le ministre à l'égard du recouvrement des créances de Sa Majesté. Le paragraphe 220(1) confie au ministre «l'application et l'exécution de la . . . loi, et . . . la direction et la surveillance de toutes les personnes employées à cette fin». Le paragraphe 220(4) [mod. par S.C. 1984, chap. 45, art. 88] dispose:

220. . . .

(4) Le ministre peut, s'il le juge opportun dans un cas particulier, accepter des garanties pour le paiement de tout montant qui est ou pourrait devenir payable en vertu de la présente loi.

Le pouvoir qui lui est ainsi conféré vise à garantir le paiement final de la somme due par le débiteur. Normalement, la garantie sera fournie en argent. Mais le pouvoir du ministre ne se limite pas à la faculté que lui confère la Loi d'accepter une garantie de ce genre. Il est habilité, de par sa charge, à gérer son Ministère, non exclusivement d'un point de vue administratif, mais aussi du point de vue de ce qui a été qualifié en Angleterre de l'[TRADUCTION] «administration des impôts», ce qui, selon moi, signifie qu'en tant que créancier, il a le droit de prendre, au sujet du règlement d'une dette fiscale, les dispositions les plus propres à garantir un règlement intégral. Ainsi, si le fait d'insister sur le règlement intégral à l'échéance risque de mettre en péril la solvabilité du contribuable et de compromettre ainsi le paiement intégral de la dette, et si l'on permet au contribuable de poursuivre ses activités en lui accordant un délai pour payer, le ministre peut, à sa discrétion, accepter d'être payé par versements partiels et accepter en plus, le cas échéant, la garantie qu'il juge nécessaire. En fait, cette façon de procéder protège le fisc ainsi que la solvabilité du contribuable et son aptitude à continuer de payer de l'impôt. Elle s'applique aussi au contribuable qui convainc le ministre, dans les situations fiscales visées par la Partie VIII, qu'il ramènera ses obligations fiscales à zéro d'ici la fin de l'année. Une telle façon de procéder devrait être encouragée, et non pas découragée.

Lord Roskill a une formule heureuse pour exprimer le principe dans l'extrait suivant du discours

Lords in *Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*⁸ (admittedly in a different fact context) when he said:

No question of any dispensing power is involved. The Revenue were in no way arrogating to themselves a right or inviting assumption of an arrogation to themselves of a right not to comply with their statutory obligations under the statutes to which I have referred. On the contrary, their whole case was that they had made a sensible arrangement in the overall performance of their statutory duties in connection with taxes management, an arrangement made in the best interests of everyone directly involved and, indeed, of persons indirectly involved, such as other taxpayers, for the agreement reached would be likely to lead ultimately to a greater collection of revenue than if the agreement had not been reached or 'amnesty' granted. [Emphasis added.]

Such a management discretion in making suitable collections arrangements undoubtedly exists under our Act and is not, as the Motions Judge found, illegal.

Accordingly, I would allow the appeal with costs both here and below, I would set aside the judgment of the Trial Division and quash each of the orders of *certiorari* and the order of prohibition granted therein.

STONE J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

qu'il a prononcé devant la Chambre des lords dans l'arrêt *Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*⁸ (même s'il faut admettre que le contexte factuel était différent):

[TRADUCTION] Il ne s'agit d'aucune façon d'un pouvoir d'exemption. Le fisc ne s'arrogeait nullement un droit ou ne donnait à penser qu'il s'arrogeait le droit de ne pas se conformer aux obligations que les lois que j'ai mentionnées lui imposaient. Au contraire, il prétend essentiellement qu'il a pris des dispositions sensées dans le cadre général de l'exécution de ses obligations législatives en matière d'administration des impôts, que ces dispositions étaient dans l'intérêt de toutes les personnes directement en cause, et même des personnes indirectement concernées comme les autres contribuables, étant donné que l'entente qu'il avait conclue était susceptible de lui permettre de recouvrer en fin de compte davantage de recettes que si l'on en n'était pas venu à une entente ou qu'une «amnistie» avait été accordée. [Non souligné dans le texte original.]

Sous le régime de notre Loi, le ministre dispose indubitablement d'un tel pouvoir discrétionnaire administratif qui lui permet de prendre des dispositions acceptables de recouvrement et, contrairement à ce que le juge qui a entendu la requête a conclu, ce pouvoir n'est pas illégal.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens tant en appel qu'en première instance, d'annuler le jugement de la Section de première instance et d'annuler chacune des ordonnances de *certiorari* et de prohibition qui y ont été accordées.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je suis du même avis.

⁸ [1981] 2 All ER 93 (H.L.), at p. 119.

⁸ [1981] 2 All ER 93 (H.L.), à la p. 119.

T-577-87

T-577-87

**The Lubrizol Corporation and Lubrizol of Canada,
Limited (Plaintiffs)**

v.

**Imperial Oil Limited and its subdivision Paramins
(Defendant)**

INDEXED AS: *LUBRIZOL CORP. v. IMPERIAL OIL LTD. (T.D.)*

Trial Division, Giles A.S.P.—Toronto, August 22
and September 13, 1990.

Practice — Protective order designating as confidential certain documents required to be produced for inspection — (1) Application to extend those entitled to access to documents to include lawyers in foreign litigation on similar subject-matter — Public policy requiring protection of right to confidentiality, except to extent required to do justice at trial — Implied undertaking confidential documents to be used only for purposes of action notwithstanding protective order — Party not released from implied undertaking — (2) Application to subject portions of trial transcript to protective order — Conflict of principles protecting privacy and requiring trials to be public — Transcript prepared for judge and parties — Such uses not limited by confidentiality order — Invasion of privacy, required for fair trial and for trial to be seen to be fair, must be limited — Documentary or oral evidence produced under protective order in similar position to discovery evidence produced subject to undertaking of confidentiality — Voluntary production constituting possible waiver of confidentiality where only implied undertaking — Confidentiality applies to evidence voluntarily produced herein as subject to both implied undertaking and protective order — Order permitting party to designate evidence confidential.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Home Office v. Harman, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.).

CONSIDERED:

Scott v. Scott, [1913] A.C. 417 (H.L.).

**The Lubrizol Corporation et Lubrizol of Canada,
Limited (demanderesses)**

a c.

**Imperial Oil Limited et sa subdivision Paramins
(défenderesse)**

RÉPERTORIÉ: *LUBRIZOL CORP. c. IMPERIAL OIL LTD. (1^{re}
INST.)*

Section de première instance, protonotaire-chef
adjoint Giles—Toronto, 22 août et 13 septembre
1990.

c Pratique — Ordonnance désignant comme confidentiels certains documents à produire à des fins d'examen — (1) Demande visant à augmenter le nombre de personnes autorisées à avoir accès aux documents afin d'inclure les avocats qui agissent dans des procès intentés à l'étranger et portant sur le même sujet — L'ordre public exige la protection du droit à la confidentialité, sauf si l'on a besoin des documents pour rendre justice au procès — Il existe un engagement tacite que les documents confidentiels ne seront utilisés qu'aux fins de l'action malgré l'existence d'une ordonnance de confidentialité — La partie n'est pas libérée de l'engagement tacite — (2) Demande visant à assujettir des parties de la transcription du procès à l'ordonnance de confidentialité — Il y a conflit entre le principe de la protection de la vie privée et celui de la publicité des procès — La transcription est préparée à l'intention du juge et des parties — L'ordonnance de confidentialité ne vient pas restreindre des utilisations de ce genre — Il convient de limiter l'atteinte qui doit être portée à la vie privée pour s'assurer que le procès soit équitable et qu'il donne l'impression de l'être — La preuve documentaire ou verbale produite aux termes d'une ordonnance de confidentialité se trouve dans une situation semblable à la preuve produite dans le cadre d'une communication préalable sous réserve de l'engagement relatif à la confidentialité — La production volontaire d'éléments de preuve constitue une renonciation possible à leur caractère confidentiel lorsqu'il y a seulement engagement tacite — La confidentialité s'applique aux éléments de preuve produits volontairement en l'espèce en raison, à la fois, de l'engagement tacite et de l'ordonnance de confidentialité — L'ordonnance autorise toute partie à désigner des éléments de preuve comme confidentiels.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Home Office v. Harman, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Scott v. Scott, [1913] A.C. 417 (H.L.).

COUNSEL:

Peter E. J. Wells and Brad Hint for plaintiffs.

Douglas Deeth and Anthony Prenol for
defendant. ^a

SOLICITORS:

Ridout & Maybee, Toronto, for plaintiffs. ^b

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, for
defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

GILES A.S.P.: The motion before me after the trial of this action was:

1) to subject certain portions of the transcript of the trial to the protective order issued before trial and;

2) to expand the number of those entitled to see the documents subject to the protective order to include certain foreign lawyers who were counsel to the parties or the parents of the parties who happen to be involved in foreign law suits involving similar subject-matter.

I indicated to counsel that in my view the disputes could be resolved by looking at the basic principles involved and devising orders which did the least damage to those principles. With respect to each part of the motion, fundamental principles were apparently in conflict.

Dealing first with the second part of the motion. The documents subject to the protective order were the parties' confidential documents which public policy requires that the party be entitled to keep confidential. However, the party is required by the Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] to produce for the inspection of other parties any document which may relate to any matter in question in the cause, whether or not the documents are private confidential documents of the party. The reason for the rule requiring production of confidential documents is that justice requires that all relevant evidence be before the Court and

AVOCATS:

Peter E. J. Wells et Brad Hint pour les demandereses.

Douglas Deeth et Anthony Prenol pour la
défenderesse. ^a

PROCUREURS:

Ridout & Maybee, Toronto, pour les demandereses. ^b

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, pour la
défenderesse.

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

LE PROTONOTAIRE-CHEF ADJOINT GILES: La requête dont j'ai été saisi après l'instruction de la présente action visait:

1) à assujettir certaines parties de la transcription du procès à l'ordonnance de confidentialité qui a été rendue avant le procès; ^d

2) à augmenter le nombre de personnes autorisées à consulter les documents assujettis à l'ordonnance de confidentialité en y ajoutant certains avocats étrangers qui agissaient comme conseils pour les parties ou pour les parents de celles-ci et qui participaient à des procès intentés à l'étranger et portant sur le même sujet. ^e ^f

J'ai précisé aux avocats qu'à mon avis, on pouvait résoudre le litige en examinant les principes fondamentaux en cause et en concevant des ordonnances qui porteraient le moins possible atteinte à ces principes. En ce qui concerne chacun des volets de la requête, il semble que les principes fondamentaux s'opposaient. ^g

J'examine d'abord le second volet de la requête. Les documents assujettis à l'ordonnance de confidentialité étaient les documents confidentiels des parties que l'ordre public exige que les parties aient le droit de garder confidentiels. Cependant, les Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] obligent la partie à permettre aux autres parties d'examiner tout document qui peut avoir trait à tout point litigieux de l'affaire, que le document soit ou non un document privé et confidentiel de la partie en cause. La raison d'être de la règle exigeant la communication des documents confidentiels est que la justice exige que tous les

also that an opposing party not be surprised at trial. Documents produced in accordance with the Rules benefit from the implied undertaking of counsel discussed in *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.) that documents so produced will be used only for the purposes of the action. This is because the sole justification for requiring the production of confidential documents is the possible use of the documents in the action. The implied undertaking exists notwithstanding the existence of a protective order which may supplement or modify the implied undertaking. Public policy requires the continued protection of a person's right to keep his documents confidential and to the extent that it is unnecessary for the purpose of doing justice at trial, such right to confidentiality should not be further infringed upon. Counsel here did not attempt to obscure the fact that they wished the confidentiality order amended to permit the use of confidential information for the purposes of another action or potential action. In my view, there is no reason to release the party or its solicitors from the implied undertaking or the confidentiality order in this action because of the existence or potential existence of a foreign action. Refusing to amend the confidentiality order in this action does not preclude any application which may be made with specific reference to a foreign action.

With regard to the motion to cause certain portions of the transcript of the trial proceedings in this action to be made subject to the protective order, a different principle has to be considered. That principle is that trials should be public. As has been pointed out in the cases, (e.g. *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.)) the public interest in open trials is not for titillation or satisfaction of curiosity but is to enable a member of the public to see that justice was properly administered. For that purpose an interested member of the public could have attended the trial and would have been aware of everything in the transcript. At the trial in this cause confidential information was given in evidence at an open trial and thus potentially came

éléments de preuve pertinents soient portés à la connaissance de la Cour, et que la partie adverse ne soit pas prise au dépourvu au procès. Les documents produits conformément aux Règles bénéficient de l'engagement tacite de l'avocat, dont il est question dans l'arrêt *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.), par lequel l'avocat s'engage à n'utiliser les documents ainsi produits que pour les besoins de l'action. Cela tient au fait que la seule raison qui justifie d'exiger la production de documents confidentiels est leur utilisation éventuelle au cours de l'action. L'engagement tacite existe malgré l'existence d'une ordonnance de confidentialité qui peut compléter ou modifier l'engagement tacite. L'ordre public exige que le droit d'une personne de garder ses documents confidentiels soit constamment protégé, et dans la mesure où le tribunal n'a pas besoin de ces documents pour rendre justice au procès, ce droit à la confidentialité ne devrait pas subir d'autres atteintes. En l'espèce, les avocats n'ont pas essayé d'obscurcir le fait qu'ils désiraient que l'ordonnance de confidentialité soit modifiée pour permettre l'utilisation des renseignements confidentiels pour les besoins d'une autre action réelle ou éventuelle. À mon avis, il n'existe aucune raison de libérer la partie ou ses procureurs de l'engagement tacite ou de l'ordonnance de confidentialité dans la présente action en raison de l'existence réelle ou éventuelle d'une action introduite à l'étranger. Le refus de modifier l'ordonnance de confidentialité prononcée dans la présente action ne rend pas irrecevable la demande qui pourrait être présentée et dans laquelle on mentionnerait expressément une action intentée à l'étranger.

En ce qui concerne la requête visant à assujettir à l'ordonnance de confidentialité certaines parties de la transcription du procès qui s'est déroulé dans la présente action, il nous faut tenir compte d'un principe différent. Il s'agit du principe de la publicité des débats. Ainsi qu'on l'a souligné dans la jurisprudence (par ex., *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.)), l'intérêt qu'a le public à ce que les procès soient publics n'a pas pour objet d'exciter ou de satisfaire la curiosité, mais de permettre aux citoyens de s'assurer que la justice a été rendue de façon régulière. À cette fin, un citoyen intéressé aurait pu assister au procès et aurait eu connaissance de tout ce qui se trouve dans la transcription. Lors de l'instruction de la présente cause, des

to the attention of the public. To the extent that confidential information came to the attention of the public the confidentiality would be lost, but, as pointed out in *Home Office v. Harman*, that does not relieve the parties of their implied undertakings. Neither, in my view, does it relieve the parties of their obligations under the confidentiality order. The transcript is prepared for the benefit of the judge and of the parties for the purposes of the trial and any appeals and it is not, unless so ordered, made a part of the file. It is not prepared for public use. It may well be that for the purposes of appraising the fairness of the trial a member of the public should be allowed access to the transcript. There is, however, no principle which requires that confidential information be published for any other purpose. In *Home Office v. Harman* a confidential document had been substantially read in Court. Nevertheless counsel was not entitled to release the document to the public or more particularly to persons seeking to use the information to embarrass the party whose information it was. In *Home Office v. Harman* reference is made to the possible anomaly that existed because a newspaper reporter could obtain a transcript from the official reporter of the very document which counsel, because of the undertaking, could not provide to the reporter. I note that on page 304 of the report, Lord Diplock states in part:

The mechanical recording of counsel's speeches forms no part of the official shorthand note required to be taken under R.S.C., Ord. 68, but transcripts of mechanically recorded speeches are obtainable from the official shorthand writers, not as a matter of right or at officially authorised charges, but as a matter of private bargain with the shorthandwriters.

It would appear then that a member of the public has no right to obtain a transcript which an order subjecting the transcript or parts of it to the confidentiality order would remove. In *Harman*, oral evidence was produced from a confidential document and the document remained subject to the undertaking. Here, confidential information has been given in oral evidence and a document containing such evidence has been or may be

renseignements confidentiels ont été déposés en preuve au cours d'un procès public et, par conséquent, il se pourrait bien qu'ils aient été portés à l'attention du public. Dans la mesure où ils ont été portés à l'attention du public, les renseignements en question ont perdu leur caractère confidentiel, mais, comme on l'a souligné dans l'arrêt *Home Office v. Harman*, cela ne décharge pas les parties de leurs engagements tacites. À mon avis, cela ne libère pas non plus les parties des obligations que l'ordonnance de confidentialité leur impose. La transcription est préparée à l'intention du juge et des parties pour les besoins du procès et des appels et, sauf ordonnance contraire, elle ne fait pas partie du dossier. Elle n'est pas destinée au public. Il est fort possible que pour lui permettre de vérifier si le procès est équitable, on autorise un citoyen à consulter la transcription. Il n'existe cependant pas de principe qui exige de rendre publics dans un autre but des renseignements confidentiels. Dans l'arrêt *Home Office v. Harman*, on avait fait la lecture au procès d'une grande partie d'un document confidentiel. L'avocat n'a cependant pas été autorisé à communiquer le document au public ou plus particulièrement aux personnes qui cherchaient à se servir des renseignements pour mettre dans l'embarras la partie de qui provenaient les renseignements. Dans l'arrêt *Home Office v. Harman*, le tribunal fait allusion à la possible anomalie résultant du fait qu'un journaliste pouvait obtenir du sténographe judiciaire une transcription du document précis que, à cause de l'engagement, l'avocat ne pouvait fournir au journaliste. Je constate qu'à la page 304 du recueil, lord Diplock déclare notamment:

[TRADUCTION] L'enregistrement mécanique des interventions des avocats ne fait pas partie des notes sténographiques officielles que l'article 68 des R.S.C. oblige à prendre, mais on peut obtenir du sténographe officiel une transcription des interventions qui ont été mécaniquement enregistrées, non pas de plein droit ou en contrepartie de frais officiellement autorisés, mais en s'entendant de gré à gré avec le sténographe.

Il semblerait donc qu'un citoyen n'ait pas le droit d'obtenir une transcription qui serait supprimée aux termes d'une ordonnance assujettissant en tout ou en partie la transcription à l'ordonnance de confidentialité. Dans l'arrêt *Harman*, des dépositions ont été communiquées après avoir été prélevées d'un document confidentiel et le document est demeuré assujéti à l'engagement. En l'espèce, des renseignements confidentiels ont été communiqués

produced. Subjecting that document to the confidentiality order would in no way limit the proper use of that document by counsel or the parties. The invasion of privacy required for the purposes of the fair trial of the action and for the purpose that that trial be seen to be fair, must if possible, be limited. In discussing the requirements for public trials, Lord Roskill said, at page 326 of *Harman*:

The purpose of the requirement of open justice was the avoidance of abuse of any kind which can too often be inherent in secret justice. That purpose was amply safeguarded by hearing in open court, without the subsequent making available of any documents read in open court for a purpose which had no immediate concern with the litigation in question.

My Lords, there can be no doubt that the interests of justice must always require the giving of the fullest discovery however reluctant a particular litigant may be to reveal to his enemy his own private documents. At present when he does this he can rely upon the undertaking as giving him substantial protection against wider publicity than is necessary for the proper conduct of the trial in open court. But if, as the appellant contends, the undertaking determines once any document is read in open court, that protection is then by the very act of reading lost for all time. This must militate against full and frank discovery.

My Lords, on practical grounds, too, were the continuance or termination of the undertaking to depend upon whether or not there was a reading in open court, which as already stated may to some extent be a matter of chance, an unfortunate situation might arise with manoeuvring to ensure that particular documents were or were not read aloud, irrespective of their actual importance to the litigation, and some type of what might not unfairly be called forensic poker might ensue. [Underlining mine.]

In my view, evidence whether documentary or verbal produced under a protective order is in a similar position to discovery evidence produced subject to the undertaking. Therefore, if a party succeeds in having a document read in open court and having that reading recorded and transcribed, I do not see that the party should thus be able to relieve himself of the confidentiality order or the implied undertaking. This trial lasted several weeks and the transcript must be voluminous. Rather than leaf through it page by page I would have been prepared to consider an application for an order by which the transcript was sealed to be

dans le cadre des témoignages et un document contenant ces témoignages a été ou peut être produit. Assujettir ce document à l'ordonnance de confidentialité ne limiterait d'aucune façon l'usage légitime que les avocats ou les parties feraient de ce document. Il convient, dans la mesure du possible, de limiter l'atteinte qui doit être portée à la vie privée pour s'assurer que le procès soit équitable et qu'il donne l'impression de l'être. Au sujet des conditions exigées pour la tenue des procès publics, lord Roskill déclare ce qui suit, à la page 326 de l'arrêt *Harman*:

[TRADUCTION] Le principe de la publicité des débats judiciaires a pour objet d'éviter les abus de toutes sortes qu'entraîne trop souvent une justice secrète. Cet objet était amplement protégé par la tenue d'audiences publiques, sans qu'il soit par la suite possible d'obtenir les documents dont on avait fait la lecture en séance publique dans un but qui n'avait pas directement trait au procès en question.

Vos Seigneuries, il n'y a aucun doute que les intérêts de la justice doivent toujours commander la communication la plus complète des documents, indépendamment des réticences qu'a un plaideur donné à divulguer à son adversaire ses propres documents privés. Actuellement, lorsqu'il communique des documents confidentiels, il peut compter sur l'engagement et être assuré qu'il est protégé contre toute publicité plus étendue qu'il n'est nécessaire pour la bonne conduite du procès en séance publique. Mais si, comme l'appelant le prétend, l'engagement s'éteint dès qu'un document est lu en séance publique, cette protection est par le fait même de la lecture à jamais perdue. Cela milite contre la communication franche et complète des documents.

Vos Seigneuries, pour des raisons d'ordre pratique aussi, si la survie ou l'extinction de l'engagement devait dépendre du fait qu'il y a eu ou non une lecture en séance publique, ce qui, comme je l'ai déjà signalé, est dans une certaine mesure une question de hasard, il pourrait se présenter une situation malheureuse dans laquelle des manœuvres seraient faites pour s'assurer que des documents donnés sont ou non lus à haute voix, indépendamment de leur importance réelle pour le procès, et il pourrait s'ensuivre ce qu'on pourrait justement appeler une partie de poker entre avocats. [C'est moi qui souligne.]

À mon avis, la preuve, qu'elle soit documentaire ou verbale, qui est produite aux termes d'une ordonnance de confidentialité se trouve dans une situation semblable à la preuve produite dans le cadre d'une communication préalable sous réserve de l'engagement. En conséquence, si une partie réussit à faire lire un document en séance publique et à faire enregistrer et transcrire les renseignements qui sont ainsi lus, j'estime que la partie ne devrait pas pouvoir se libérer de l'ordonnance de confidentialité ou de l'engagement tacite. Le présent procès a duré plusieurs semaines et la transcription doit être volumineuse. Au lieu de la parcourir page par

used only for the purposes of an appeal, but subject to the right of any person to apply for access to the transcript for the purpose of preparing a critical comment on the conduct of the case or any other proper purpose.

Were the only matter to have been considered the implied undertaking in *Harman*, it would be necessary to scrutinize the transcript to ascertain what evidence was voluntarily produced and therefore whether any confidentiality in it should be considered waived. In this case, however, there was in addition to the implied undertaking, a confidentiality order which by its terms, in my view, enables a party to claim confidentiality with regard to documents and evidence voluntarily produced. The order permits a party to designate evidence as confidential and the claim of the applicant in this motion must be considered such a designation. Because only certain pages of the transcript were the subject of the motion before me, I only ordered those pages to be subjected to the confidentiality order. As a practical matter, if no appeal is filed from the judgment at trial, applying the confidentiality order to parts only of the transcript may not cause any undue complication. If, however, an appeal is filed and there is a possibility of parts of the transcript being made part of the public file and part, because of the confidentiality order, having to be abstracted therefrom and filed in sealed envelopes I would suggest that counsel might move on consent for an amendment to my order to require that the whole transcript be sealed when filed for the purpose of the appeal.

page, j'aurais été disposé à considérer une demande d'ordonnance aux termes de laquelle la transcription aurait été scellée pour n'être utilisée que dans le cadre d'un appel, mais sous réserve du droit de toute personne de demander la communication de la transcription dans le but de faire un commentaire critique au sujet du déroulement de l'affaire ou dans tout autre but régulier.

Si la seule chose à examiner était l'engagement tacite mentionné dans l'arrêt *Harman*, il serait nécessaire d'examiner attentivement la transcription pour déterminer quels éléments de preuve ont été produits de plein gré et, partant, si on pourrait considérer qu'on a renoncé à leur caractère confidentiel. En l'espèce toutefois, il y a eu, outre l'engagement tacite, une ordonnance de confidentialité qui, de par son libellé, autorise à mon avis une partie à revendiquer le caractère confidentiel des documents et des éléments de preuve qui ont été volontairement produits. L'ordonnance autorise toute partie à désigner des éléments de preuve comme confidentiels et la revendication formulée par la requérante dans la présente requête doit être considérée comme une telle désignation. Parce que seulement certaines pages de la transcription ont fait l'objet de la requête dont je suis saisi, j'ai ordonné que seules ces pages soient assujetties à l'ordonnance de confidentialité. En pratique, si aucun appel n'est interjeté du jugement de première instance, l'application de l'ordonnance de confidentialité à seulement certaines parties de la transcription ne saurait causer des complications inutiles. Cependant, si un appel est interjeté et qu'il existe une possibilité que certaines parties de la transcription soient versées au dossier public et qu'on doive, en raison de l'ordonnance de confidentialité, en retrancher des extraits et les déposer dans des enveloppes cachetées, je suggérerais aux avocats de s'entendre pour présenter une demande en vue de faire modifier mon ordonnance pour exiger que toute la transcription soit scellée lorsqu'elle sera déposée pour les besoins de l'appel.

T-1181-87

T-1181-87

MacMillan Bloedel Limited (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)INDEXED AS: *MACMILLAN BLOEDEL LTD. v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, McNair J.—Vancouver, April 17; Ottawa, October 19, 1990.

Construction of statutes — Excise Tax Act, s. 27(1) — Federal sales tax imposed on imported diesel fuel — Anomaly in drafting of s. 27(1) making calculation of tax impossible except by “reading in” words since added by legislative amendment — Judicial power of rectification of legislation to be exercised only where absolutely necessary and where obstacles created by minor and obvious imperfections of language — To do so here would constitute arbitrary and unwarranted intrusion on role of Parliament — Rule of strict interpretation of taxing statutes no longer in vogue — Words-in-total-context approach now utilized — Presumption in taxpayer’s favour if that approach not resolving ambiguity.

Customs and excise — Excise Tax Act — Federal sales tax on imported diesel fuel in 1986 — M.N.R. assessed taxes in accordance with Excise Tax Act, s. 27(1) — As calculation of tax under Act, s. 27(1) impossible due to drafting anomaly, M.N.R. should not have assessed taxes thereunder but according to general taxing provision of s. 27(1.1)(d).

In the Spring of 1986, the plaintiff imported three shipments of diesel fuel from the United States for use in its integrated forest products business in British Columbia. The Minister reassessed federal sales tax in the amount of \$399,846.17 and rejected the plaintiff’s application for a refund on the last shipment. This was an appeal from the reassessment and the rejection of refund application.

The dispute hinged on the proper interpretation of subsection 27(1) and paragraph 27(1.1)(c) of the *Excise Tax Act*. The charging provision in that paragraph was inapplicable to the present case as the formula calculations prescribed therein required that a dollar value be multiplied by a dollar per litre rate, thus yielding in turn “squared dollars” and a nonsensical mathematical result. Essentially, the question was how far the Court could go in construing legislation by adding or ignoring words to achieve the result said to have been intended. Parliament has since corrected the error by adding the words “or on

MacMillan Bloedel Limited (demanderesse)

c.

a

Sa Majesté la Reine (défenderesse)RÉPERTORIÉ: *MACMILLAN BLOEDEL LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)*

b Section de première instance, juge McNair—Vancouver, 17 avril; Ottawa, 19 octobre 1990.

Interprétation des lois — Loi sur la taxe d'accise, art. 27(1) — Taxe de vente fédérale imposée sur du combustible diesel importé — L'anomalie existant dans le libellé de l'art. 27(1) rend impossible le calcul de la taxe sauf si on «l'interprète» comme s'il renfermait les mots qui y ont depuis été ajoutés par suite d'une modification de la loi — Les tribunaux ne doivent exercer leur pouvoir de rectification que lorsque c'est absolument nécessaire et que lorsqu'il s'agit d'obstacles résultant d'erreurs de langue mineures et évidentes — Exercer ce pouvoir en l'espèce constituerait une usurpation arbitraire et injustifiée du rôle du législateur — La règle de l'interprétation stricte des lois fiscales a perdu son influence — La méthode d'interprétation des termes dans leur contexte global est désormais utilisée — Si cette méthode ne permet pas de faire disparaître une ambiguïté, il y a présomption en faveur du contribuable.

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Taxe de vente fédérale imposée sur du combustible diesel importé en 1986 — Le M.R.N. a établi les taxes payables conformément à l'art. 27(1) de la Loi sur la taxe d'accise — Comme il est impossible de calculer la taxe en vertu de l'art. 27(1) de la Loi en raison de l'erreur de rédaction qui s'y trouve, le M.R.N. n'aurait pas dû établir la taxe en fonction de cet article mais plutôt conformément à la disposition générale de taxation figurant à l'art. 27(1.1)d.

Au printemps de 1986, la demanderesse a importé des États-Unis trois chargements de combustible diesel afin d'utiliser celui-ci dans son entreprise intégrée de produits forestiers en Colombie-Britannique. Le ministre a établi relativement au montant de la taxe de vente fédérale une nouvelle cotisation s'élevant à 399 846,17 \$ et il a rejeté la demande de remise de la taxe imposée sur le dernier chargement présentée par la demanderesse. Il s'agit en l'espèce d'un appel formé contre la nouvelle cotisation établie et contre le rejet de la demande de remise.

Le litige repose sur l'interprétation appropriée du paragraphe 27(1) et de l'alinéa 27(1.1)c) de la *Loi sur la taxe d'accise*. La disposition d'imposition figurant à cet alinéa était inapplicable à l'espèce car la formule de calcul qui y était prévue exigeait que la valeur en dollars soit multipliée par un taux par litre exprimé en dollars, ce qui donnait des dollars multipliés par des dollars et produisait un résultat mathématique absurde. Il s'agit essentiellement de déterminer dans quelle mesure la Cour peut interpréter la Loi en y ajoutant des termes ou en ne tenant pas compte de ses termes afin d'atteindre l'objectif qui, affirme-t-on, était visé. Le législateur a depuis corrigé l'erreur en ajoutant les mots «ou sur la quantité», ce qui

the volume”, thereby effectively imposing a tax on a per volume basis where no coherent scheme existed before.

Held, the appeal should be allowed.

The old rules, which called for the strict interpretation of taxing statutes, had recently fallen into disfavour. Now, the governing principle in construing statutes, including taxing statutes, is the “words-in-total-context” approach. Although the presumption in favour of the taxpayer has not been abolished, it has been attenuated leaving a residual principle that any reasonable doubt may be resolved in taxpayer’s favour if the statutory ambiguity cannot be resolved by the words-in-total-context approach. However, the combined effect of subsections 27(1) and 27(1.1), with section 27.1 and Schedule II.1, even on the most liberal words-in-total-context approach, fails to provide a coherent scheme for the taxation of diesel fuel on a volume basis.

Any judicial power of rectification with respect to legislation ought only to be exercised where absolutely necessary to achieve the clear manifestation of legislative intent in the face of obstacles created by very minor and patently obvious imperfections of language. To fill the gap by writing in the words “or on the volume” would constitute an arbitrary and unwarranted intrusion on the role of Parliament. While the plaintiff has discharged the onus of proving that the Minister’s assessment was erroneous, the Minister may impose the percentage rate of tax prescribed by paragraph 27(1.1)(d) on the three shipments of fuel (11 per cent on the first two and 12 per cent on the last shipment) for a total federal sales tax amount of \$195,463.48.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 26(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 8(3)), 27(1) (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 16; c. 54, s. 4), (1.1) (as am. *idem*) (a),(b),(c),(d), Schedule II.1 (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244.

DISTINGUISHED:

R. v. Mullin, [1947] 2 D.L.R. 682; 87 C.C.C. 394; 3 C.R. 70; 19 M.P.R. 298 (N.B.C.A.); *Re Lynn Terminals Ltd. Assesment* (1963), 40 D.L.R. (2d) 925; 44 W.W.R. 604 (B.C.S.C.); *Worgan (T.K.) & Son Ltd. v. Gloucestershire County Council*, [1961] 2 Q.B. 123 (C.A.); *Federal Steam Navigation Co Ltd v Department of Trade and Industry*, [1974] 2 All ER 97 (H.L.); *Wentworth Securi-*

a permis d'imposer une taxe en fonction de la quantité lorsqu'il n'existait auparavant aucun système cohérent.

Jugement: l'appel devrait être accueilli.

Ces dernières années, les anciennes règles qui appelaient une interprétation stricte des lois fiscales ont perdu leur influence. Désormais, le principe applicable en matière d'interprétation des lois, notamment des lois fiscales, est celui de l'interprétation des «termes dans leur contexte global». Bien que la présomption en faveur du contribuable n'ait pas disparu, elle est moins fréquemment appliquée et elle a laissé la place à un principe résiduel selon lequel tout doute raisonnable peut jouer en faveur du contribuable lorsqu'il est impossible de faire disparaître une ambiguïté dans une loi en appliquant la méthode d'interprétation des termes dans leur contexte global. Néanmoins, même s'ils sont interprétés dans leur contexte global de la manière la plus libérale possible, les paragraphes 27(1) et 27(1.1) combinés à l'article 27.1 et à l'annexe II.1 ne fournissent pas une méthode cohérente et claire permettant de taxer le combustible diesel en fonction de la quantité.

Les tribunaux ne devraient exercer leur pouvoir de rectification des lois que lorsque c'est absolument nécessaire pour indiquer clairement l'intention du législateur en présence d'obstacles résultant d'erreurs de langue mineures et évidentes. Corriger la lacune de la disposition en y insérant les termes «ou sur la quantité» constituerait une usurpation arbitraire et injustifiée du rôle du législateur. Même si la demanderesse a réussi à prouver que la cotisation établie par le ministre était erronée, ce dernier peut néanmoins imposer le taux de taxe prescrit par l'alinéa 27(1.1)d) sur les trois chargements de combustible diesel (11 pour cent pour les deux premiers chargements et 12 pour cent pour le dernier) ce qui établit à 195 463,48 \$ le montant total de la taxe de vente fédérale.

f LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 26(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 68, art. 8(3)), 27(1) (mod. par S.C. 1986, chap. 9, art. 16; chap. 54, art. 4), (1.1) (mod., *idem*) a),b),c),d), Annexe II.1 (éditée, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244.

i

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. v. Mullin, [1947] 2 D.L.R. 682; 87 C.C.C. 394; 3 C.R. 70; 19 M.P.R. 298 (C.A.N.-B.); *Re Lynn Terminals Ltd. Assesment* (1963), 40 D.L.R. (2d) 925; 44 W.W.R. 604 (C.S.C.-B.); *Worgan (T.K.) & Son Ltd. v. Gloucestershire County Council*, [1961] 2 Q.B. 123 (C.A.); *Federal Steam Navigation Co Ltd v Department of Trade and Industry*, [1974] 2 All ER 97 (H.L.);

ties Ltd. v. Jones, [1980] A.C. 74 (H.L.); *City of Ottawa v. Hunter* (1900), 31 S.C.R. 7; *Minister of Transport for Ontario v. Phoenix Assurance Co. Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 113; 39 D.L.R. (3d) 481; [1973] L.L.R. 1-560 (C.A.); *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and Association des Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch* (1987), 82 N.B.R. (2d) 360; 40 D.L.R. (4th) 704; 208 A.P.R. 360 (C.A.); *Sask. Govt. Insur. Office v. Anderson* (1966), 57 W.W.R. 633 (Man. Cty. Ct.); *Massey-Harris Co. Ltd. v. Strasbourg*, [1941] 4 D.L.R. 620 (Sask. C.A.).

Wentworth Securities Ltd. v. Jones, [1980] A.C. 74 (H.L.); *City of Ottawa v. Hunter* (1900), 31 R.C.S. 7; *Minister of Transport for Ontario v. Phoenix Assurance Co. Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 113; 39 D.L.R. (3d) 481; [1973] L.L.R. 1-560 (C.A.); *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and Association des Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch* (1987), 82 N.B.R. (2d) 360; 40 D.L.R. (4th) 704; 208 A.P.R. 360 (C.A.); *Sask. Govt. Insur. Office v. Anderson* (1966), 57 W.W.R. 633 (C. comté Man.); *Massey-Harris Co. Ltd. v. Strasbourg*, [1941] 4 D.L.R. 620 (C.A. Sask.).

AUTHORS CITED

Côté P.-A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984.
Driedger E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

DOCTRINE

Côté P.-A., *Interprétation des lois*, Cowansville (Qc): Éditions Yvon Blais Inc., 1982.
Driedger E. A., *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto: Butterworths, 1983.

COUNSEL:

L. A. Green for plaintiff.
Barbara A. Burns for defendant.

AVOCATS:

L. A. Green pour la demanderesse.
Barbara A. Burns pour la défenderesse.

SOLICITORS:

Thorsteinsson, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson, Vancouver, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

PROCUREURS:

Thorsteinsson, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson, Vancouver, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MCNAIR J.: This action is an appeal by the plaintiff from the Minister of National Revenue's reassessment of the amount of federal sales tax levied or imposed on the importation of three shipments of diesel fuel from the United States in the spring of 1986. The plaintiff also appeals the Minister's notice of determination rejecting its application for refund in respect of sales tax imposed on the third shipment of diesel fuel. The plaintiff concedes that if any federal sales tax is due on the shipments, then the most that could have been assessed was \$195,463.48. The defendant, on the other hand, maintains that the \$399,846.17 of federal sales tax actually imposed was properly computed. There is a sharp difference of \$204,382.69 between the two amounts. The dispute between the parties, however, hinges on questions of law involving the proper interpretation of subsection 27(1) [as am. by S.C. 1986, c. 9,

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

LE JUGE MCNAIR: Il s'agit en l'espèce d'un appel formé par la demanderesse contre la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national relativement au montant de la taxe de vente fédérale prélevée ou imposée sur trois chargements de combustible diesel importé des États-Unis au printemps de 1986. La demanderesse interjette également appel de l'avis de détermination par lequel le ministre a rejeté sa demande de remise de la taxe de vente imposée sur le troisième chargement de combustible diesel. La demanderesse concède toutefois que, si elle devait un certain montant de taxe de vente sur les chargements, ce montant aurait dû atteindre au maximum 195 463,48 \$. En revanche, la défenderesse soutient que la somme de 399 846,17 \$ imposée comme taxe de vente était exacte. Il y a une différence nette de 204 382,69 \$ entre ces deux sommes. Le différend opposant les parties repose

s. 16] and paragraph 27(1.1)(c) [as am. *idem*, s. 16(2)] of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, as amended by S.C. 1986, c. 54.

Counsel for the plaintiff argues that the charging provision contained in paragraph 27(1.1)(c) of the Act is so ambiguous as to render it totally inapplicable to the present case, inasmuch as the application of the formula for the imposition of tax leads to a nonsensical result. It therefore follows, in his submission, that there is either no tax owing at all or, alternatively, the amount is much less by virtue of being determinable under paragraph 27(1.1)(d) of the Act. Counsel for the defendant acknowledges the gap or anomaly in the legislative provisions, which she says are attributable to drafting error. Consequently, she urges me to disregard or judicially rectify any noted deficiencies in that regard. Essentially, the question is how far the Court can go in construing legislation by adding or ignoring words to achieve the result which the Crown says was intended.

The parties submitted an agreed statement of facts, which reads as follows:

1. The Plaintiff is a corporation incorporated pursuant to the laws of the Province of British Columbia, and carries on an integrated forest products business in that Province and elsewhere in Canada.
2. The Plaintiff uses and consumes diesel fuel in its operations in British Columbia.
3. On or about March 14, 1986, the Plaintiff purchased diesel fuel in Washington State for importation into Canada. The Plaintiff imported the diesel fuel at Vancouver, British Columbia, pursuant to Canada Customs B3 Import Entry Coding Form L178451 (hereinafter referred to as "Shipment No. 1").
4. The relevant details of Shipment No. 1 are as follows (all dollar references in this Agreed Statement of Facts are to Canadian dollars, unless otherwise stated):

(a) Volume of Diesel Fuel	3,998,645.73 litres
(b) Purchase Price (U.S. Dollars)	U.S. \$441,450.49
(c) Exchange rate (Canadian/U.S. Dollars)	\$ 1.42
(d) "Duty Paid Value"	\$626,860.00
(e) Sales tax charged at 11% of Duty Paid Value	\$ 68,954.56
(f) Excise Tax at \$0.02 per Litre	\$ 79,972.91
(g) Total Sales and Excise Taxes	\$148,927.47

toutefois sur des questions de droit mettant en cause l'interprétation appropriée du paragraphe 27(1) et de l'alinéa 27(1.1)c) de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, chap. E-13, modifiée par S.C. 1986, chap. 54.

L'avocat de la demanderesse prétend qu'en raison de son ambiguïté, la disposition d'imposition figurant à l'alinéa 27(1.1)c) de la Loi est totalement inapplicable en l'espèce, dans la mesure où l'application de la formule prévue pour l'imposition de la taxe entraîne un résultat absurde. Il s'ensuit donc à son avis qu'aucune taxe n'est due ou, subsidiairement, que son montant est beaucoup moins élevé car il doit être déterminé conformément à l'alinéa 27(1.1)d) de la Loi. L'avocate de la défenderesse reconnaît l'existence d'une lacune ou d'une anomalie dans les dispositions législatives et elle l'attribue à une erreur de rédaction. En conséquence, elle me prie instamment de ne pas tenir compte des imperfections signalées à cet égard ou de les corriger par jugement. Il s'agit essentiellement de déterminer dans quelle mesure la Cour peut interpréter une loi en y ajoutant des termes ou en ne tenant pas compte de certains de ses termes afin d'atteindre l'objectif qui, selon la Couronne, était visé.

Les parties ont soumis un exposé conjoint des faits dont voici le texte:

1. La demanderesse a été constituée en société conformément aux lois de la Colombie-Britannique, et elle exploite une entreprise intégrée de produits forestiers dans cette province et ailleurs au Canada.
 2. La demanderesse utilise du combustible diesel dans l'exercice de ses activités en Colombie-Britannique.
 3. Aux environs du 14 mars 1986, la demanderesse a acheté du combustible diesel dans l'État de Washington pour l'importer au Canada. Elle a importé le combustible diesel à Vancouver (Colombie-Britannique), conformément au document Douanes du Canada—B3 Formule de codage de déclaration d'importation L178451 (ci-après appelé «chargement n° 1»).
 4. Les détails pertinents du chargement n° 1 sont les suivants (toutes les sommes dont il est question dans le présent exposé conjoint des faits sont exprimées en dollars canadiens à moins d'indication contraire):
- | | |
|--|---------------------|
| a) Quantité de combustible diesel | 3 998 645,73 litres |
| b) Prix d'achat (en dollars américains) | 441 450,49 \$ US |
| c) Taux de change (dollars canadiens/
dollars américains) | 1,42 \$ |
| d) «Valeur à l'acquitté» | 626 860,00 \$ |
| e) Taxe de vente de 11 % de la valeur
à l'acquitté | 68 954,56 \$ |
| f) Taxe d'accise de 0,02 \$ le litre | 79 972,91 \$ |
| g) Total des taxes de vente et d'accise | 148 927,47 \$ |

5. The Plaintiff paid the sales and excise taxes referred to in paragraph 4 herein upon importation.

6. On or about April 3, 1986, the Plaintiff purchased diesel fuel in Washington State for importation into Canada. The Plaintiff imported the diesel fuel at Nanaimo, British Columbia, pursuant to Canada Customs B3 Import Entry Coding Form V300070 (hereinafter referred to as "Shipment No. 2").

7. The relevant details of Shipment No. 2 are as follows:

(a) Volume of Diesel Fuel	3,194,164 litres
(b) Purchase Price (U.S. Dollars) U.S.	U.S. \$352,635.70
(c) Exchange Rate Canadian/U.S. Dollars	\$ 1.40
(d) "Duty Paid Value"	\$493,690.00
(e) Sales Tax charged at 11% of Duty Paid Value	\$ 54,305.90
(f) Excise tax at \$0.02 per Litre	<u>\$ 63,883.28</u>
(g) Total Sales and Excise Taxes	\$118,189.18

8. The Plaintiff paid the sales and excise taxes referred to in paragraph 7 herein upon importation.

9. On or about May 15, 1986, the Plaintiff purchased diesel fuel in Washington State for importation into Canada. The Plaintiff imported the diesel fuel at Nanaimo, British Columbia, pursuant to Canada Customs B3 Import Entry Coding Form V300795 (hereinafter referred to as "Shipment No. 3").

10. The relevant details of Shipment No. 3 are as follows:

(a) Volume of Diesel Fuel	4,400,134 litres
(b) Purchase Price (U.S. Dollars) U.S.	U.S. \$436,007.71
(c) Exchange Rate Canadian/U.S. Dollars	\$ 1.38
(d) "Duty Paid Value"	\$601,691.00
(e) Sales Tax charged at \$0.0366 per Litre	\$161,044.92
(f) Excise Tax at \$0.02 per Litre	<u>\$ 88,002.68</u>
(g) Total Sales and Excise Taxes	\$249,047.60

11. The Plaintiff paid the sales and excise taxes referred to in paragraph 10 herein upon importation.

12. By way of Notice of Assessment No. 53 dated July 9, 1986, the Minister of National Revenue (hereinafter "the Minister") assessed additional sales tax on the Plaintiff's purchases of Shipments Nos. 1 and 2. The assessment was based upon the assumption that the sales tax imposed by Subsection 27(1) of the *Excise Tax Act* should properly have been calculated and imposed according to the provisions of Paragraph 27(1.1)(c) of the Act on the basis of the specified rate (\$.0332) per litre of diesel fuel imported and not on the basis calculated by the Plaintiff which was in accordance with the provisions of Paragraph 27(1.1)(d) of the Act at a rate of 11 percent of the "duty paid value" of the diesel fuel imported.

13. The Plaintiff paid the taxes as assessed.

5. La demanderesse a payé les taxes de vente et d'accise mentionnées au paragraphe 4 au moment de l'importation du combustible.

6. Aux environs du 3 avril 1986, la demanderesse a acheté du combustible diesel dans l'État de Washington pour l'importer au Canada. Elle a importé le combustible diesel à Nanaimo (Colombie-Britannique), conformément au document Douanes du Canada—B3 Formule de codage de déclaration d'importation V300070 (ci-après appelé «chargement n° 2»).

7. Les détails pertinents du chargement n° 2 sont les suivants:

a) Quantité de combustible diesel	3 194 164 litres
b) Prix d'achat (en dollars américains)	352 635,70 \$ US
c) Taux de change (dollars canadiens/ dollars américains)	1,40 \$
d) «Valeur à l'acquitté»	493 690,00 \$
e) Taxe de vente de 11 % de la valeur à l'acquitté	54 305,90 \$
f) Taxe d'accise de 0,02 \$ le litre	<u>63 883,28 \$</u>
g) Total des taxes de vente et d'accise	118 189,18 \$

8. La demanderesse a payé les taxes de vente et d'accise mentionnées au paragraphe 7 au moment de l'importation du combustible.

9. Aux environs du 15 mai 1986, la demanderesse a acheté du combustible diesel dans l'État de Washington pour l'importer au Canada. Elle a importé le combustible diesel à Nanaimo (Colombie-Britannique), conformément au document Douanes du Canada—B3 Formule de codage de déclaration d'importation V300795 (ci-après appelé «chargement n° 3»).

10. Les détails pertinents du chargement n° 3 sont les suivants:

a) Quantité de combustible diesel	4 400 134 litres
b) Prix d'achat (en dollars américains)	436 007,71 \$ US
c) Taux de change (dollars canadiens/ dollars américains)	1,38 \$
d) «Valeur à l'acquitté»	601 691,00 \$
e) Taxe de vente de 0,0366 \$ le litre	161 044,92 \$
f) Taxe d'accise de 0,02 \$ le litre	<u>88 002,68 \$</u>
g) Total des taxes de vente et d'accise	249 047,60 \$

11. La demanderesse a payé les taxes de vente et d'accise mentionnées au paragraphe 10 au moment de l'importation du combustible.

12. Dans un avis de cotisation portant le n° 53 et daté du 9 juillet 1986, le ministre du Revenu national (ci-après appelé «le ministre») a exigé de la demanderesse le paiement d'une taxe de vente supplémentaire pour l'achat des chargements n°s 1 et 2. Le montant de la taxe a été établi en prenant pour hypothèse que la taxe de vente imposée par le paragraphe 27(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* aurait dû être calculée et imposée conformément aux dispositions de l'alinéa 27(1.1)c) de la Loi au taux indiqué (0,0332 \$) par litre de combustible diesel importé, et non suivant les calculs de la demanderesse effectué conformément aux dispositions de l'alinéa 27(1.1)d) de la Loi, soit au taux de 11 % de la «valeur à l'acquitté» du combustible diesel importé.

13. La demanderesse a payé les taxes fixées.

14. The Plaintiff duly objected to the assessment by way of a Notice of Objection dated July 23, 1986. The Minister confirmed the assessment by way of a Notice of Decision dated March 3, 1987. The Plaintiff appealed therefrom to this Honourable Court pursuant to Section 51.2 of the *Excise Tax Act*.

15. The Plaintiff filed a refund application with respect to Shipment No. 3 on July 11, 1986, claiming a refund which the parties now agree would have been in the amount of \$88,842.00 if allowed. The Plaintiff's refund claim was based upon its position that the sales tax payable in respect of Shipment No. 3 should properly have been calculated and imposed on the basis of a rate of 12 percent of the "duty paid value" of the diesel fuel imported and not on the basis of a rate per litre as asserted by the Minister.

16. By way of Notice of Determination No. 03094 dated September 5, 1986, the Minister rejected the Plaintiff's refund claim on the basis that the sales tax was properly calculated and imposed upon the basis of the specified rate (\$0.366) per litre of diesel fuel imported and not upon the basis asserted by the Plaintiff.

17. The Plaintiff duly objected to the determination by way of Notice of Objection dated October 6, 1986. The Minister confirmed the determination by way of Notice of Decision dated March 3, 1987. The Plaintiff appealed therefrom to this Honourable Court pursuant to Section 51.2 of the *Excise Tax Act*.

18. Based upon the method employed by the Plaintiff, the federal sales tax due upon the importation of shipments Nos. 1, 2 and 3 should have been \$195,463.48.

19. Based upon the method employed by the Minister, the federal sales taxes actually imposed total \$399,846.17, a difference of \$204,382.69.

Although the facts are relatively straightforward, the statutory provisions in question are not so clear. The relevant sections under review [as am. by S.C. 1986, c. 9] read as follows:

27. (1) There shall be imposed, levied and collected a consumption or sales tax at the rate specified in subsection (1.1) on the sale price of all goods

(b) imported into Canada, payable by the importer or transferee who takes the goods out of bond for consumption at the time when the goods are imported or taken out of warehouse for consumption;

(1.1) Tax imposed by subsection (1) is imposed

(c) in the case of regular gasoline, unleaded gasoline, premium leaded gasoline, premium unleaded gasoline and diesel fuel, at the rate set opposite the applicable item in Schedule II.1, adjusted according to subsection 27.1(1) and multiplied by the rate of tax specified in paragraph (d), expressed as a decimal number and multiplied by one hundred; and

(d) in any other case, at the rate of eleven per cent.

14. La demanderesse s'est opposée au montant de la taxe demandé en produisant un avis d'opposition daté du 23 juillet 1986. Le ministre a confirmé le montant de la taxe dans un avis de décision daté du 3 mars 1987. La demanderesse a interjeté appel de cette décision devant cette Cour, conformément à l'article 51.2 de la *Loi sur la taxe d'accise*.

15. Le 11 juillet 1986, la demanderesse a produit une demande de remise concernant le chargement n° 3, remise qui, de l'aveu des parties, aurait été de 88 842 \$ si elle avait été accordée. La demanderesse a réclamé une remise parce qu'elle estimait que la taxe de vente exigible relativement au chargement n° 3 aurait dû être calculée et imposée au taux de 12 % de la «valeur à l'acquitté» du combustible diesel importé, et non à un taux par litre comme l'a soutenu le ministre.

16. Dans un avis de détermination portant le n° 03094 et daté du 5 septembre 1986, le ministre a rejeté la demande de remise présentée par la demanderesse parce qu'il estimait indiqué de calculer et d'imposer la taxe de vente au taux spécifié (0,366 \$) par litre de combustible diesel importé et non au taux invoqué par la demanderesse.

17. La demanderesse s'est opposée à la détermination dans un avis d'opposition daté du 6 octobre 1986. Le ministre a confirmé la détermination dans un avis de décision daté du 3 mars 1987. La demanderesse a interjeté appel de cette décision devant cette Cour conformément à l'article 51.2 de la *Loi sur la taxe d'accise*.

18. Suivant la méthode de calcul utilisée par la demanderesse, le montant de la taxe de vente fédérale payable au moment de l'importation des chargements nos 1, 2 et 3 aurait dû être de 195 463,48 \$.

19. Suivant la méthode de calcul utilisée par le ministre, les taxes de vente fédérales imposées totalisent 399 846,17 \$, soit une différence de 204 382,69 \$.

Bien que les faits soient relativement simples, les dispositions législatives en cause ne sont pas aussi claires. Les dispositions pertinentes [mod. par. S.C. 1986, chap. 9] sont les suivantes:

27. (1) Est imposée, prélevée et perçue une taxe de consommation ou de vente au taux spécifié au paragraphe (1.1) sur le prix de vente de toutes marchandises

(b) importées au Canada, payable par l'importateur ou le cessionnaire qui sort les marchandises d'entrepôt pour la consommation, à l'époque où les marchandises sont importées ou sorties d'entrepôt pour la consommation;

(1.1) La taxe prévue au paragraphe (1) est imposée aux taux suivants:

(c) au taux indiqué vis-à-vis l'article correspondant de l'annexe II.1, ajusté conformément au paragraphe 27.1(1) et multiplié par le taux de taxe indiqué à l'alinéa d), exprimé en décimales et multiplié par cent, dans le cas d'essence ordinaire, d'essence sans plomb, d'essence super avec plomb, d'essence super sans plomb et de combustible diesel;

(d) onze pour cent, dans tout autre cas.

SCHEDULE II.1
SPECIFIC TAX RATES ON
PETROLEUM PRODUCTS
(Subsection 27(1.1))

1. Gasoline, regular	\$0.0032 per litre.
2. Gasoline, unleaded	\$0.0035 per litre.
3. Gasoline, premium leaded	\$0.0036 per litre.
4. Gasoline, premium unleaded	\$0.0036 per litre.
5. Diesel fuel	\$0.0029 per litre.

There are also several definitions in the Act which are worth noting:

26. (1) ...

“duty paid value” means the value of the article as it would be determined for the purpose of calculating an *ad valorem* duty upon the importation of such article into Canada under the laws relating to the customs and the *Customs Tariff* whether such article is in fact subject to *ad valorem* or other duty or not, plus the amount of the customs duties, if any, payable thereon;

“sale price” [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 8(3)], for the purpose of determining the consumption or sales tax, means ... in the case of imported goods, the sale price shall be deemed to be the duty paid value thereof, and ...

Both counsel were in agreement that the error or anomaly in legislative drafting stems from the fact that subsection 27(1) purports to impose sales tax “on the sale price of all goods” at the rate specified in subsection 27(1.1). Unfortunately, the formula prescribed by paragraph 27(1.1)(c) for calculating the consumption or sales tax on diesel fuel, when combined with the applicable rate set out in Schedule II.1, leads to a result expressed in terms of price per litre. Incidentally, the formula requires the basic rate found in Schedule II.1 of the Act to be adjusted for industry performance levels and then to be multiplied by the rate expressed in paragraph 27(1.1)(d). As a matter of fact, this latter rate was fixed at 11 per cent for the first two shipments of fuel purchased by the plaintiff, and at 12 per cent for the third shipment. In final analysis, the formula calculations prescribed by paragraph 27(1.1)(c) require that a dollar value be multiplied by a dollar per litre rate, thus yielding in turn “squared dollars” and a nonsensical mathematical result.

ANNEXE II.1
TAUX SPÉCIFIÉS
POUR PRODUITS PÉTROLIERS
(paragraphe 27(1.1))

1. Essence, ordinaire	0,0032 \$, le litre.
2. Essence, sans plomb	0,0035 \$, le litre.
3. Essence, super avec plomb	0,0036 \$, le litre.
4. Essence, super sans plomb	0,0036 \$, le litre.
5. Combustible diesel	0,0029 \$, le litre.

La Loi comporte également plusieurs définitions qu'il convient de signaler:

26. (1) ...

«prix de vente» [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 68, art. 8(3)] pour déterminer la taxe de consommation ou de vente, désigne ... dans le cas de marchandises importées, le prix de vente est réputé être leur valeur à l'acquitté, et ...

«valeur à l'acquitté» signifie la valeur de l'article telle qu'elle serait déterminée aux fins du calcul d'un droit *ad valorem* sur l'importation du dit article au Canada en vertu de la législation sur les douanes et du *Tarif des douanes*, que cet article soit, de fait, sujet ou non à un droit *ad valorem* ou autre, plus le montant des droits de douane, s'il en est, exigible sur cet article.

Les deux avocats étaient d'accord pour dire que l'erreur ou l'anomalie existant dans le texte législatif résulte du fait que le paragraphe 27(1) est destiné à imposer une taxe de vente «sur le prix de vente de toutes marchandises» au taux spécifié au paragraphe 27(1.1). Malheureusement, combinée au taux applicable précisé à l'annexe II.1, la formule prescrite par l'alinéa 27(1.1)c) pour calculer la taxe de consommation ou de vente sur le combustible diesel donne un prix par litre. Entre parenthèses, la formule exige que le taux prévu à l'annexe II.1 de la Loi soit ajusté à l'indice de rendement de l'industrie et ensuite multiplié par le taux indiqué à l'alinéa 27(1.1)d). Incidemment, ce dernier taux a été fixé à 11 % pour les deux premiers chargements de combustible acheté par la demanderesse et à 12 % pour le troisième. En dernière analyse, la formule de calcul prévue à l'alinéa 27(1.1)c) exige que la valeur en dollars soit multipliée par un taux par litre exprimé en dollars, ce qui donne des dollars multipliés par des dollars et produit un résultat mathématique absurde.

The error or anomaly contained in subsection 27(1) of the Act has since been corrected. In *An Act to amend the Excise Tax Act and the Excise Act*, S.C. 1986, c. 54, s. 4, Parliament added the words "or on the volume" immediately after the words "on the sale price" appearing therein. The addition of these four words serves to fill the gap and effectively impose a tax on a per volume basis, where no coherent scheme existed before. The amendment was given retroactive effect, but only to June 12, 1986. As the plaintiff's three shipments all occurred prior to that date, they do not fall within the scope of the amendment. Cases such as the plaintiff's were left to be resolved by the courts.

The old rules calling for a strict interpretation of taxing statutes have fallen into disfavour in recent times. In *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, Estey J., speaking for the majority, thus explained the more modern approach at pages 576-578:

In all this, one must keep in mind the rules of statutory interpretation, for many years called a strict interpretation, whereby any ambiguities in the charging provisions of a tax statute were to be resolved in favour of the taxpayer; the taxing statute was classified as a penal statute. See Grover & Iacobucci, *Materials on Canadian Income Tax* (5th ed. 1983), pp. 62-65.

At one time, the House of Lords, as interpreted by Professor John Willis, had ruled that it was "not only legal but moral to dodge the Inland Revenue" ((1938), 16 Can. Bar Rev. 1, at p. 26), referring to *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217, at p. 227. This was the high water mark reached in the application of Lord Cairns' pronouncement in *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100, at p. 122—

Professor Willis, in his article, *supra*, accurately forecast the demise of the strict interpretation rule for the construction of taxing statutes. Gradually, the role of the tax statute in the community changed, as we have seen, and the application of strict construction to it receded. Courts today apply to this statute the plain meaning rule, but in a substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable. See Whiteman and Wheatcroft, *supra*, at p. 37.

While not directing his observations exclusively to taxing statutes the learned author of *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, E.A. Dreidger [*sic*], put the modern rule succinctly:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in

L'erreur ou anomalie existant au paragraphe 27(1) de la Loi a depuis été corrigée. Dans la *Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur l'accise*, S.C. 1986, chap. 54, art. 4, le législateur a ajouté les mots «ou sur la quantité» immédiatement après les mots «sur le prix de vente» y figurant. En ajoutant ces quatre mots, le législateur a pu ainsi corriger la lacune et imposer une taxe en fonction de la quantité lorsqu'il n'existait auparavant aucun système cohérent. La modification était rétroactive mais seulement jusqu'au 12 juin 1986. Les trois chargements de la demanderesse ayant été achetés avant cette date, ils n'étaient pas visés par la modification. La décision, dans des cas analogues à celui de la demanderesse, a été laissée aux tribunaux.

Ces dernières années, les anciennes règles appelant une interprétation stricte des lois fiscales ont perdu leur influence. Dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, le juge Estey s'exprimant pour la majorité de la Cour a expliqué aux pages 576 à 578 la méthode d'interprétation plus moderne désormais suivie:

Dans tout cela, il ne faut pas oublier que, depuis longtemps, les règles d'interprétation des lois prescrivent une interprétation stricte et que toute ambiguïté des dispositions d'imposition doit être tranchée en faveur du contribuable; les lois fiscales ont été assimilées à des lois pénales. Voir: Grover & Iacobucci, *Materials on Canadian Income Tax* (5^e éd. 1983), pp. 62 à 65.

À une certaine époque, la Chambre des lords, selon l'interprétation du professeur John Willis, avait décidé qu'il était [TRADUCTION] «non seulement permis, mais bien d'éviter de payer l'impôt» ((1938), 16 R. du B. Can. 1, à la p. 26), à propos de l'arrêt *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217, à la p. 227. C'était le point culminant de l'application de la décision de lord Cairns dans l'affaire *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100, à la p. 122:

Dans l'arrêt précité, le professeur Willis prévoit fort justement l'abandon de la règle d'interprétation stricte des lois fiscales. Comme nous l'avons vu, le rôle des lois fiscales a changé dans la société et l'application de l'interprétation stricte a diminué. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent à cette loi la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l'impôt. Voir Whiteman et Wheatcroft, précité, à la p. 37.

Bien que les remarques de E.A. Dreidger [*sic*] dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87, ne visent pas uniquement les lois fiscales, il y énonce la règle moderne de façon brève:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte

their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

However, this is not to say that all presumption of doubt in favour of the taxpayer has been totally abolished. Rather, it would seem to be the case that it has become much more attenuated. In *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, the question on appeal, as framed by Estey J. [at page 48] in delivering the judgment of the Court, was “whether the taxpayer-appellant ha[d] the right under the *Income Tax Act* of Canada to charge to expense, rather than to capital, the cost of purchase of land at the periphery of an open pit mine, in the course of its mining operations.” The Court held that he had. Estey J. conducted an extensive review of the authorities, and concluded at page 72:

... the appropriate taxation treatment is to allocate these expenditures to the revenue account and not to capital. Such a determination is, furthermore, consistent with another basic concept in tax law that where the taxing statute is not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness in the statute should be resolved in favour of the taxpayer. This residual principle must be the more readily applicable in this appeal where otherwise annually recurring expenditures, completely connected to the daily business operation of the taxpayer, afford the taxpayer no credit against tax either by way of capital cost or depletion allowance with reference to a capital expenditure, or an expense deduction against revenue. [Emphasis added.]

If I apprehend the matter correctly, the “residual principle” referred to by Mr. Justice Estey simply means that in cases where a statutory ambiguity cannot be resolved by the contemporary “words-in-total-context” approach to the scheme of the Act as a whole, then any reasonable doubt still persisting may be resolved in favour of the taxpayer.

Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (Yvon Blais, 1984), gives this analysis of the contemporary approach to statutory interpretation at page 398:

If the taxpayer receives the benefit of the doubt, such a “doubt” must nevertheless be “reasonable”. A taxation statute should be “reasonably clear”. This criterion is not satisfied if the usual rules of interpretation have not already been applied in an attempt to clarify the problem. The meaning of the enactment must first be ascertained, and only where this proves impossible can that more favourable to the taxpayer be chosen.

global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Cela ne signifie toutefois pas que toute présomption en faveur du contribuable a complètement disparu. Il semblerait plutôt qu'elle est moins fréquemment appliquée. Dans l'arrêt *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, le juge Estey, qui a prononcé le jugement de la Cour, a fait valoir [à la page 48] que la question soulevée par le pourvoi était «de savoir si la contribuable appelante a[vait], en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada, le droit de porter au compte de dépenses plutôt qu'au compte de capital le coût d'acquisition de biens-fonds autour de la mine à ciel ouvert qu'elle exploite dans le cours de ses opérations minières». La Cour a répondu par l'affirmative. Après avoir analysé attentivement la jurisprudence et la doctrine, le juge Estey a conclu à la page 72:

... le traitement fiscal approprié consiste à imputer ces dépenses au compte de revenu et non au compte de capital. Une telle décision est de plus conforme à un autre concept fondamental de droit fiscal portant que, si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable. Ce principe résiduel doit d'autant s'appliquer au présent pourvoi qu'autrement une dépense annuelle entièrement liée à l'exploitation quotidienne de l'entreprise de la contribuable ne lui procurerait aucun dégrèvement d'impôt sous forme de déduction pour amortissement ou pour épuisement s'il s'agit d'une dépense de capital, ou de déduction applicable au revenu s'il s'agit d'une dépense d'exploitation. [Non souligné dans le texte original.]

Si je comprends bien, le «principe résiduel» invoqué par le juge Estey signifie simplement que, dans les cas où il est impossible de faire disparaître une ambiguïté dans une loi en appliquant la méthode moderne d'interprétation des «termes dans leur contexte global», tout doute raisonnable subsistant doit jouer en faveur du contribuable.

À la page 438 de son ouvrage intitulé *Interprétation des lois* [Yvon Blais, 1982], M. Côté analyse de la manière suivante la méthode moderne d'interprétation des lois:

Le doute dont le contribuable peut bénéficier doit être «raisonnable»: la loi fiscale doit être «raisonnablement claire». Ne serait pas raisonnable un doute que l'interprète n'a pas essayé de dissiper grâce aux règles ordinaires d'interprétation: le premier devoir de l'interprète est de rechercher le sens et ce n'est qu'à défaut de pouvoir arriver à un résultat raisonnablement certain que l'on peut choisir de retenir celui, de plusieurs sens

The presumption in favour of the taxpayer is now merely a subsidiary one.

See also Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed., at pages 203-207.

As previously mentioned, counsel for the plaintiff argued that paragraph 27(1.1)(c) of the Act was unclear and ambiguous, conducing to an absurd or nonsensical result, and therefore ought not to be applied. He submitted that while Parliament may have intended to levy a tax on a volume basis, it had failed to do so in clear and explicit terms. The result was that no tax could be levied. He further submitted that long-standing canons of interpretation required that any reasonable uncertainty or factual ambiguity be resolved in favour of the taxpayer. Failing these arguments, he urged the Court to find that the plaintiff had acted reasonably in paying sales tax at the percentage rate prescribed by paragraph 27(1.1)(d) of the Act, which imposes a flat percentage rate of tax in all cases not covered by paragraphs 27(1.1)(a),(b) or (c) thereof.

Crown counsel presented two arguments in support of the Minister's factual assumptions regarding the applicability of paragraph 27(1.1)(c) of the *Excise Tax Act*. Her first argument was based on the principle or maxim *generalia specialibus non derogant* which, being literally translated, simply means general words do not derogate from special. The application of this principle, in her submission, makes it possible to view the tax rate prescribed by paragraph 27(1.1)(c) as a specific exemption to the general scheme of subsection 27(1) under which a rate of tax was to be levied on the sale price of all goods. Counsel urged that paragraph 27(1.1)(c) effectively established a specific scheme to tax diesel and other fuels based on the volume of the goods in question rather than on their sale price, and that this interpretation was manifestly what Parliament intended. She buttressed her argument with case law to the effect that courts have applied the principle *generalia specialibus non derogant* in order to give effect to the legislative intent, even in cases where such a construction did result in some repugnancy or apparent conflict between general and specific

possibles, qui favorise le contribuable. La présomption de l'interprétation favorable au contribuable se présente donc aujourd'hui comme une présomption simple, à caractère subsidiaire.

Voir également Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd., aux pages 203 à 207.

Comme nous l'avons déjà signalé, l'avocat de la demanderesse a soutenu que l'alinéa 27(1.1)c) de la Loi était ambigu, qu'il entraînait un résultat absurde ou illogique et, par conséquent, qu'il ne devait pas être appliqué. Il a soutenu que, même s'il est bien possible que le législateur ait eu l'intention de prélever une taxe fondée sur la quantité, il ne l'a pas fait en termes clairs et précis. En conséquence, aucune taxe ne pouvait être prélevée. Il a de plus fait valoir que les règles d'interprétation de longue date exigeaient que toute incertitude raisonnable ou que toute ambiguïté dans les faits jouent en faveur du contribuable. Il a en outre prié instamment la Cour de conclure, à défaut de retenir ces arguments, que la demanderesse avait agi raisonnablement en payant la taxe de vente au taux prescrit par l'alinéa 27(1.1)d) de la Loi qui impose un taux fixe dans tous les autres cas non visés par les alinéas 27(1.1)a),b) ou c) de ladite loi.

L'avocate de la Couronne a fait valoir deux arguments au soutien des allégations de fait du ministre en ce qui concerne l'applicabilité de l'alinéa 27(1.1)c) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Son premier argument reposait sur le principe ou la maxime *generalia specialibus non derogant* qui, littéralement, signifie que les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales. Elle a soutenu que l'application de ce principe permet de considérer le taux de taxe prescrit par l'alinéa 27(1.1)c) comme une exception particulière au régime général mis en place par le paragraphe 27(1) en vertu duquel un taux de taxe devait être prélevé sur le prix de vente de toutes marchandises. L'avocate a fait valoir que l'alinéa 27(1.1)c) créait effectivement un régime particulier permettant de taxer le diesel et les autres combustibles en fonction de la quantité des marchandises en cause plutôt qu'en fonction de leur prix de vente, et que telle était manifestement la manière dont il fallait interpréter l'intention du législateur. Elle a étayé son argument en invoquant des précédents montrant que les tribunaux ont appliqué le principe *generalia specialibus non*

statutory provisions: see *R. v. Mullin*, [1947] 2 D.L.R. 682 (N.B.C.A.); *Re Lynn Terminals Ltd. Assessment* (1963), 40 D.L.R. (2d) 925 (B.C.S.C.); and *Worgan (T.K.) & Son Ltd. v. Gloucestershire County Council*, [1961] 2 Q.B. 123 (C.A.).

In my view, the authorities cited by Crown counsel are not at all persuasive. This is not a case where a statutory provision gives specific and precise directions for something which another more general provision contradicts. Paragraph 27(1.1)(c) of the Act is neither specific nor precise in mandating an operative tax scheme. Regardless of any general legislative intent to tax imported diesel fuel, the fundamental basis for the imposition of such tax was left very much in the air. Moreover, reading the words of paragraph 27(1.1)(c) in the context of the whole Act does little to solve the conundrum. In my opinion, the combined effect of subsections 27(1) and 27(1.1), with section 27.1 and Schedule II.1, even on the most liberal words-in-total-context approach, fails to provide a coherent and lucid scheme for the taxation of diesel fuel on a volume basis.

This brings me to Crown counsel's alternative argument. The gist of it is that the present case is one where the Court could properly exercise its power of rectification and read into subsection 27(1.1) the omitted words "or on the volume" in order to give effect to Parliament's intention to tax transportation fuels. Counsel acknowledged that rectification is a narrowly limited power, more so in England than in Canada, but nevertheless is one which the courts may use in appropriate circumstances. She alluded to the innovative directions given by the British House of Lords in *Federal Steam Navigation Co Ltd v Department of Trade and Industry*, [1974] 2 All ER 97; and *Wentworth Securities Ltd. v. Jones*, [1980] A.C. 74, and submitted that these authorities postulate the following four conditions for the exercise of the power of rectification, viz.:

derogant de manière à donner effet à l'intention du législateur, même dans les cas où une telle interprétation entraînait une certaine contradiction ou une incompatibilité évidente entre des dispositions législatives générales et des dispositions législatives particulières: voir R. v. Mullin, [1947] 2 D.L.R. 682 (C.A.N.-B.); *Re Lynn Terminals Ltd. Assessment* (1963), 40 D.L.R. (2d) 925 (C.S.C.-B.); et *Worgan (T.K.) & Son Ltd. v. Gloucestershire County Council*, [1961] 2 Q.B. 123 (C.A.).

À mon avis, la jurisprudence citée par l'avocate de la Couronne n'est nullement convaincante. Il ne s'agit pas d'un cas où une disposition législative fournit des directives particulières et précises qu'une autre disposition plus générale contredit. Ce n'est pas le cas de l'alinéa 27(1.1)c de la Loi. Indépendamment de toute intention générale du législateur de taxer le combustible diesel importé, le fondement même de l'imposition d'une telle taxe est resté plutôt vague. En outre, l'interprétation des termes de l'alinéa 27(1.1)c de la Loi dans leur contexte global contribue peu à solutionner le problème. À mon avis, même s'ils sont interprétés dans leur contexte global de la manière la plus libérale possible, les paragraphes 27(1) et 27(1.1) combinés à l'article 27.1 et à l'annexe II.1 ne fournissent pas une méthode cohérente et claire permettant de taxer le combustible diesel en fonction de la quantité.

Cela m'amène à examiner l'argument subsidiaire avancé par l'avocate de la Couronne. Elle a prétendu pour l'essentiel qu'il s'agit, en l'espèce, d'un cas où le tribunal pourrait à juste titre exercer son pouvoir de rectification et interpréter le paragraphe 27(1.1) comme s'il renfermait les mots «ou sur la quantité» afin de donner effet à l'intention du législateur de taxer les carburants. L'avocate a reconnu que le pouvoir de rectification est un pouvoir très limité, et qu'il l'est davantage en Angleterre qu'au Canada, mais que les tribunaux peuvent néanmoins l'utiliser dans les cas appropriés. Elle a mentionné les directives innovatrices données par la Chambre des lords britannique dans les arrêts *Federal Steam Navigation Co Ltd v Department of Trade and Industry*, [1974] 2 All ER 97; et *Wentworth Securities Ltd. v. Jones*, [1980] A.C. 74, et elle a soutenu que ces précédents posent les quatre conditions suivantes pour l'exercice du pouvoir de rectification, c'est-à-dire:

- | | |
|---|--|
| <p>(1) Without rectification, the provision in question would have to be unintelligible, absurd or repugnant to another provision, or create an unreasonable result.</p> <p>(2) It would have to be possible to determine, within the context of the statute as a whole, what the mischief was that Parliament intended to remedy or, put more simply, the purpose and object of the provision would have to be clear from the whole context.</p> <p>(3) Due to drafting omission, error or inadvertence, the plain language of the provision would have to be irreconcilable, as it reads, with the parliamentary intent.</p> <p>(4) It must be possible to determine with certainty what the draftsman would have inserted and what Parliament would have approved, if the error or omission had been recognized at the time the enactment passed into law.</p> | <p>(1) Si elle n'était pas rectifiée, la disposition en cause serait incompréhensible, absurde ou incompatible avec une autre disposition, ou elle entraînerait un résultat illogique.</p> <p>(2) Il devrait être possible de déterminer, d'après le contexte global de la loi, quel acte nuisible le législateur cherchait à faire disparaître ou, plus simplement, l'objet de la disposition devrait ressortir du contexte.</p> <p>(3) En raison d'une omission ou d'une erreur de rédaction, le texte de la disposition serait incompatible, dans son état actuel, avec l'intention du législateur.</p> <p>(4) Il doit être possible de déterminer avec certitude les termes qu'aurait insérés le rédacteur et que le législateur aurait approuvés si l'erreur ou l'omission avaient été découvertes au moment de l'adoption du texte législatif.</p> |
|---|--|

Counsel for the defendant submitted that the present case met all the above conditions. She emphasized, however, that Canadian courts have been less disposed toward imposing such stringent tests as their English counterparts. In her submission, Canadian courts have read in or deleted words from a statute in cases where there is an obvious repugnancy or absurdity in the face of a clear legislative intent. She cited in this regard the following cases: *City of Ottawa v. Hunter* (1900), 31 S.C.R. 7; *Minister of Transport for Ontario v. Phoenix Assurance Co. Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 113 (C.A.); *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and Association des Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch* (1987), 82 N.B.R. (2d) 360 (C.A.); *Sask. Govt. Insur. Office v. Anderson* (1966), 57 W.W.R. 633 (Man. Cty. Ct.); and *Massey-Harris Co. Ltd. v. Strasbourg*, [1941] 4 D.L.R. 620 (Sask. C.A.).

Before stating my final conclusion on the point, I must stress first of all that the rectification of a legislative text is a drastic step for any court to undertake. With respect, I feel compelled to reject the alternative submission of defendant's counsel. I

L'avocate de la défenderesse a soutenu que les quatre conditions étaient respectées en l'espèce. Elle a toutefois signalé que les tribunaux canadiens étaient moins disposés à appliquer des critères aussi rigoureux que leurs homologues anglais. Selon elle, les tribunaux canadiens ont inséré ou ont supprimé des termes dans des lois en présence d'une contradiction ou d'une absurdité manifeste compte tenu de l'intention claire du législateur. Elle a cité à cet égard les décisions suivantes: *City of Ottawa v. Hunter* (1900), 31 R.C.S. 7; *Minister of Transport for Ontario v. Phoenix Assurance Co. Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 113 (C.A.); *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and Association des Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch* (1987), 82 N.B.R. (2d) 360 (C.A.); *Sask. Govt. Insur. Office v. Anderson* (1966), 57 W.W.R. 633 (C. comté Man.); et *Massey-Harris Co. Ltd. v. Strasbourg*, [1941] 4 D.L.R. 620 (C.A. Sask.).

Avant d'exposer ma conclusion finale sur ce point, je dois tout d'abord signaler que la rectification d'un texte législatif constitue pour tout tribunal une mesure extrême. En toute déférence, je me sens obligé de rejeter l'argument subsidiaire de

agree with the submission of plaintiff's counsel that the present case is one where Parliament may well have intended to levy a sales tax on imported diesel fuel, but failed to do so in sufficiently clear terms on the present wording of subsection 27(1) and paragraph 27(1.1)(c) of the Act, before the amendment. Moreover, I am of the opinion that any judicial power of rectification with respect to legislation ought only to be exercised in the rarest of circumstances, that is, where absolutely necessary to achieve the clear manifestation of legislative intent in the face of obstacles created by very minor and patently obvious imperfections of language. To fill the gap by writing in the words "or on the volume" would constitute, in my opinion, an arbitrary and unwarranted intrusion on the role of Parliament. Notwithstanding that the gap or omission was corrected by the subsequent amendment enacted by Parliament, I am not prepared to extend the therapeutic effect of such amendment beyond its given retroactive date of July 12, 1986.

I conclude, therefore, that the plaintiff has discharged the onus of proving that the Minister's assessment was erroneous. However, that is not to say that the plaintiff may escape scot-free from all tax liability. Although paragraph 27(1.1)(c) of the Act cannot be applied to support the present basis of assessment, the Minister may still impose the percentage rate of tax prescribed by paragraph 27(1.1)(d) on the three shipments of diesel fuel. In the result, the duty paid value of the first two shipments would be taxed at 11 per cent and, in the case of the third shipment, at 12 per cent. According to the plaintiff's calculations, the result would be a federal sales tax amount of \$195,463.48.

For the foregoing reasons, the plaintiff's appeal is allowed in the main, with costs.

l'avocate de la défenderesse. Comme l'avocat de la demanderesse, j'estime qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où le législateur pourrait avoir eu l'intention de prélever une taxe de vente sur le combustible diesel importé, mais qu'il ne l'a pas fait en des termes suffisamment clairs si on tient compte du libellé du paragraphe 27(1) et de l'alinéa 27(1.1)c) de la Loi avant leur modification. De plus, je suis d'avis que les tribunaux ne devraient exercer leur pouvoir de rectification des lois que dans des cas extrêmement rares, c'est-à-dire lorsque c'est absolument nécessaire pour indiquer clairement l'intention du législateur en présence d'obstacles résultant d'erreurs de langue mineures et évidentes. À mon avis, corriger la lacune de la disposition en y insérant les termes «ou sur la quantité» constituerait une usurpation arbitraire et injustifiée du rôle du législateur. Même si la lacune ou l'omission a été corrigée par l'adoption d'une modification ultérieure par le législateur, je ne suis pas disposé à étendre l'effet thérapeutique d'une telle modification au-delà de sa date rétroactive d'entrée en vigueur, soit le 12 juillet 1986.

Je conclus par conséquent que la demanderesse a réussi à prouver que la cotisation établie par le ministre était erronée. Cela ne signifie cependant pas que la demanderesse échappe en toute impunité à l'obligation de payer une taxe. Bien que l'alinéa 27(1.1)c) de la Loi ne puisse être invoqué comme fondement de la présente cotisation, le ministre peut encore imposer le taux de taxe prescrit par l'alinéa 27(1)d) sur les trois chargements de combustible diesel. En conséquence, la valeur à l'acquitté serait taxée au taux de 11 % dans le cas des deux premiers chargements, et au taux de 12 % dans le cas du troisième chargement. Suivant les calculs de la demanderesse, le montant de la taxe de vente fédérale serait de 195 463,48 \$.

Par ces motifs, l'appel formé par la demanderesse est accueilli, avec dépens.

A-507-89

A-507-89

Attorney General of Canada (Applicant)

v.

David George (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. GEORGE (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Desjardins and Linden, J.J.A.—St. John's, Newfoundland, October 10; Ottawa, October 29, 1990.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Application to set aside Tax Court decision declaring Unemployment Insurance Act, s. 3(2)(b) inoperative as inconsistent with Charter, s. 15 — According to s. 3(2)(b) employment of casual nature other than for employer's trade or business "excepted employment" — As such not insurable — Tax Court finding discrimination as application of s. 3(2)(b) creating two classes of employees depending on who is employer — Application allowed — S. 15 contemplating distinction based on grounds relating to personal characteristics of individual or group — Must also impose disadvantages on such individuals or groups not imposed upon others — Disadvantage created by s. 3(2)(b) related to employment, not personal characteristics of individual or group — Neither enumerated ground in s. 15 nor analogous thereto.

Unemployment insurance — Minister denying application for benefits in that employment as carpenter building homes for three individuals "excepted employment" under Act, s. 3(2)(b), and not insurable — Under s. 3(2)(b), employment of casual nature other than for employer's trade or business "excepted employment" — Tax Court's declaration s. 3(2)(b) inoperative as inconsistent with Charter, s. 15 set aside.

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(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 3(1),(2)(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R.

Procureur général du Canada (requérant)

c.

a David George (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GEORGE (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Desjardins et Linden, J.C.A.—St. John's (Terre-Neuve), 10 octobre; Ottawa, 29 octobre 1990.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Demande visant à obtenir l'annulation d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt dans laquelle le juge a conclu que l'art. 3(2)(b) de la Loi sur l'assurance-chômage était inopérant parce que contraire à l'art. 15 de la Charte — En vertu de l'art. 3(2)(b), tout emploi occasionnel à des fins autres que celles de l'activité professionnelle ou de l'entreprise de l'employeur constitue un «emploi exclu» — À ce titre, il n'est pas un emploi assurable — La Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'il y avait discrimination puisque l'application de l'art. 3(2)(b) créait deux classes d'employés en fonction de leur employeur — La demande est accueillie — L'art. 15 vise la distinction fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe — La distinction doit aussi avoir pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des désavantages non imposés à d'autres — Le désavantage créé par l'art. 3(2)(b) était fondé sur l'emploi et non sur des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe — Il ne s'agit ni d'un motif énuméré à l'art. 15 ni d'un motif analogue.

Assurance-chômage — Le ministre a rejeté la demande de prestations d'assurance-chômage parce que l'emploi comme menuisier pour la construction des résidences de trois personnes constituait un «emploi exclu» au sens de l'art. 3(2)(b), et par conséquent un emploi non assurable — En vertu de l'art. 3(2)(b), tout emploi occasionnel à des fins autres que celles de l'activité professionnelle ou de l'entreprise de l'employeur constitue un «emploi exclu» — La déclaration de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle l'art. 3(2)(b) était inopérant parce que contraire à l'art. 15 de la Charte est annulée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15(1).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 3(1),(2)(b).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R.

289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227. ^a

COUNSEL:

Roger Taylor and Valerie A. Miller for ^b applicant.
W. Gerard Gushue for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
W. Gerard Gushue, Goose Bay, Newfoundland, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.A.: This is a section 28 application to review and set aside a decision of a deputy judge of the Tax Court of Canada. ^e

During the period from June 24, 1985 to October 25, 1985, the respondent was employed as a carpenter by three different persons during the construction, in each case, of that individual's personal residence. None of these individuals were in the construction business — one was the manager of a golf club, one was a teacher, while the other person was an oil company manager. Subsection 3(1) of the *Unemployment Insurance Act* [R.S.C., 1985, c. U-1] provides: ^f

3. (1) Insurable employment is employment that is not included in excepted employment . . . ^g

Paragraph 3(2)(b) enumerates one of the categories of "Excepted employment", that is, employment not insurable under the Act as "employment of a casual nature other than for the purpose of the employer's trade or business". ^h

The respondent applied for unemployment insurance after completing his final period of employment in 1985 as set out *supra*. His application was refused by the Minister on the basis that ⁱ

289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227.

AVOCATS:

Roger Taylor et Valerie A. Miller pour le requérant.
W. Gerard Gushue pour l'intimé.

^c PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
W. Gerard Gushue, Goose Bay (Terre-Neuve), pour l'intimé. ^d

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: La présente demande fondée sur l'article 28 tend à la révision et à l'annulation d'une décision d'un juge suppléant de la Cour canadienne de l'impôt. ^e

Pendant la période entre le 24 juin 1985 et le 25 octobre 1985, l'intimé a été engagé comme menuisier par trois personnes différentes pour la construction de leurs résidences personnelles respectives. Aucun de ces employeurs n'appartenait au secteur de la construction — l'un était directeur d'un club de golf, l'autre professeur et le dernier directeur d'une société pétrolière. Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* [L.R.C. (1985), chap. U-1] porte: ^f

3. (1) Un emploi assurable est un emploi non compris dans les emplois exclus . . . ^g

L'alinéa 3(2)(b) mentionne parmi les catégories d'«emplois exclus», c'est-à-dire parmi les emplois qui ne sont pas assurables en vertu de la Loi, «tout emploi occasionnel à des fins autres que celles de l'activité professionnelle ou de l'entreprise de l'employeur». ^h

L'intimé a demandé des prestations d'assurance-chômage après avoir terminé sa période finale d'emploi en 1985, selon les faits susmentionnés. Le ministre a rejeté sa demande parce que son emploi ⁱ

his employment in 1985 was excepted from insurability pursuant to paragraph 3(2)(b). This decision was appealed to the Tax Court of Canada. The learned Deputy Judge of the Tax Court allowed the appeal, reversed the determination of the Minister and declared paragraph 3(2)(b) of the Act inoperative as being inconsistent with subsection 15(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].¹ He also decided that paragraph 3(2)(b) could not be seen as a demonstrably justified limitation pursuant to section 1 of the Charter.

Counsel for the applicant submits that paragraph 3(2)(b) of the Act is not inconsistent with subsection 15(1) of the Charter and that the learned Deputy Judge erred in so concluding.

The Deputy Judge held that there was “discrimination in the application of section 3(2)(b) as it creates two classes of employees depending on who is their employer.” (Case, at page 168.) In his view, this was “unequal treatment” since another carpenter like the respondent who was doing the same work for a contractor and was paid by the contractor would be covered by unemployment insurance. In his view, such a circumstance was sufficient to invoke the equality provisions of subsection 15(1) of the Charter.

With deference, I am unable to agree that, based on the relevant jurisprudence, such a blanket application of subsection 15(1) is permissible. The proper approach for the application of subsection 15(1) was outlined by Mr. Justice McIntyre in the *Andrews* case.² The test articulated in *Andrews* is a twofold test. The first branch is set out by Mr. Justice McIntyre, at page 182:

¹ 15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

² *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

en 1985 était un emploi exclu en vertu de l’alinéa 3(2)b). Cette décision a été portée en appel devant la Cour canadienne de l’impôt. Le juge suppléant de la Cour canadienne de l’impôt a accueilli l’appel, renversé la décision du ministre et déclaré l’alinéa 3(2)b) de la Loi inopérant parce que contraire au paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]¹. Il a également conclu que l’alinéa 3(2)b) ne pouvait être considéré comme une limite dont la justification puisse se démontrer, conformément à l’article premier de la Charte.

L’avocat du requérant prétend que l’alinéa 3(2)b) de la Loi n’est pas contraire au paragraphe 15(1) de la Charte et que le juge suppléant a commis une erreur en concluant de la sorte.

Le juge suppléant a conclu qu’il y avait «discrimination dans l’application de l’alinéa 3(2)b) puisqu’il crée deux classes d’employés en fonction de leur employeur». (Dossier, à la page 168.) À son avis, il s’agit là d’un «traitement inégal» puisqu’un autre menuisier qui, à l’instar de l’intimé, ferait le même travail, mais cette fois pour un entrepreneur et qui serait payé par l’entrepreneur, pourrait bénéficier de l’assurance-chômage. À son avis, une telle circonstance suffisait pour invoquer les dispositions relatives aux droits à l’égalité du paragraphe 15(1) de la Charte.

Avec déférence, je ne puis reconnaître qu’une application aussi globale du paragraphe 15(1) soit fondée, en égard à la jurisprudence pertinente. La façon appropriée d’aborder l’application du paragraphe 15(1) a été exposée par le juge McIntyre dans l’arrêt *Andrews*². Il s’agit d’un critère à deux volets. Le premier volet est ainsi décrit par le juge McIntyre, à la page 182:

¹ 15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

Once the first stage of the test has been met it becomes necessary to deal with the second aspect of the test. That aspect was stated at pages 174-175 of *Andrews, supra*, where Mr. Justice McIntyre said:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Accordingly, it is clear that the "discrimination" contemplated by section 15, is a distinction based on grounds relating to personal characteristics of an individual or group. It must also result in the imposition of disadvantages on such individuals or groups which is not imposed upon others. Thus only certain legislative distinctions attract the scrutiny of section 15, namely those involving the enumerated or analogous grounds. The distinction here in issue is clearly not a ground enumerated in section 15 nor can it be said to be in the analogous category. In *Andrews* Mr. Justice McIntyre characterized this disadvantaged category as encompassing discrete and insular minorities. Madame Justice Wilson, also in *Andrews*, had some perceptive comments to make concerning this matter as well. At pages 152-153, she wrote:

I believe also that it is important to note that the range of discrete and insular minorities has changed and will continue to change with changing political and social circumstances. For example, Stone J. writing in 1938, was concerned with religious, national and racial minorities. In enumerating the specific grounds in s. 15, the framers of the *Charter* embraced these concerns in 1982 but also addressed themselves to the difficulties experienced by the disadvantaged on the grounds of ethnic origin, colour, sex, age and physical and mental disability. It

Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

Une fois franchie la première étape du critère, il est nécessaire de passer au deuxième volet du critère. Celui-ci a été décrit aux pages 174 et 175 de l'arrêt *Andrews*, précité, où le juge McIntyre déclare ce qui suit:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Par conséquent, il est clair que la «discrimination» visée par l'article 15 est une distinction fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus. Elle doit aussi avoir pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des désavantages non imposés à d'autres. Par conséquent, seules certaines distinctions prévues par la loi tombent sous le coup de l'article 15, notamment celles qui sont fondées sur les motifs énumérés ou sur des motifs analogues. La distinction qui s'applique en l'espèce n'est manifestement pas un des motifs énumérés à l'article 15 ni un motif qui pourrait être réputé appartenir à la catégorie des motifs analogues. Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre a déclaré que cette catégorie de personnes désavantagées comprenait les minorités discrètes et isolées. Madame le juge Wilson, également dans l'arrêt *Andrews*, avait certains commentaires pénétrants à faire sur cette question. Aux pages 152 et 153, elle écrit:

Je crois également qu'il importe de souligner que l'éventail des minorités discrètes et isolées a changé et va continuer à changer avec l'évolution des circonstances politiques et sociales. Par exemple, en 1938, le juge Stone se disait préoccupé par les minorités religieuses, nationales et raciales. En énumérant des motifs précis à l'art. 15, les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé ces préoccupations en 1982, mais ils se sont aussi attardés aux difficultés que connaissent les gens défavorisés en raison de leur origine ethnique, de leur couleur, de leur sexe, de leur âge

can be anticipated that the discrete and insular minorities of tomorrow will include groups not recognized as such today. It is consistent with the constitutional status of s. 15 that it be interpreted with sufficient flexibility to ensure the "unremitting protection" of equality rights in the years to come.

Thus, the conclusion of Madame Justice Wilson is to the effect that section 15 must remain open-ended in order to accommodate disadvantaged groups, not presently ascertained, which an evolving society is likely to identify in the future.

However, I am not persuaded that this respondent is entitled to the protection of section 15 in the circumstances of this case. The distinction in law created by paragraph 3(2)(b) creates a disadvantage to him based on the circumstances and conditions of his employment, and entirely unrelated to his personal characteristics or to the personal characteristics of the disadvantaged group of which he has become a member by the enactment of paragraph 3(2)(b). There is nothing on this record to show that individuals in this group share any personal characteristics or are subject to any disadvantage separate and apart from the disadvantage related to their employment. Accordingly I conclude that the basis of distinction created by paragraph 3(2)(b) is not analogous to any of the characteristics identified in subsection 15(1) of the Charter.

Jurisprudence subsequent to the *Andrews* case lends additional support for this view of the matter. In the case of *R. v. Turpin*,³ Madame Justice Wilson had the occasion to comment on the principles established in *Andrews*. Under the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34], in all provinces except Alberta, an accused charged with murder must be tried by a judge and jury. In Alberta, individuals charged with the same offence were given an election to be tried by a judge alone. In *Turpin* it was argued that, in these circumstances, the appellants' equality rights under section 15 of the Charter were violated. In delivering the reasons of the Court, Wilson J. said at pages 1332-1333:

The appellants claim that because they are accused of one of the indictable offences listed in s. 427 of the *Criminal Code* but do not have an opportunity, as do persons charged with the same offence in Alberta, to be tried by a judge alone, they are

et de déficiences mentales ou physiques. On peut prévoir que les minorités discrètes et isolées de demain vont comprendre des groupes qui ne sont pas reconnus comme tels aujourd'hui. Il est conforme au statut constitutionnel de l'art. 15 qu'il soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la «protection constante» des droits à l'égalité dans les années à venir.

Madame le juge Wilson conclut donc que l'article 15 doit demeurer ouvert de façon à s'accommoder aux groupes désavantagés qui ne sont pas encore identifiés mais qui devraient éventuellement l'être dans une société en évolution.

Je ne suis toutefois pas convaincu que l'intimé ait droit à la protection de l'article 15 dans les circonstances de l'espèce. La distinction de droit créée par l'alinéa 3(2)b) entraîne pour lui un désavantage qui est fondé sur les circonstances et les modalités de son emploi, sans aucun rapport avec ses caractéristiques personnelles ou les caractéristiques personnelles du groupe désavantagé dont il est devenu membre par l'effet de l'adoption de l'alinéa 3(2)b). Rien dans le dossier n'indique que les personnes de ce groupe partagent des caractéristiques personnelles ou sont assujetties à des désavantages autres que le désavantage lié à leur emploi. Par conséquent, je conclus que le fondement de la distinction créée par l'alinéa 3(2)b) n'est analogue à aucune des caractéristiques identifiées dans le paragraphe 15(1) de la Charte.

Les arrêts rendus à la suite de l'affaire *Andrews* viennent confirmer cette façon de voir. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*³, Madame le juge Wilson a eu l'occasion de commenter les principes établis dans l'arrêt *Andrews*. En vertu du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34], dans toutes les provinces à l'exception de l'Alberta, une personne accusée de meurtre doit subir un procès devant un juge et un jury. En Alberta, les personnes accusées de la même infraction ont la possibilité de choisir un procès devant un juge seul. Dans l'affaire *Turpin*, on a prétendu que, dans ces circonstances, les droits à l'égalité des appelants en vertu de l'article 15 de la Charte étaient violés. En rendant le jugement de la Cour, le juge Wilson a déclaré ce qui suit, aux pages 1332 et 1333:

Les appelants soutiennent qu'ils sont victimes de discrimination parce qu'ils sont accusés d'un des actes criminels énumérés à l'art. 427 du *Code criminel* et qu'ils n'ont pas la possibilité, comme l'ont les personnes accusées de la même infraction en

³ [1989] 1 S.C.R. 1296.

³ [1989] 1 R.C.S. 1296.

victims of discrimination. I disagree. In my respectful view, it would be stretching the imagination to characterize persons accused of one of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all the provinces except Alberta as members of a "discrete and insular minority". I hasten to add that this categorization is not an end in itself but merely one of the analytical tools which are of assistance in determining whether the interest advanced by a particular claimant is the kind of interest s. 15 of the *Charter* is designed to protect. It is a means of ensuring that equality rights are given the same kind of broad, purposive interpretation accorded to other *Charter* rights: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*. Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society. A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case because what we are comparing is the position of those accused of the offences listed in s. 427 in the rest of Canada to the position of those accused of the offences listed in s. 427 in Alberta. To recognize the claims of the appellants under s. 15 of the *Charter* would, in my respectful view, "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question": see *R. v. Big M. Drug Mart Ltd.*, at p. 344.

A third decision of the Supreme Court of Canada is also instructive on this issue. I refer to the *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*⁴ where Mr. Justice La Forest delivered the unanimous judgment of the Court. At page 924 he said:

We are all of the view that *The Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, c. 48, which provides that the right to compensation provided by that Act is in lieu of all rights and actions to which a worker or dependents might otherwise be entitled, does not, in these circumstances, constitute discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as elaborated by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, subsequent to the filing of a notice of appeal as of right. The situation of the workers and dependents here is in no way analogous to those listed in s. 15(1), as a majority in *Andrews* stated was required to permit recourse to s. 15(1). The appeal is accordingly dismissed.

In my view the factual situation at bar is not dissimilar to that in the Newfoundland *Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* case. The alleged discrimination there relates to circumstances of employment or employment status. In the case at

Alberta, de subir un procès devant un juge seul. Je ne suis pas de cet avis. Je crois, en toute déférence, que ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de «minorité discrète et isolée» les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont accusées de l'un des crimes énumérés à l'art. 427 du *Code criminel*. Je m'empresse d'ajouter que cette catégorisation est non pas une fin en soi, mais simplement un moyen analytique de déterminer si un droit qu'un requérant particulier fait valoir est un droit du genre de ceux que l'art. 15 de la *Charte* est destiné à protéger. Il s'agit d'un moyen de garantir que les droits à l'égalité reçoivent la même sorte d'interprétation large et fondée sur l'objet visé que les autres droits protégés par la *Charte*: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité. Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées de mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation de personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'art. 427, avec celle des personnes ainsi accusées en Alberta. À mon avis, faire droit aux demandes des appelants en vertu de l'art. 15 de la *Charte* serait «aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question»; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344.

Une troisième décision de la Cour suprême du Canada est également instructive à cet égard. Il s'agit du *Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*⁴, où le juge La Forest a rendu le jugement unanime de la Cour. À la page 924, il écrit:

Nous sommes tous d'avis que *The Workers' Compensation Act, 1983*, S.N. 1983, chap. 48, qui prévoit que le droit à une indemnisation accordé par la Loi tient lieu et place de tous droits et actions auxquels un travailleur ou les personnes à charge pourraient autrement avoir droit, ne constitue pas, dans les circonstances, de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* tel qu'établi par cette Cour dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, après la production d'un avis d'appel de plein droit. La situation des travailleurs et des personnes à charge en l'espèce n'est aucunement analogue aux situations énumérées au par. 15(1), exigence posée par la majorité dans l'affaire *Andrews* pour permettre le recours au par. 15(1). Le pourvoi est donc rejeté.

À mon avis, la situation factuelle de l'espèce n'est pas sans ressemblance avec celle de *Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*. La discrimination alléguée dans cette affaire est liée aux circonstances de l'emploi ou au statut de l'emploi. En

⁴ [1989] 1 S.C.R. 922.

⁴ [1989] 1 R.C.S. 922.

bar, the distinction also relates to employment. As noted by counsel for the applicant, the "classes" here are classes of employment, not classes of people. Since this respondent is not linked with a contractor's employees by any personal characteristics as individuals or as members of a group, it follows that the respondent is not entitled to Charter protection under subsection 15(1).

For these reasons I would allow the section 28 application and set aside the decision of the Tax Court of Canada herein dated the 18th day of October, 1989.

DESJARDINS J.A.: I concur.

LINDEN J.A.: I agree.

l'espèce, la distinction est aussi liée à l'emploi. Comme l'a souligné l'avocat du requérant, les «catégories» en cause sont des catégories d'emplois et non des catégories de personnes. Puisque l'intimé n'est pas associé aux employés d'un entrepreneur par des caractéristiques personnelles comme individus ou comme membres d'un groupe, il s'ensuit qu'il n'a pas droit à la protection de la Charte en vertu du paragraphe 15(1).

Pour ces motifs, j'accueillerais la demande fondée sur l'article 28 et j'annulerais la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt le 18 octobre 1989.

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

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

T-3190-73

T-3190-73

Rae Import Corporation (Plaintiff)

v.

Federal Pacific Lakes Lines, Federal Commerce & Navigation Company Limited and Atlantska Plovidba (Defendants)INDEXED AS: *RAE IMPORT CORP. v. FEDERAL PACIFIC LAKES LINES (T.D.)*

Trial Division, Pinard J.—Montréal, October 15; Ottawa, October 23, 1990.

Practice — Evidence — Motion to reverse Senior Prothonotary's order allowing examination for discovery of deceased deponent to be read into evidence at trial — Prothonotary's interpretation of Quebec Code of Civil Procedure, art. 320 contrary to Lortie-Tremblay v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, [1988] R.J.Q. 1016 (S.C.) — Cartwright v. City of Toronto still applicable in jurisdictions where Rules of Practice not allowing party who was discovered to read into evidence examination of deceased deponent — RR. 478 and 479 limited to evidence "of any particular fact" — Not applying to production of examination on discovery governed exclusively by R. 494(9) — Appeal allowed.

Practice — "Gap" Rule — Motion to reverse Senior Prothonotary's order allowing examination for discovery of deceased deponent to be read into evidence at trial — Implicit reference to R. 5 ill founded — Must be "gap" in Rules for R. 5 to apply — Cannot be used to amend unambiguous provision, such as R. 494(9).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Code of Civil Procedure of Quebec, R.S.Q., c. C-25, art. 320.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 478, 479, 494(9).
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, R. 31.11(c).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED**APPLIED:**

Lortie-Tremblay v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, [1988] R.J.Q. 1016 (S.C.); Cartwright v. City of Toronto (1914), 50 S.C.R. 215; 20 D.L.R. 189.

COUNSEL:

Mireille A. Tabib for plaintiff.
David G. Colford for defendants.

Rae Import Corporation (demanderesse)

c.

a

Federal Pacific Lakes Lines, Federal Commerce & Navigation Company Limited et Atlantska Plovidba (défenderesses)b *RÉPERTORIÉ: RAE IMPORT CORP. c. FEDERAL PACIFIC LAKES LINES (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Pinard—Montréal, 15 octobre; Ottawa, 23 octobre 1990.

c

Pratique — Preuve — Requête visant à infirmer l'ordonnance du protonotaire en chef qui a autorisé la présentation en preuve, à l'instruction, de l'interrogatoire préalable d'un témoin décédé depuis — L'interprétation donnée par le protonotaire en chef à l'art. 320 du Code de procédure civile du Québec est contraire à celle qui a été donnée dans Lortie-Tremblay c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, [1988] R.J.Q. 1016 (C.S.) — L'arrêt Cartwright v. City of Toronto, s'applique toujours aux ressorts dans lesquels les règles de pratique ne permettent pas à une partie qui a été interrogée au préalable de présenter en preuve l'interrogatoire d'un témoin qui est décédé depuis — Les Règles 478 et 479 s'appliquent strictement à la preuve «d'un fait particulier» — Elles ne s'appliquent pas à la production d'un interrogatoire préalable qui est régi exclusivement par la Règle 494(9) — Appel accueilli.

d

e

Pratique — Règle des «lacunes» — Requête visant à infirmer l'ordonnance du protonotaire en chef qui a autorisé la présentation en preuve, à l'instruction, de l'interrogatoire préalable d'un témoin décédé depuis — La référence implicite à la Règle 5 n'est pas fondée — Il doit y avoir une «lacune» dans les Règles pour que la Règle 5 puisse s'appliquer — Cette Règle ne peut être invoquée pour modifier une disposition non ambiguë des Règles, comme la Règle 494(9).

f

g

LOIS ET RÉGLEMENTS

Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., chap. C-25, art. 320.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 478, 479, 494(9).
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Règle 31.11(c).

h

JURISPRUDENCE

i

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Lortie-Tremblay c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, [1988] R.J.Q. 1016 (C.S.); Cartwright v. City of Toronto (1914), 50 R.C.S. 215; 20 D.L.R. 189.

j

AVOCATS:

Mireille A. Tabib pour la demanderesse.
David G. Colford pour les défenderesses.

SOLICITORS:

Stikeman, Elliott, Montréal, for plaintiff.

Brisset Bishop, Montréal, for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PINARD J.: This is a motion by the defendants for an order reversing the order of the Senior Prothonotary, dated August 17, 1990, and dismissing plaintiff's motion entitled "Application for an Order that Evidence be given at the Trial by Production of an Examination on Discovery".

The only question at issue is whether a party who was discovered can be allowed to read into evidence the examination of a deponent who has since deceased.

The order under appeal states:

After hearing arguments of both counsel, upon reading the file and more especially the supporting Affidavit of Mireille A. Tabib, upon considering Rule 494, paragraph 9, Rule 465, paragraph 15, extracts from British Columbia and Ontario Rules, Code of Civil Procedure, Section 320, this Motion is granted on the grounds of paragraphs 6, 7, 8 and 9 of the said Affidavit of Mireille A. Tabib; at the time of the examination of Mr. Edward Shatilla, he was the only officer of the Plaintiff still alive who would have had knowledge of the facts of this action; he died in 1989; the sworn evidence given by Mr. Shatilla during the examination on Discovery conducted by Mr. Cypihot, counsel at the time for the Defendants, is the best evidence available to Plaintiff on the issue raised by Defendants in their plea; it is in the interest of justice; and finally, this file has originated 17 years ago, the Statement of Claim being dated on the 28th of March 1973.

In my view, the implicit reference to Rule 5 of this Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] in that order is ill founded in law. In order for Rule 5 to have any application, there must be a "gap" or void in the Rules and legislation governing procedure in this Court; it cannot be used to amend an unambiguous provision in the Rules, such as Rule 494(9) which states:

Rule 494. . . .

(9) Any party may, at the trial of an action, use in evidence against another party any of his examination for discovery of

PROCUREURS:

Stikeman, Elliott, Montréal, pour la demanderesse.

Brisset Bishop, Montréal, pour les défenderesses.

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

LE JUGE PINARD: Il s'agit d'une requête des défenderesses visant à obtenir une ordonnance infirmant l'ordonnance rendue par le protonotaire en chef le 17 août 1990, et rejetant la requête de la demanderesse intitulée [TRADUCTION] «Requête visant à obtenir une ordonnance portant que la preuve soit présentée à l'instruction par la production d'un interrogatoire préalable».

Le seul point en litige porte sur la question de savoir si une partie qui a été interrogée au préalable peut présenter en preuve l'interrogatoire d'un témoin qui est décédé depuis.

L'ordonnance dont appel porte:

Après avoir entendu les arguments des deux avocats, lu le dossier et tout spécialement l'affidavit de Mireille A. Tabib, et étudié le paragraphe 9 de la Règle 494, le paragraphe 15 de la Règle 465, des extraits des Règles de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, et l'article 320 du Code de procédure civile, la présente requête est accueillie sur la base des paragraphes 6, 7, 8 et 9 dudit affidavit de Mireille A. Tabib; au moment de l'interrogatoire de M. Edward Shatilla, celui-ci était le seul dirigeant de la demanderesse encore vivant qui pouvait avoir connaissance des faits visés par la présente action; il est décédé en 1989; la déposition donnée sous serment par M. Shatilla au cours de l'interrogatoire préalable dirigé par M. Cypihot, avocat pour les défenderesses à cette époque, est la meilleure preuve dont dispose la demanderesse sur le point en litige soulevé par les défenderesses dans leur défense; elle est dans l'intérêt de la justice; enfin, ce dossier remonte à 17 ans, puisque la déclaration est datée du 28 mars 1973.

À mon avis, la référence implicite à la Règle 5 de notre Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] dans cette ordonnance n'est pas fondée en droit. Pour que la Règle 5 puisse s'appliquer, il doit y avoir une «lacune» ou un vide dans les Règles et dans les dispositions législatives régissant la procédure devant cette Cour; cette Règle ne peut être utilisée pour modifier une disposition non ambiguë des règles, comme la Règle 494(9) qui s'énonce comme suit:

Règle 494. . . .

(9) Une partie peut, à l'instruction d'une action, utiliser en preuve contre une autre partie tout passage de l'interrogatoire

that other party, but, on the application of an adverse party, the Court may direct that any other part of the examination which, in the opinion of the Court, is so connected with the part to be used that the last-mentioned part ought not to be used without such other part, be put in evidence by the party seeking to use such examination.

Furthermore, the suggestion by the Senior Prothonotary that section 320 of the *Code of Civil Procedure of Quebec*¹ allows the party who was discovered to read into evidence the examination of a deponent who has since deceased is contrary to the interpretation given to that section by Mr. Justice Gonthier, when he was a Superior Court judge in Quebec, in *Lortie-Tremblay v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [1988] R.J.Q. 1016, at pages 1017-1018:

[TRANSLATION] Its very wording indicates that art. 320 applies to a deposition given "at a former trial of the same action, or of another action founded in whole or in part on the same cause of action", and in French "*lors d'une première introduction de la demande ou d'une autre demande basée en partie ou pour le tout sur la même cause d'action*". This provision has been given a broad interpretation by the Court of Appeal, in particular in *Day & Ross Ltd. c. Marois*, [C.A. Québec 200-09-000615-778 and 200-09-000616-778, April 1, 1981 (J.E. 81-444)] as covering both a criminal and a civil action, including a proceeding before a coroner. However, the article applies only to depositions given at trial (*à l'instruction*). It is clear from article 398.1, as the Court of Appeal recognized, that a deposition under article 397 does not form part of the evidence, unless it is included in the record by the party conducting the examination. As Mr. Léo Ducharme wrote in his recent article:

The option the party conducting an examination on discovery has to decide whether the depositions so obtained will be part of the evidence radically alters the nature of this procedure.

Whereas previously the principal purpose of the procedure was to inform the court, and secondarily to inform the party concerned, it has become a means available to the parties for obtaining information, and incidentally an exceptional procedure for the administration of evidence . . .

Since depositions obtained on discovery will now no longer automatically be part of the evidence, a defendant examining a plaintiff on a fact alleged by the latter and about which oral evidence is prohibited no longer runs any risk. [Léo Ducharme, "Chroniques. Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit" (1983), 43 *R. du B.* 973].

¹ 320. A deposition given at a former trial of the same action, or of another action founded in whole or in part upon the same cause of action, may be given in evidence if it is established that the witness who made it is dead, or is so ill as to be unable to be present, or is absent from Quebec, provided in all cases that the adverse party had a full opportunity to cross-examine.

préalable qu'elle a fait subir à cette autre partie, mais, à la demande d'une partie opposée, la Cour pourra prescrire qu'un autre passage de l'interrogatoire qui, de l'avis de la Cour, est en rapport si étroit avec le passage à utiliser que ce dernier ne devrait pas être utilisé sans cet autre passage, soit présenté en preuve par la partie qui veut utiliser cet interrogatoire.

De plus, la suggestion du protonotaire en chef, portant que l'article 320 du *Code de procédure civile du Québec*¹ permet à la partie qui a été interrogée au préalable de présenter en preuve l'interrogatoire d'un témoin qui est décédé depuis est contraire à l'interprétation donnée à cet article par le juge Gonthier, lorsqu'il était juge de la Cour supérieure du Québec, dans la décision *Lortie-Tremblay c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [1988] R.J.Q. 1016, aux pages 1017 et 1018:

Selon son libellé même, l'article 320 vise une déposition donnée «lors d'une première instruction de la demande ou d'une autre demande basée en partie ou pour le tout sur la même cause d'action» et en anglais "*a deposition given at a former trial of the same action, or of another action founded in whole or in part on the same cause of action*". Ce texte a reçu de la Cour d'Appel, en particulier dans l'arrêt *Day & Ross Ltd. c. Marois* [C.A. Québec 200-09-000615-778 et 200-09-000616-778, le 1^{er} avril 1981 (J.E. 81-444)], une interprétation large comme couvrant une action tant criminelle que civile, y compris une instruction devant un coroner. Cependant, cet article ne vise que des dépositions à l'instruction (*given at a trial*). Or, il ressort de l'article 398.1, comme le reconnaît la Cour d'Appel, qu'une déposition selon l'article 397 ne fait pas partie de la preuve, à moins qu'elle ne soit versée au dossier par la partie qui procède à l'interrogatoire. Comme l'écrit Me Léo Ducharme dans son récent article:

La faculté accordée à la partie qui procède à un interrogatoire préalable de décider si des dépositions ainsi recueillies feront partie ou non de la preuve, change radicalement la nature de cette procédure.

Alors qu'elle était auparavant une procédure ayant pour objet principal l'information du tribunal et subsidiairement l'information de la partie concernée, elle est devenue un moyen d'information à la disposition des parties et, accessoirement, un mode exceptionnel d'administration de la preuve [. . .].

Puisque désormais les dépositions recueillies au préalable ne font plus automatiquement partie de la preuve, le défendeur qui interroge le demandeur sur un fait que celui-ci a allégué et au sujet duquel la preuve testimoniale est prohibée ne court plus aucun risque [Léo Ducharme, "Chroniques, Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit" (1983), 43 *R. du B.* 973].

¹ 320. La déposition donnée lors d'une première instruction de la demande ou d'une autre demande basée en partie ou pour le tout sur la même cause d'action, est reçue en preuve, s'il est établi que le témoin qui l'a donné est décédé, ou est malade au point de ne pouvoir être présent, ou encore qu'il est absent du Québec, pourvu dans tous les cas, que la partie adverse ait eu pleine liberté de le contre-interroger.

This therefore means that such an examination is not part of any trial, whether of the same action or of some other action based wholly or partly on the same cause of action. Even by the extension given by article 395 to article 320, it can only be part of the trial if the party who has conducted the examination, the defendant, so wishes. It thus does not fall within the wording of article 320.

Deciding otherwise would be to alter *ex post facto* the basis on which counsel for the defendant chose to conduct this examination, namely with the assurance that it could only be entered into evidence if they wished.

I am of the opinion that with respect to jurisdictions where the Rules of Practice have not been amended to allow a party who was discovered to read into evidence the examination of a deponent who has since deceased or is not available for trial,² the following reasoning, by Mr. Justice Duff, in the Supreme Court of Canada case *Cartwright v. City of Toronto*,³ still applies:

The appellant seeks to shew that the late Sir Richard Cartwright entered into an agreement with Mr. Biggar, then City Solicitor of Toronto, and for the purpose of proving this he offers in evidence certain statements in the examination of Sir Richard Cartwright for discovery. The principle upon which he relies is this: Where a witness has given evidence in the course of litigation, such evidence may be used in other litigation relating to the same subject matter between same parties if the witness have [*sic*], in the meantime, died, provided the party against whom it is offered has had an opportunity of cross-examining the witness.

I think the rule has no application. The examination for discovery is in the nature of a cross-examination; but the rule relating to the admission of evidence given on such examination entitles the cross-examiner to proceed with the absolute assurance that no part of the examination can be used against him, unless he on his part seeks to make use of it for his own purposes.

Finally, even though the plaintiff's application before the Senior Prothonotary was based on Rule 479 which itself refers to Rule 478,⁴ I am of the view that those Rules by their very terms strictly

² Rule 31.11(c) of the Ontario Rules of Practice [*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84] now allows such use of evidence led on an examination on discovery.

³ (1914), 50 S.C.R. 215, at p. 218.

⁴ *Rule 478*. The Court may, at any time, order that any particular fact be proved by affidavit or that the affidavit of any witness may be read at the trial on such conditions as the Court may specify.

C'est donc dire que cet interrogatoire ne fait partie d'aucune instruction, que ce soit celle de la présente demande ou d'une autre demande basée sur la même cause d'action, en tout ou en partie. Même par l'extension qu'apporte l'article 395 à l'article 320, elle ne pourra faire partie de l'instruction que par la volonté de la partie, c'est-à-dire la défenderesse, qui a procédé à l'interrogatoire. Elle ne tombe donc pas dans le cadre prévu par l'article 320, selon son libellé même.

En décider autrement serait d'ailleurs modifier après coup la base sur laquelle les procureurs de la défenderesse ont choisi de faire cet interrogatoire, c'est-à-dire avec l'assurance qu'il ne puisse être mis en preuve sauf par leur volonté.

Je suis d'avis qu'en ce qui a trait aux ressorts dans lesquels les règles de pratique n'ont pas été modifiées de façon à permettre à une partie qui a été interrogée au préalable de présenter en preuve l'interrogatoire d'un témoin qui est décédé depuis ou qui ne pourra être présent au procès², le raisonnement suivant, du juge Duff de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Cartwright v. City of Toronto*³, s'applique toujours:

[TRADUCTION] L'appelant cherche à établir que feu Sir Richard Cartwright avait conclu une entente avec M. Biggar, alors avocat de la ville de Toronto, et pour prouver cela, il offre en preuve certaines déclarations faites au cours de l'interrogatoire préalable de Sir Richard Cartwright. Le principe sur lequel il se fonde est le suivant: lorsqu'un témoin a fait une déposition au cours d'une action, cette déposition peut être utilisée dans d'autres actions portant sur le même objet entre les mêmes parties si le témoin est décédé depuis, pourvu que la partie contre laquelle la déposition est utilisée ait eu l'occasion de contre-interroger le témoin.

Je pense que la règle n'est pas applicable. L'interrogatoire préalable est de la nature d'un contre-interrogatoire; toutefois, la règle portant sur l'admissibilité de la preuve donnée au cours d'un tel interrogatoire habilite la partie qui contre-interroge à procéder en étant absolument assurée qu'aucune partie de l'interrogatoire ne peut être utilisée contre elle, sauf si elle cherche elle-même à l'utiliser à ses propres fins.

Enfin, même si la requête de la demanderesse devant le protonotaire en chef était fondée sur la Règle 479, qui fait elle-même référence à la Règle 478⁴, j'estime que ces Règles, de par leur

² Règle 31.11c) des règles de pratique de l'Ontario [*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84] permet maintenant d'utiliser les témoignages obtenus au cours de l'interrogatoire préalable.

³ (1914), 50 R.C.S. 215, à la p. 218.

⁴ *Règle 478*. La Cour pourra, à tout moment, ordonner qu'un fait particulier soit prouvé par affidavit ou que l'affidavit d'un témoin soit lu à l'instruction aux conditions que la Cour pourra spécifier.

apply to the evidence “of any particular fact” and have no application with respect to the requested “production of an examination on discovery” which is governed exclusively by Rule 494(9).

I also adopt the following comments (which, in this case, must refer to the federal legislative authority rather than to the “*législateur québécois*”) made by Mr. Justice Gonthier, in *Lortie-Tremblay (supra)*, at page 1019:

[TRANSLATION] It might be a very good idea for the Quebec legislature to follow the example of Ontario, so as to enable the Court to avoid the kind of injustice that may occur in the case at bar. However, that is not for the Court to do, especially as acting thus would have the effect of placing on the record a deposition which was taken on condition it not be entered as evidence, except at the instance of the defendant.

The Court must therefore grant the present appeal and set aside the order of the Senior Prothonotary dated August 17, 1990. In view of the circumstances, however, there will be no costs.

libellé, s'appliquent strictement à la preuve «d'un fait particulier» et ne s'appliquent pas à la «production d'un interrogatoire préalable» demandée, qui est régie exclusivement par la Règle 494(9).

^a J'adopte également les commentaires suivants (qui, en l'espèce, doivent mentionner le législateur fédéral plutôt que le «législateur québécois») du juge Gonthier, dans la décision *Lortie-Tremblay*, précitée, à la page 1019:

^b Il pourrait être fort indiqué pour le législateur québécois de suivre l'exemple de l'Ontario afin de permettre au Tribunal d'éviter une injustice telle que celle qui est susceptible de se produire dans la présente cause. Il n'appartient cependant pas au Tribunal de le faire, d'autant plus que d'agir ainsi aurait pour effet de mettre en preuve une déposition qui a pris naissance sous condition de ne pas être mise en preuve, sauf sur l'initiative de la défenderesse.

^d La Cour doit par conséquent accueillir le présent appel et annuler l'ordonnance rendue par le protonotaire en chef le 17 août 1990. Compte tenu des circonstances, il n'y aura toutefois pas de dépens.

(Continued from previous page)

Rule 479. (1) Without prejudice to Rule 478 the Court may, before the trial of an action, order that evidence of any particular fact shall be given at the trial in such manner as may be specified by the order.

(2) The power conferred by paragraph (1) extends in particular to ordering that evidence of any particular fact may be given at the trial

(a) by statement on oath of information or belief;

(b) by the production of documents or entries in books;

(c) by copies of documents or entries in books; or

(d) in the case of a fact that is or was a matter of common knowledge either generally or in a particular district, by the production of a specified newspaper which contains a statement of that fact.

(Suite de la page précédente)

Règle 479. (1) Sous réserve de la Règle 478, la Cour pourra, avant l'instruction d'une action ordonner que la preuve d'un fait particulier soit présentée à l'instruction de la manière que spécifie l'ordonnance.

(2) Le pouvoir conféré par le paragraphe (1) permet notamment d'ordonner que la preuve d'un fait particulier soit présentée à l'instruction

a) par une déclaration sous serment de renseignements obtenus ou de la croyance qu'on peut avoir quant à certains renseignements;

b) par la production de documents ou d'entrées de livres ou registres;

c) par la production de copies de documents ou d'extraits de livres ou registres; ou

d) dans le cas d'un fait notoirement connu en général ou dans un district particulier, par la production d'un journal spécifié qui relate ce fait.

T-522-90

T-522-90

Bell Canada (Applicant)

v.

Canadian Human Rights Commission and Michelle Falardeau-Ramsay (Respondents)INDEXED AS: *BELL CANADA v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)*

Trial Division, Muldoon J.—Ottawa, June 5 and October 18, 1990.

Practice — Affidavits — Motion to strike respondent Falardeau-Ramsay's affidavit on applicant's originating motion — Affidavits based on information and belief insufficient: R. 332(1) — Affiant distinguished from witness on examination for discovery, who is obliged to be informed on party's stance even if expressing hearsay — Scope of affidavits limited by R. 332(1) to personal knowledge — Deposition limited to matters occurring upon or after appointment as Deputy Chief Commissioner of CHRC in 1988 — Entitled to tender pre-existing records as being produced from her custody and control — Explanation of records or interpretation of statute law by deponent prohibited — Leading to improper cross-examination — Examination of impugned paragraphs against standard in R. 332(1) — Paragraphs detailing Commission's mandate and initiatives under s. 10 and assertion Commission "recognized" something without reference to place, date, time or personal knowledge expressing affiant's interpretation of law — Applicant entitled to compliance with Rule notwithstanding inconvenience to respondents — Affidavit struck in entirety with leave to file new affidavit within 15 days.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).***CASES JUDICIALLY CONSIDERED****APPLIED:**

Gingras v. Cdn. Security & Intelligence Service (1987), 11 C.I.P.R. 327; 19 C.P.R. (3d) 283 (F.C.T.D.); *Foodcorp Ltd. v. Hardee's Food Systems, Inc.*, [1982] 1 F.C. 821; (1982), 40 N.R. 349 (C.A.).

REFERRED TO:

Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co., [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th)

Bell Canada (requérante)

c.

a

Commission canadienne des droits de la personne et Michelle Falardeau-Ramsay (intimées)RÉPERTORIÉ: *BELL CANADA c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1^{re} INST.)*

b

Section de première instance, juge Muldoon—Ottawa, 5 juin et 18 octobre 1990.

Pratique — Affidavits — Requête en radiation de l'affidavit déposé par Falardeau-Ramsay à l'occasion d'une requête introductive d'instance — Les affidavits fondés sur les renseignements obtenus et sur la croyance qu'on peut avoir quant à certains renseignements ne sont pas suffisants: Règle 332(1) — Le souscripteur d'affidavit se distingue du témoin faisant l'objet d'un interrogatoire préalable; ce témoin doit s'informer de la position de la partie intéressée même s'il s'agit d'un oui-dire — La Règle 332(1) limite la portée des affidavits à la connaissance personnelle — La déposition doit se limiter aux questions qui ont eu lieu à l'entrée en fonction, ou après, de l'intimée comme vice-présidente de la CDDP en 1988 — L'intimée est en droit de produire des documents qui existaient auparavant et qui sont sous sa garde et son contrôle — Il est interdit à la déposante de se livrer à l'explication de documents et à l'interprétation de la loi — Cela conduirait à un contre-interrogatoire abusif — Examen des paragraphes contestés par rapport à la norme énoncée à la Règle 332(1) — Les paragraphes détaillant le mandat et les initiatives de la Commission sous le régime de l'art. 10 et l'affirmation selon laquelle la Commission «a reconnu» quelque chose sans mentionner le lieu, la date, l'époque ni la connaissance personnelle constituent une interprétation par la déposante de la Loi — La requérante a droit au respect de la Règle malgré l'inconvénient causé aux intimées — L'affidavit est radié dans sa totalité avec l'autorisation de déposer un nouvel affidavit dans un délai de quinze jours.

c

d

e

f

g

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 332(1).

JURISPRUDENCE**DÉCISIONS APPLIQUÉES:**

Gingras c. Service canadien du renseignement de sécurité (1987), 11 C.I.P.R. 327; 19 C.P.R. (3d) 283 (C.F. 1^{re} inst.); *Foodcorp Ltd. c. Hardee's Food Systems, Inc.*, [1982] 1 C.F. 821; (1982), 40 N.R. 349 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987),

h

j

193; 27 Admin. L.R. 172; 87 C.L.L.C. 17,022; 76 N.R. 161.

40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 C.L.L.C. 17,022; 76 N.R. 161.

COUNSEL:

Roy L. Heenan and Thomas E. F. Brady for applicant. ^a
Raj Anand for respondents.

AVOCATS:

Roy L. Heenan et Thomas E. F. Brady pour la requérante.
Raj Anand pour les intimées.

SOLICITORS:

Heenan Blaikie, Montréal, for applicant.
Scott & Ayles, Toronto, for respondents.

^b PROCUREURS:

Heenan Blaikie, Montréal, pour la requérante.
Scott & Ayles, Toronto, pour les intimées.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

MULDOON J.: The applicant moves to have the affidavit of the respondent Falardeau-Ramsay, sworn on May 11, 1990 and filed herein on May 17, 1990, struck out, or, in the alternative, it moves to have paragraphs 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 36, 48 and 50 struck out of that affidavit, with leave to the respondents to file an affidavit conforming to the Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] within seven days from the date of this motion's disposition. The respondents resist the making of any such order striking out the affidavit or any part of it. ^f

^d LE JUGE MULDOON: La requérante cherche à faire radier l'affidavit que Falardeau-Ramsay a établi sous serment le 11 mai 1990 et déposé le 17 mai 1990 ou, subsidiairement, à faire radier les paragraphes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 36, 48 et 50 de cet affidavit, avec l'autorisation accordée aux intimées de déposer un affidavit conforme aux Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] dans les sept jours de la date de la décision sur la présente requête. Les intimées s'opposent à ce que soit rendue une telle ordonnance portant radiation de l'affidavit ou d'une partie de celui-ci.

The optic through which this issue is to be viewed is surely that which is provided in and by Rule 332(1) concerning all affidavits filed in proceedings in this Court. It runs:

^e Le cadre dans lequel le présent litige doit être examiné est certainement celui qui est prévu par la Règle 332(1) concernant tous les affidavits déposés dans les procédures devant cette Cour; cette Règle est ainsi conçue:

Rule 332. (1) Affidavits shall be confined to such facts as the witness is able of his own knowledge to prove, except on interlocutory motions on which statements as to his belief with the grounds thereof may be admitted.

^g *Règle 332. (1) Les affidavits doivent se restreindre aux faits que le témoin est en mesure de prouver par la connaissance qu'il en a, sauf en ce qui concerne les requêtes interlocutoires pour lesquelles peuvent être admises des déclarations fondées sur ce qu'il croit et indiquant pourquoi il le croit.*

The respondent's affidavit is filed on an originating motion, not an interlocutory one, in which the applicant seeks an order to grant either prohibition or *certiorari* in regard to the respondent Commission's investigation of the applicant pursuant to a complaint initiated by the respondent Commission (hereinafter also: CHRC) itself on or about July 17, 1989. Accordingly, affidavits based on information and belief are insufficient. In order to better situate the impugned affidavit, the appli-

ⁱ L'affidavit de l'intimée est déposé à l'occasion d'une requête introductive d'instance, et non d'une requête interlocutoire, dans laquelle la requérante conclut à une ordonnance accordant un bref de prohibition ou un bref de *certiorari* à l'égard de l'enquête tenue par la Commission intimée par suite d'une plainte portée par celle-ci même (ci-après appelée aussi CCDP) le 17 juillet 1989. En conséquence, les affidavits fondés sur les renseignements obtenus et sur la croyance qu'on peut

cant's stated grounds for seeking extraordinary relief are pertinent:

1. A writ of prohibition ought to issue prohibiting the Respondent Canadian Human Rights Commission from proceeding with the complaint it initiated against the Applicant on July 17, 1989 because the said Respondent has exceeded its jurisdiction by using such complaint as a colourable device to enable it to pursue its *ultra vires* scheme of reviewing the Applicant's implementation of employment equity including its employment equity plan under the *Employment Equity Act*. The Respondent Canadian Human Rights Commission has been given no power to do so under any act of Parliament or otherwise.
2. A writ of *certiorari* ought to issue quashing the Respondent Canadian Human Rights Commission's decision to initiate the complaint brought by the Respondent Michelle Falardeau-Ramsay in her capacity as a Division thereof on July 17, 1989 because such complaint is wholly lacking in any of the particulars required for a valid complaint under the *Canadian Human Rights Act* and fails to inform the Applicant of the nature of the complaint it has to meet. Further the matters alleged in such complaint are so vague as to be incapable of giving the Respondents or either of them reasonable grounds to believe that the Applicant had contravened the *Canadian Human Rights Act*.
3. Writs of *certiorari* and prohibition ought to issue in respect of the Respondents' proceedings in initiating the complaint against the Applicant because in an effort to assume a jurisdiction which they do not have, the Respondents have proceeded in a manner which is, in any event, totally unfair to the Applicant and have manipulated the provisions of the *Canadian Human Rights Act* to enable themselves to bring an untimely and unlawful complaint in furtherance of their *ultra vires* scheme to review implementation of employment equity and employment equity plans pursuant to the *Employment Equity Act*.

The applicant's language is a trifle melodramatic and, be it noted, it clearly imputes bad faith or malice to the respondents in paragraphs 1 and 3, at least. The respondents must not, of course, be inhibited unduly in effecting such repudiation as they deem appropriate in response to those allegations of attempting knowingly to wield excessive powers in relation to the applicant's hiring practices and the composition of its workforce.

It is important to distinguish the position of the respondent Falardeau-Ramsay from that which may be observed in other and different proceed-

avoir quant à certains renseignements ne sont pas suffisants. Pour mieux situer l'affidavit contesté, les motifs invoqués par la requérante pour demander un redressement extraordinaire sont pertinents:

a [TRADUCTION]

1. Il devrait y avoir lieu au décernement d'un bref de prohibition interdisant à la Commission canadienne des droits de la personne d'instruire la plainte qu'elle a portée contre la requérante le 17 juillet 1989, parce que ladite intimée a outrepassé sa compétence en utilisant une telle plainte comme un moyen vraisemblable lui permettant de poursuivre son plan *ultra vires* d'examen de la mise en œuvre par la requérante de l'équité en matière d'emploi, notamment son plan à cet égard sous le régime de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*. La Commission canadienne des droits de la personne, intimée, ne tient d'aucune loi du Parlement ni d'aucun autre texte le pouvoir de le faire.
2. Il devrait y avoir lieu au décernement d'un bref de *certiorari* annulant la décision par la Commission canadienne des droits de la personne d'instruire la plainte déposée le 17 juillet 1989 par l'intimée Michelle Falardeau-Ramsay en sa qualité de division de la Commission, parce que dans cette plainte, il manque totalement les détails requis pour une plainte valable en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et parce qu'on n'a pas informé la requérante de la nature de la plainte à laquelle elle doit faire face. De plus, les questions alléguées dans cette plainte sont tellement vagues qu'elles ne peuvent donner aux intimées ou à l'une d'elles des motifs raisonnables de croire que la requérante a contrevenu à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.
3. Il devrait y avoir lieu au décernement d'un bref de *certiorari* et d'un bref de prohibition à l'égard des actes des intimées, qui consistent à instruire la plainte portée contre la requérante parce que, dans la tentative de s'arroger une compétence qu'elles n'ont pas, les intimées ou l'une ou l'autre d'elles ont agi d'une manière qui, en tout état de cause, est totalement injuste à l'égard de la requérante, et ont manipulé les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour pouvoir porter une plainte inopportune et illégale en vue de la réalisation de leur plan *ultra vires* qui consiste dans l'examen de la mise en œuvre de l'équité en matière d'emploi et des plans à cet égard sous le régime de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*.

Le langage de la requérante est un peu mélodramatique et, il convient de le noter, il impute de la mauvaise foi et l'intention de nuire aux intimées aux paragraphes 1 et 3, au moins. Bien entendu, on ne doit pas indûment empêcher les intimées de rejeter, comme elles le jugent approprié, les allégations de tentative délibérée d'exercer des pouvoirs excessifs relativement aux méthodes d'engagement de la requérante et à la composition de sa main-d'œuvre.

Il importe de distinguer la position de l'intimée Falardeau-Ramsay de celle qu'on peut observer dans d'autres procédures ou dans des procédures

ings, that is, the position of the officer of a corporation who is offered for examination for discovery. The witness on examination for discovery has a duty to describe under oath the specific posture of the party concerned, even if that means expressing hearsay in order to be informed on the specifics of the concerned party's claim or defence to wit: the party's specific stance or posture in the proceedings. On examination for discovery, the witness is obliged to inform himself or herself at the peril of the striking out of the concerned party's pleadings.

The position of the respondent Falardeau-Ramsay in regard to her affidavit filed in the instant proceedings is defined and limited by the strictures of Rule 332(1). Moreover, it is shown by the affidavit of Chantal Lamarche sworn May 24, 1990, with its attached exhibit, that the respondent Falardeau-Ramsay was first appointed to the CHRC, in the initial rôle of Deputy Chief Commissioner sometime in 1988. This fact is not denied by the respondents. The individual respondent signed the complaint against the applicant initiated by the CHRC on July 17, 1989.

This latter fact further limits the scope of the respondent's deposition to matters and events which occurred within the Commission upon or after her taking up her duties there, lest she dredge up hearsay. Of course, she would be quite entitled to tender any minutes, internal memos or other records of the CHRC which came into existence before that crucial date as being produced from her custody and control, but in such a case the documents would have merely to speak for themselves without any gloss or explanation on the respondent's part. Equally, this and every other deponent must abstain from expressing any gloss or explanations on the interpretation of the law. The respondents' counsel may do that in submissions to, and discussions with, the Court, which is the proper ultimate interpreter of the law. An attempt to cross-examine a deponent on this matter would end up being an improper canvassing of the deponent's opinion about the meaning of records and the interpretation of law.

So, the kind of examination to be performed by the Court in this case, is well exemplified by that

différentes, c'est-à-dire la position du cadre d'une société qui est présenté aux fins d'interrogatoire préalable. À l'interrogatoire préalable, le témoin est tenu de décrire sous serment la position particulière de la partie intéressée, même si cela s'entend d'un oui-dire pour être renseigné sur les détails de la réclamation ou de la défense de la partie intéressée, à savoir la position particulière de la partie dans l'action. À l'interrogatoire préalable, le témoin doit s'informer au risque de la radiation des plaidoiries de la partie intéressée.

La position de l'intimée Falardeau-Ramsay relativement à son affidavit déposé en l'espèce est déterminée et limitée par les restrictions de la Règle 332(1). De plus, il ressort de l'affidavit établi sous serment par Chantal Lamarche le 24 mai 1990, avec sa pièce jointe, que l'intimée Falardeau-Ramsay été nommée pour la première fois à la CCDP, dans le rôle initial de vice-présidente quelque temps en 1988. Les intimées ne nient pas ce fait. L'intimée particulière a signé la plainte portée contre la requérante par la CCDP le 17 juillet 1989.

Ce dernier fait limite encore la portée de la déposition de l'intimée quant aux questions et aux événements qui ont eu lieu au sein de la Commission à son entrée en fonction ou après, de peur qu'elle ne déterre le oui-dire. Bien entendu, elle serait tout à fait en droit de produire tous procès-verbaux, toutes notes de service internes ou tout autre document de la CCDP qui ont existé avant la date cruciale et qui sont sous sa garde et contrôle, mais, dans un tel cas, les documents devraient parler d'eux-mêmes sans aucun commentaire ni aucune explication de la part de l'intimée. De même, cette déposante ou tout autre déposant doit s'abstenir de donner des commentaires ou des explications pour ce qui est de l'interprétation de la loi. L'avocat des intimées peut le faire dans ses observations soumises à la Cour ou dans ses discussions avec celle-ci, qui est l'interprète suprême compétent du droit. La tentative de contre-interroger un déposant sur cette question finirait par être un examen inapproprié de l'opinion du déposant sur le sens des documents et sur l'interprétation de la loi.

Ainsi donc, le genre d'examen auquel doit se livrer la Cour en l'espèce est bien illustré par celui

performed by Mr. Justice Teitelbaum of this Court in *Gingras v. Cdn. Security & Intelligence Service* (1987), 11 C.I.P.R. 327, where he examined all of the affidavit's impugned paragraphs against the standard promulgated in Rule 332(1). A further glimpse of this present sort of adjudication is revealed in the unanimous decision of this Court's Appeal Division rendered by Mr. Justice Heald in *Foodcorp Ltd. v. Hardee's Food Systems, Inc.*, [1982] 1 F.C. 821, at page 824, thus:

A perusal of the affidavits made a part of the expungement record by paragraph 3 of the Trial Division order makes it clear that they do not comply with Rule 332(1). They are replete with statements made on information and belief, with hearsay and, with opinions not based on personal knowledge. In my view, it would not be possible to separate the admissible from the non-admissible portions. For the same reason, it is my opinion that the cross-examinations on the affidavits and any admissions arising thereon, are equally inadmissible and should not be filed in the expungement proceeding.

Among the many individual paragraphs sought to be struck out by the applicant, as an alternative to striking out the entire affidavit, are paragraphs 2 and 3 which are set forth under the headline MANDATE OF THE CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, thus:

2. In 1977, the Parliament of Canada passed the *Canadian Human Rights Act* and codified the principle that every individual should enjoy equality of opportunity in the public arena, without discrimination, based on factors enumerated in the Act. The Canadian Human Rights Commission was created to give effect to this principle and was provided with a variety of instruments described in the statute.

3. These instruments include:

- (a) The duty and authority to investigate complaints;
- (b) The authority to initiate its own complaints;
- (c) The authority to seek adjudication of complaints where warranted and to advance the public interest;
- (d) The authority to establish guidelines binding on itself and Tribunals, defining compliance with the Act;
- (e) The duty to develop and conduct information programs and other activities to discourage and reduce discriminatory practices and to foster public understanding of basic human rights principles;
- (f) The authority to provide advice and assistance to employers waiting to establish special programs to rectify discriminatory practices and their effects;
- (g) The authority to make recommendations directly to Parliament on matters pertaining to its broad mandate.

Now those paragraphs border a trifle too much on the chatty, but one cannot foresee them scut-

fait par le juge Teitelbaum de cette Cour dans l'affaire *Gingras c. Service canadien du renseignement de sécurité* (1987), 11 C.I.P.R. 327, où il a examiné tous les paragraphes contestés de l'affidavit par rapport à la norme énoncée à la Règle 332(1). Une autre vision de ce type actuel de décision se révèle encore dans la décision unanime de la Section d'appel de cette Cour rendue par le juge Heald dans l'affaire *Foodcorp Ltd. c. Hardee's Food Systems, Inc.*, [1982] 1 C.F. 821, à la page 824:

Un examen des affidavits versés au dossier de la procédure en radiation par le paragraphe 3 de l'ordonnance de la Division de première instance révèle qu'ils ne sont pas conformes à la Règle 332(1). Ils sont pleins de déclarations basées sur des renseignements et sur ce que l'auteur croit, de oui-dire et d'opinions qui ne sont pas fondées sur une connaissance personnelle. Selon moi, il n'est pas possible de séparer ce qui est recevable de ce qui ne l'est pas. Pour la même raison, je suis d'avis que les contre-interrogatoires sur les affidavits et les aveux obtenus au cours de ceux-ci sont également irrecevables et ne devraient pas être déposés dans la procédure en radiation.

Parmi les nombreux paragraphes dont la requérante demande la radiation, à défaut d'une radiation de l'affidavit tout entier, figurent les paragraphes 2 et 3 qui sont énoncés sous la rubrique [TRADUCTION] MANDAT DE LA COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE:

[TRADUCTION] 2. En 1977, le Parlement du Canada a adopté la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et a codifié le principe selon lequel chaque individu devrait bénéficier de l'égalité des chances dans l'arène publique, sans discrimination, sur la base des facteurs énumérés dans la Loi. La Commission canadienne des droits de la personne a été créée pour appliquer ce principe et elle s'est vu accorder une variété de moyens décrits dans la loi.

3. Ces moyens comprennent:

- a) l'obligation et le pouvoir de faire enquête sur les plaintes;
- b) le pouvoir de porter plainte de sa propre initiative;
- c) le pouvoir d'obtenir une décision sur les plaintes lorsque cela est justifié et de promouvoir l'intérêt public;
- d) le pouvoir de prendre des ordonnances qui lient elle-même et les tribunaux et qui définissent le respect de la Loi;
- e) l'obligation d'élaborer et d'exécuter des programmes de sensibilisation et d'autres activités pour décourager et réduire les actes discriminatoires, et d'encourager la compréhension par le public des principes fondamentaux des droits de la personne;
- f) le pouvoir de donner des conseils et de l'aide aux employeurs qui attendent l'établissement de programmes particuliers pour corriger les actes discriminatoires et leurs effets;
- g) le pouvoir de soumettre des recommandations directement au Parlement sur les questions relatives à son large mandat.

Or, ces paragraphes frôlent un peu trop le bavardage, mais on ne saurait prévoir qu'ils

ting the applicant's position in this litigation. On the other hand, from a purist's point of view, those paragraphs do purport to give the respondent's own interpretation of the statute law when the statute speaks for itself. The respondents may instruct their counsel to posit such interpretations of the statute in oral or written argument, but the respondent *qua* deponent and *qua* witness upon *viva voce* cross-examination on her affidavit cannot be permitted to give "evidence" or "testimony" of her interpretation of the statute law. The applicant's counsel objects that the deponent "very cleverly transposes certain words of the Act into other words giving them an entirely different meaning". Whether or not that be so, these paragraphs ought therefore to be struck out.

Further, under the headline COMMISSION INITIATIVES UNDER SECTION 10, the same observations can readily be verified. Paragraphs 4 and 5 are clearly objectionable in that they contain the deponent's own interpretation of the law and hearsay. Paragraph 6 runs:

6. To facilitate compliance with the broad policy objectives of the Act as well as with specific sections of the legislation (sections 10 and 15 in particular) [all very interpretive of the legislation which speaks for itself], the Commission issued a publication in 1981 titled "Special Programs of Employment: Criteria for Compliance" [factual assertion] which included the following statement:

[Also, a factual statement of what was included.]

This analysis was adopted and articulated by the Supreme Court of Canada in the case of *Action Travail des Femmes v. CN Railway Company*.

The applicant's counsel has no objection to the factual assertions whose relevance can be determined later in the proceedings, but he asserts that he is very familiar with the *Action Travail [Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co., [1987] 1 S.C.R. 1114]* case having even written an article on it, but that it says no such things as the deponent states. He insists that the deponent Falardeau-Ramsay improperly states her view of the history of the *Action Travail* case, and he is further aggrieved at what he describes as "revisionist history". The applicant's counsel asserts that he must object and move to strike out such paragraphs lest the applicant be fixed with

feraient échec à la position de la requérante en l'espèce. D'autre part, du point de vue d'un puriste, ces paragraphes visent effectivement à donner l'interprétation par l'intimée de la Loi alors que celle-ci se passe de commentaires. Les intimées peuvent donner à leur avocat l'instruction d'exposer de telles interprétations dans un argument oral ou écrit, mais l'intimée en tant que dépositante et en tant que témoin à l'occasion d'un contre-interrogatoire sur son affidavit ne saurait être autorisée à rendre «témoignage» sur son interprétation du texte législatif. L'avocat de la requérante fait valoir que la dépositante [TRADUCTION] «transpose très habilement certains mots de la Loi en d'autres mots qui leur donnent un sens tout à fait différent». Qu'il en soit ainsi ou non, ces paragraphes devraient donc être radiés.

De plus, sous la rubrique [TRADUCTION] INITIATIVES DE LA COMMISSION EN VERTU DE L'ARTICLE 10, les mêmes observations peuvent facilement être vérifiées. Les paragraphes 4 et 5 sont à l'évidence inacceptables, en ce sens qu'ils contiennent l'interprétation par la dépositante de la Loi et du ouï-dire. Le paragraphe 6 est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 6. Pour faciliter l'observation des objectifs d'orientation à grande portée de la Loi ainsi que des articles particuliers de celle-ci (articles 10 et 15 en particulier) [qui interprètent tous et dans une grande mesure la loi qui parle d'elle-même], la Commission a distribué en 1981 une publication intitulée «Programmes spéciaux en matière d'emploi: critères de mise en application» [assertion factuelle] qui comprenait la déclaration suivante

[Également, un exposé de faits concernant ce qui a été inclus.]

Cette analyse a été adoptée et articulée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*.

L'avocat de la requérante ne s'oppose pas aux assertions factuelles dont la pertinence peut être déterminée plus tard dans les procédures, mais il affirme qu'il connaît très bien l'arrêt *Action Travail [Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1987] 1 R.C.S. 1114]*, ayant même écrit un article sur cette affaire, mais que cet arrêt ne dit rien de semblable à ce que prétend la dépositante. Il insiste sur le fait que la dépositante Falardeau-Ramsay énonce de façon inappropriée sa vue de l'historique de l'affaire *Action Travail*, et il est en outre affligé par ce qu'il qualifie de [TRADUCTION] «histoire révisionniste». L'avocat de la requérante affirme

the deponent's view of a judgment of the Supreme Court of Canada merely for failure to object. The paragraph must be struck out.

Where, in paragraph 7, the deponent Falardeau-Ramsay swears that "the Commission also recognized", she gives a conclusion without a documented minute of the CHRC or the depositions of its members in attendance at the time, or even inter-office memoranda. It is a small point perhaps but the deponent's assertion is of the Commission's having "recognized" this, or having been "concerned" about that, and it is entirely without reference to place, date, time or personal knowledge, but expresses personal opinions and further interpretations of the law including what "human rights enforcement was intended to be". That is a defective deposition which must be struck out. Much historical speculation about the 1978 initiative and subordinate mandate of the CEIC and the consequent establishment of a commission of enquiry surfaces in paragraph 8, which has not the ring of personal knowledge at all. It must be struck out.

Perusal of the other impugned paragraphs in the respondent Falardeau-Ramsay's affidavit reveals them to be non-complying and for the reasons expressed by the applicant's counsel. Not least in objectionability is, for example, paragraph 48 which is hearsay upon hearsay:

48. I am informed by Mr. Yalden and verily believe that on June 23, 1989, he spoke to Bell's Executive Vice-President, Legal and Environmental Affairs, Roger Tassé. Mr. Yalden explained the importance of having a written agreement for the joint review. He stressed that it was urgent that the matter be resolved, because the Commission had authorized the initiation of a complaint if agreement had not been reached by July 14, 1989. Now shown to me and marked as Exhibit 8 to this Affidavit is a copy of Mr. Yalden's note regarding this conversation. Now shown to me and marked as Exhibit 9 to this Affidavit is Mr. Yalden's letter of the same date, enclosing a revised version of the MOU . . .

This indicates that perhaps the Chief Commissioner Max Yalden ought to have sworn an affidavit, thereby exposing himself to cross-examination on

qu'il doit élever une objection et chercher à faire radier ces paragraphes de peur que la requérante ne soit fixée sur le point de vue de la déposante sur un jugement de la Cour suprême du Canada simplement pour omission d'élever une objection. Ce paragraphe doit être radié.

Lorsque, au paragraphe 7, la déposante Falardeau-Ramsay jure que [TRADUCTION] «la Commission a également reconnu», elle donne une conclusion sans qu'il y ait un procès-verbal muni de documents de la CCDP pour l'appuyer ni les dépositions de ses membres qui étaient présents à l'époque, ni même des notes de service échangées entre bureaux. C'est peut-être un petit point, mais l'affirmation de la déposante porte sur le fait que la Commission l'a [TRADUCTION] «reconnu», ou s'en est «préoccupée», et elle ne fait nullement mention du lieu, de la date, de l'époque ni de la connaissance personnelle, mais exprime des avis personnels et interprète encore la Loi en disant notamment ce que [TRADUCTION] «l'exécution en matière de droits de la personne devait être». C'est une déposition défectueuse qui doit être radiée. Le paragraphe 8 spécule beaucoup, du point de vue historique, sur l'initiative de 1978, le mandat accessoire de la CEIC et, par conséquent, sur l'établissement d'une commission d'enquête, ce qui n'a rien d'une connaissance personnelle. Ce paragraphe doit être radié.

Une lecture attentive des autres paragraphes contestés de l'affidavit de Falardeau-Ramsay révèle qu'ils ne sont pas conformes aux règles pour les motifs invoqués par l'avocat de la requérante. Le paragraphe 48, par exemple, est tout aussi inacceptable, puisqu'il s'agit d'un oui-dire multiple:

[TRADUCTION] 48. M. Yalden m'informe, et je le crois vraiment, que, le 23 juin 1989, il a parlé au vice-président exécutif de Bell, (affaires juridiques et environnement), Roger Tassé. M. Yalden a expliqué l'importance de l'existence d'une entente écrite pour l'examen conjoint. Il a insisté sur le fait qu'il fallait absolument trancher la question, parce que la Commission avait autorisé l'institution d'une plainte si une entente n'avait pas été conclue le 14 juillet 1989. Or, on m'a montré une copie de la note de M. Yalden concernant cette conversation, qui constitue la pièce 8 de cet affidavit. Or, on m'a montré la lettre de M. Yalden qui porte la même date et qui constitue la pièce 9 de cet affidavit, contenant une version révisée du PE . . .

Il en ressort que le président Max Yalden aurait peut-être dû établir sous serment un affidavit, s'exposant ainsi à un contre-interrogatoire sur cet

it, if the alleged conversation with Mr. Tassé be important to the respondents' case. Paragraph 48, to the point above recited, must be struck, along with the others impugned by the applicant.

In a sense, it is a pity to have so to gut the affidavit. The respondents' counsel argued lucidly for the desirability of permitting the respondents' whole story in response to be placed before the Court. It will be now quite inconvenient for the respondents to "fill in" with proper depositions what now needs expression and elaboration. Some will see the Court as being unduly rigid and hard on these respondents, and others in similar circumstances, in applying Rule 332(1) in its most literal "black-letter" manner. Such a point of view is not without merit. However the applicant is entitled to induce the Court to exact compliance with its Rule. The applicant has justifiably in mind the problems of cross-examination of the deponent and, although the respondents' counsel waived the advantage, the possibility of seeming to ratify and adopt such of what counsel called "revisionist" expressions upon which cross-examination would be non-factual and perhaps inconclusive.

So, with some hesitation regarding the Rule's ultimate utility here, but with no doubt about the Rule's application here, the Court considers that such application leaves the respondent's misbegotten affidavit in such tatters that what is left of it ought mercifully to be struck out in its entirety. Such striking out will, obviously, inflict an emergency situation on the respondents in terms of this litigation. The respondents are challenged by the applicant to explain their posture, to defend their powers and jurisdiction and to defend against the applicant's allegations of bad faith or arbitrary aggrandizement of their jurisdiction *vis-à-vis* the applicant in particular, but really in regard to all big employers at large. Now, the respondent Falardeau-Ramsay's affidavit is gone. Therefore the respondents will be permitted a period of 15 days after the date of the order giving effect to the Court's conclusions herein, in which to file a re-cast affidavit on the part of the respondent Falardeau-Ramsay, or some other officer or ser-

affidavit, si la prétendue conversation avec M. Tassé est importante pour la cause de l'intimée. Le paragraphe 48, tel qu'il est cité ci-dessus, doit être radié, en même temps que les autres paragraphes contestés par la requérante.

Dans un sens, il est dommage qu'il faille vider ainsi l'affidavit. L'avocat des intimées prétend clairement qu'il convient de permettre aux intimées d'exposer à la Cour l'histoire tout entière pour répondre aux allégations. Il sera maintenant beaucoup plus compliqué pour les intimées de «remplacer», par des dépositions appropriées, ce qui a maintenant besoin d'être exprimé et précisé. Certains considéreront la Cour comme indûment rigide et dure à l'égard de ces intimées et d'autres dans des circonstances semblables, dans son application de la Règle 332(1) de la manière la plus littérale. Un tel point de vue n'est pas mal fondé. Cependant, la requérante est en droit de persuader la Cour d'exiger que sa Règle soit respectée. La requérante a légitimement à l'esprit les problèmes du contre-interrogatoire de la déposante et, bien que l'avocat des intimées ait renoncé à cet avantage, la possibilité de sembler ratifier et adopter ce qu'il a qualifié d'expressions [TRADUCTION] «révisionnistes» qui font que le contre-interrogatoire ne revêtirait pas un caractère factuel et serait peut-être peu concluant.

Ainsi donc, bien qu'elle ait une certaine hésitation quant à l'utilité finale de la Règle, mais étant donné la certitude quant à son application en l'espèce, la Cour considère que cette application laisse l'affidavit mal conçu de l'intimée dans un état tel que ce qui en reste devrait être, par clémence, radié dans son intégralité. Cette radiation va, à l'évidence, créer un cas d'urgence pour les intimées en ce qui concerne le présent litige. La requérante a mis les intimées au défi d'expliquer leur position, de défendre leurs pouvoirs et leur compétence et de répondre aux allégations de mauvaise foi ou d'accroissement arbitraire de leur compétence vis-à-vis de la requérante en particulier, mais réellement à l'égard de tous les importants employeurs en général. Maintenant que l'affidavit de Falardeau-Ramsay n'existe plus, il sera donc autorisé aux intimées, dans un délai de quinze jours après la date de l'ordonnance donnant suite aux conclusions tirées par la Cour en l'espèce, à déposer un affidavit reformulé de la part de

vant, past or present, of the CHRC. It would be highly preferable that only one such affidavit be filed, but if, in response to the applicant's objections to the now-struck affidavit, it appears necessary to identify and file considerably more exhibits in response, a second affidavit by the same deponent or another, for that purpose, will not be out of order.

The costs of this proceeding, on a party-and-party basis, shall be costs in the cause.

l'intimée Falardeau-Ramsay ou d'un autre cadre ou préposé, dans le passé ou dans le présent, de la CCDP. Il serait hautement préférable qu'un seul affidavit de ce genre soit déposé, mais si, en réponse aux objections de la requérante contre l'affidavit maintenant radié, il semble nécessaire de relever et de déposer bien davantage de pièces pour y répondre, un second affidavit de la même déposante ou d'un autre, à cette fin, ne sera pas irrecevable.

Les frais de la présente action, sur la base entre parties, suivront l'issue de la cause.

T-5486-79

T-5486-79

Jelin Investments Limited (Plaintiff)**Jelin Investments Limited (demanderesse)**

v.

c.

Signtech Inc. (Defendant)

a

Signtech Inc. (défenderesse)

INDEXED AS: *JELIN INVESTMENTS LTD. v. SIGNTECH INC. (T.D.)*

RÉPERTORIÉ: *JELIN INVESTMENTS LTD. c. SIGNTECH INC. (1^{re} INST.)*

Trial Division, Reed J.—Toronto, October 29 and November 1, 1990.

b Section de première instance, juge Reed—Toronto, 29 octobre et 1^{er} novembre 1990.

Injunctions — Motion to require posting of security for damages — Copyright infringement action — Defendant moving assets out of jurisdiction — Claim for Mareva injunction abandoned at hearing — Reference to criteria applicable in Mareva injunction cases — Plaintiff having demonstrated risk of inability to execute judgment — Order denied due to (1) long delay in pursuing litigation, (2) plaintiff's reluctance to undertake indemnification of defendant for damages suffered in posting security.

Injonctions — Requête afin d'obliger la défenderesse à fournir une garantie pour des dommages-intérêts — Action pour violation du droit d'auteur — La défenderesse est en train de sortir des biens du ressort de la Cour — La demanderesse a laissé tomber une demande d'injonction de type Mareva à l'audience — Référence faite aux critères applicables dans les affaires d'injonction de type Mareva — La demanderesse a montré qu'il y avait un risque que le jugement ne puisse être exécuté — L'ordonnance a été refusée en raison (1) de la longue attente avant de poursuivre le litige et (2) de l'hésitation de la demanderesse à s'engager à indemniser la défenderesse de tout dommage subi à la suite du versement de la garantie.

Practice — Costs — Security for costs — R. 446 setting out criteria, one of which must be met — None met on facts of instant case.

Pratique — Frais et dépens — Garantie pour les dépens — La Règle 446 énonce divers critères, et il faut répondre à au moins un d'entre eux — Il n'a été satisfait à aucun de ceux-ci d'après les faits de l'espèce.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 446.

LOIS ET RÈGLEMENTS

f

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 446.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Reading & Bates Horizontal Drilling Co. et al. v. Spie, Horizontal Drilling Co. Inc. et al. (1986), 13 C.P.R. (3d) 37; 9 F.T.R. 261 (F.C.T.D.); Chitel et al. v. Rothbart et al. (1982), 39 O.R. (2d) 513; 141 D.L.R. (3d) 269; 30 C.P.C. 205; 69 C.P.R. (2d) 62 (C.A.); Third Chandris Shipping Corpn v Unimarine SA, [1979] 2 All ER 972 (H.L.); Midway Mfg. Co. v. Bernstein et al. (1988), 23 C.P.R. (3d) 272; 23 F.T.R. 295 (F.C.T.D.).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

g

Reading & Bates Horizontal Drilling Co. et autre c. Spie, Horizontal Drilling Co. Inc. et autre (1986), 13 C.P.R. (3d) 37; 9 F.T.R. 261 (C.F. 1^{re} inst.); Chitel et al. v. Rothbart et al. (1982), 39 O.R. (2d) 513; 141 D.L.R. (3d) 269; 30 C.P.C. 205; 69 C.P.R. (2d) 62 (C.A.); Third Chandris Shipping Corpn v Unimarine SA, [1979] 2 All ER 972 (H.L.); Midway Mfg. Co. c. Bernstein et autres (1988), 23 C.P.R. (3d) 272; 23 F.T.R. 295 (C.F. 1^{re} inst.).

COUNSEL:

Kathleen J. Kelly for plaintiff.
George E. Fisk for defendant.

AVOCATS:

i

Kathleen J. Kelly pour la demanderesse.
George E. Fisk pour la défenderesse.

SOLICITORS:

Bergstein & Kelly, Toronto, for plaintiff.

PROCUREURS:

j

Bergstein & Kelly, Toronto, pour la demanderesse.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: The plaintiff brings a motion to require the defendant to post security for damages which might be awarded consequent on trial of the copyright infringement action to which the present litigation relates. The plaintiff also seeks security for costs which might arise as a result of the defendant's counterclaim.

The plaintiff initially sought a Mareva type injunction requiring the defendant not to move its assets out of the jurisdiction. Counsel for the plaintiff, towards the end of the hearing, abandoned this claim. It is clear that the defendant is moving a major portion of its assets out of the jurisdiction and intends to continue to do so.

Until recently the defendant had an illuminated sign parts manufacturing business in Mississauga. It is moving that business to San Antonio, Texas where labour costs and taxes are lower. This move was provoked because the defendant found itself in a difficult financial situation as a result of expanding its business facilities just prior to the recent downturn in the economy. The defendant is in default of certain bank loans and with the approval of the bank is attempting to consolidate its assets and cut costs.

While the defendant has moved some and, eventually, will likely move most of its manufacturing assets out of the jurisdiction, it plans to retain warehousing facilities and a sales staff here. It presently owns a building (115,000 square feet) which it has placed for sale, and leases another (65,000 square feet). It plans to relinquish that lease. Most of the defendant's Canadian activity is now centred in the building which it owns. With the transfer of its main activity (manufacturing and management offices) to Texas it plans to locate the Canadian warehouse and selling staff in

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour la défenderesse.

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

LE JUGE REED: La demanderesse présente une requête afin d'obliger la défenderesse à fournir une garantie pour les dommages-intérêts qui pourraient être adjugés à l'issue de l'action pour violation du droit d'auteur à laquelle se rapporte le présent litige. La demanderesse sollicite également une garantie pour les dépens qui pourraient découler d'une demande reconventionnelle de la défenderesse.

La demanderesse a d'abord tenté d'obtenir une injonction de type Mareva interdisant à la défenderesse de sortir ses biens du ressort de la Cour. Vers la fin de l'audience, l'avocat de la demanderesse a laissé tomber cette réclamation. Il est évident que la défenderesse est en train de sortir du ressort de la Cour une grande partie de ses biens et a l'intention de continuer de le faire.

Jusqu'à tout récemment, la défenderesse possédait une entreprise de fabrication de pièces d'enseignes lumineuses à Mississauga. Elle est en train de déménager cette entreprise à San Antonio (Texas), où les taxes et le coût de la main-d'œuvre sont moins élevés. Ce déménagement est dû à la situation financière difficile dans laquelle la défenderesse s'est trouvée à la suite d'une expansion de ses installations commerciales juste avant la baisse récente de l'économie. La défenderesse est en défaut de paiement relativement à certains prêts bancaires et elle tente, avec l'approbation de la banque, de réorganiser ses biens et de diminuer les coûts.

Bien que la défenderesse ait déménagé certains de ses moyens de fabrication hors du ressort de la Cour et qu'il soit probable qu'elle déménage éventuellement la plus grande partie d'entre eux, elle prévoit garder ici des installations d'entreposage et un personnel de vente. Elle possède actuellement un immeuble (de 115 000 pieds carrés) qu'elle a mis en vente et elle en loue un autre (de 65 000 pieds carrés). Elle prévoit abandonner ce bail. La plupart des activités de la défenderesse au Canada sont maintenant centralisées dans l'immeuble qu'elle possède. En raison du transfert de ses prin-

leased premises, not yet identified, located somewhere west of Toronto (Mississauga, Brampton or Weston). The defendant is an Ontario incorporated company; its head office is in Ontario. The Texas facilities are at present operated by a subsidiary of the defendant.

The action to which the application for security for costs and damages relates was commenced in 1979. The plaintiff seeks an award of damages as a result of the defendant's copying of the plaintiff's catalogue and shop drawings, which relate to aluminum extrusion molded frames for large industrial and commercial signs. The copying involved the distribution of approximately 130 manuals in the United States and 30 in Canada. This took place over a period of six weeks in 1979. When the defendant was told by the plaintiff to cease this activity it did so and eventually paid \$1,000 into Court in settlement of the plaintiff's claim.

The plaintiff has not accepted this as adequate compensation. As I understand its position it is that the defendant's copying of the plaintiff's materials acted as a springboard by which the defendant got itself positioned in the market at the plaintiff's expense. The plaintiff claims business losses of over 3 million dollars. The plaintiff sees the defendant's behaviour as part of a larger pattern of conduct whereby it took ideas, patents rights, copyrights etc. from others and obtained a position in the market by sharp practice, if not by ethically reprehensible behaviour. The plaintiff has been seeking to amend its statement of claim to include therein a claim for punitive damages but has so far been unsuccessful in this regard.

As I understand the defendant's position it is that the activity in which it engaged was, in general, merely fair competition and, that, it simply

principales activités (fabrication et gestion) au Texas, elle prévoit implanter son entrepôt et loger son personnel de vente au Canada dans des locaux loués, qui ne sont pas encore déterminés mais seraient situés quelque part à l'ouest de Toronto (Mississauga, Brampton ou Weston). La défenderesse est une compagnie constituée en vertu des lois de l'Ontario; son siège social se trouve aussi dans cette province. Ses installations situées au Texas sont exploitées actuellement par une filiale de la défenderesse.

L'action à laquelle se rapporte la demande d'une garantie pour les dépens et les dommages-intérêts a été intentée en 1979. La demanderesse tente de se faire adjuger des dommages-intérêts à la suite de la reproduction par la défenderesse de dessins de catalogues et de boutiques de la demanderesse, qui se rapportent à des cadres moulés par extrusion de l'aluminium et destinés à de grosses enseignes industrielles et commerciales. Cette reproduction a entraîné la distribution d'environ 130 manuels aux États-Unis et 30 au Canada. Cela s'est produit pendant une période de six semaines en 1979. Lorsque la défenderesse a été sommée par la demanderesse de mettre fin à cette activité, elle s'est exécutée et a versé par la suite un montant de 1 000 \$ à la Cour en règlement de la réclamation de la demanderesse.

La demanderesse n'a pas accepté cette somme comme étant une indemnité suffisante. Si je comprends bien son point de vue, la reproduction par la défenderesse de documents de la demanderesse a constitué un tremplin grâce auquel la défenderesse a pris position sur le marché aux dépens de la demanderesse. Celle-ci réclame des pertes commerciales de plus de 3 millions de dollars. La demanderesse considère que la conduite de la défenderesse fait partie d'un type plus général de comportement par lequel elle a pris des idées, des droits de brevet, des droits d'auteur, etc. à d'autres et est entrée sur le marché par des procédés déloyaux, sinon par un comportement répréhensible sur le plan moral. La demanderesse a essayé de modifier sa déclaration pour y ajouter une réclamation de dommages-intérêts punitifs mais n'a pas obtenu gain de cause jusqu'ici sur ce point.

Si je comprends bien le point de vue de la défenderesse, les activités auxquelles elle s'est adonnée constituaient, en général, de la concur-

produced a product which was better and cheaper than the plaintiff's. By counterclaim it asserts that the plaintiff commenced a number of actions¹ against it for the purpose of representing to the trade that these would result in the defendant being driven out of business.

In any event, for present purposes I do not need to determine these issues. The one aspect of this litigation which is very troubling, for the purposes of the present application, however, is the length of time during which the plaintiff's claim has lain dormant. Virtually no action was taken to move the litigation forward between 1983 and 1990. While its reactivation, by the plaintiff, does not appear to have been triggered by an awareness of the defendant's present financial difficulties, the idea of now pursuing that litigation, the main events to which it relates having occurred over eleven years ago, is not a welcome prospect.

I turn then to the plaintiff's request for an order for security with respect to damages. The plaintiff seeks a bond of \$600,000. One of the defendant's major complaints has been the plaintiff's unwillingness to attempt to quantify its damages except by reference to the three million figure mentioned above. The plaintiff in seeking a \$600,000 bond has now made some attempt to do so.

The decisions in *Reading & Bates Horizontal Drilling Co. et al. v. Spie, Horizontal Drilling Co. Inc. et al.* (1986), 13 C.P.R. (3d) 37 (F.C.T.D.) and *Chitel et al. v. Rothbart et al.* (1982), 39 O.R. (2d) 513 (C.A.) were referred to by counsel as setting out the criteria which are applicable in deciding whether or not a Mareva injunction should issue to prevent a defendant removing assets from the jurisdiction prior to judgment having been rendered against it. In the *Reading & Bates* case Mr. Justice Cullen quoted [at pages 39-40] from the *Chitel* case:

¹ Two actions (T-3631-81 and T-869-83) are stayed pending the outcome of the present litigation (T-5486-79).

rence tout à fait loyale, et elle fabriquait simplement un produit qui était meilleur et moins cher que celui de la demanderesse. Dans une demande reconventionnelle, elle affirme que la demanderesse a intenté un certain nombre d'actions¹ contre elle dans le but de faire savoir au monde des affaires que celles-ci forceraient la défenderesse à sortir du marché.

De toute façon, pour les fins de l'espèce, je n'ai pas à trancher ces questions. L'aspect du présent litige qui est très inquiétant, pour les fins de la présente demande, est le temps pendant lequel la réclamation de la demanderesse a été laissée en sommeil. Pratiquement aucune mesure n'a été prise pour faire avancer le litige entre les années 1983 et 1990. Bien que sa réactivation par la demanderesse ne semble pas avoir été déclenchée par la connaissance des difficultés financières éprouvées actuellement par la défenderesse, l'idée de poursuivre maintenant ce litige, dont les principaux faits sont survenus il y a plus de onze ans, n'est pas très bienvenue.

Je me tourne alors vers la requête de la demanderesse en vue d'une ordonnance prévoyant une garantie pour les dommages-intérêts. La demanderesse tente d'obtenir une garantie de 600 000 \$. L'une des principales plaintes de la défenderesse portait sur l'absence de volonté de la demanderesse d'essayer d'évaluer quantitativement ses dommages-intérêts si ce n'est en se reportant au chiffre de trois millions susmentionné. En réclamant une garantie de 600 000 \$, la demanderesse a maintenant posé un geste en ce sens.

Les décisions rendues dans les affaires *Reading & Bates Horizontal Drilling Co. et autre c. Spie, Horizontal Drilling Co. Inc. et autre* (1986), 13 C.P.R. (3d) 37 (C.F. 1^{re} inst.) et *Chitel et al. v. Rothbart et al.* (1982), 39 O.R. (2d) 513 (C.A.), énonceraient, selon l'avocat, les critères qui sont applicables pour décider s'il faut accorder une injonction de type Mareva afin d'interdire à un défendeur de sortir ses biens du ressort de la cour avant que jugement ne soit prononcé contre lui. Dans l'affaire *Reading & Bates*, le juge Cullen [aux pages 39 et 40] a cité un passage de l'arrêt *Chitel*:

¹ Deux actions (T-3631-81 et T-869-83) sont suspendues en attendant l'issue du présent litige (T-5486-79).

The defendants do not need to be non-residents of the jurisdiction. In a proper case the relief is available against a resident defendant.

The applicant for a "Mareva" injunction must establish a strong *prima facie* case on the merits.

A full and frank disclosure must be made of all matters in the knowledge of the applicant which is material for the judge to know.

The applicant should give particulars of his claim against the defendant stating the grounds of his claim and the amount thereof, and fairly stating the points made against it by the defendant.

The applicant should give some grounds for believing that the defendants have assets in the jurisdiction. The assets should be identified with as much precision as possible so that the injunction if granted should be directed to specific assets or bank accounts.

The applicant should give some grounds for believing that there is a risk of the assets being removed before the judgment or award is satisfied. The evidence must be of such a nature as to persuade the court that the defendant is removing, or that there is a real risk that he is about to remove, his assets from the jurisdiction to avoid the possibility of a judgment, or that the defendant is otherwise dissipating or disposing of his assets, in a manner clearly distinct from his usual or ordinary course of living, or business, so as to render the possibility of future tracing of the assets remote, if not impossible in fact or in law.

The applicant must give an undertaking as to damages.

Mr. Justice Cullen also quoted [at pages 40-41] from *Third Chandris Shipping Corpn v Unimarine SA*, [1979] 2 All ER 972 (H.L.):

- (i) The plaintiff should make full and frank disclosure of all matters in his knowledge which are material for the judge to know.
- (ii) The plaintiff should give particulars of his claim against the defendant, stating the ground of his claim and the amount thereof, and fairly stating the points made against it by the defendant,
- (iii) The plaintiff should give some grounds for believing that the defendants have assets here.
- (iv) The plaintiff should give some grounds for believing that there is a risk of the assets being removed before the judgment or award is satisfied.
- (v) The plaintiffs must, of course, give an undertaking in damages, in case they fail in their claim or the injunction turns out to be unjustified.

In *Reading & Bates*, Mr. Justice Cullen refused to grant a Mareva injunction because the appli-

[TRANSDUCTION] Il n'est pas nécessaire que les défendeurs ne résident pas dans le ressort. Dans une affaire pertinente, le redressement est possible contre un défendeur résident.

Le requérant d'une injonction «Mareva» doit établir, sur le fond, une preuve suffisante à première vue.

a Une divulgation complète et franche doit être faite de toutes les questions connues du requérant et qu'il est important que le juge connaisse.

b Le requérant doit donner les détails de sa réclamation contre le défendeur, indiquant les motifs et le montant de cette dernière. Il doit franchement déclarer les points soulevés par le défendeur contre la demande.

c Le requérant doit donner certains motifs de croire que les défendeurs ont des biens dans le ressort. Ces biens doivent être identifiés avec autant de précision que possible, de manière à ce que l'injonction, si elle est accordée, porte sur des biens ou des comptes bancaires précis.

d Le requérant doit donner certains motifs de croire qu'il y a un risque que les biens soient enlevés avant que le jugement ou l'indemnité soient exécutés. La preuve doit être de nature à persuader la Cour que le défendeur est en train de sortir ses biens du ressort pour éviter un jugement éventuel, ou qu'il y a un risque réel qu'il le fasse, ou encore que le défendeur est en train de dissiper ou d'aliéner autrement ses biens d'une manière manifestement différente de sa façon habituelle de vivre ou d'administrer ses affaires, de sorte que la possibilité de retracer ultérieurement ces biens soit ténue, voire impossible en fait ou en droit.

e Le requérant doit fournir un engagement relativement aux dommages-intérêts.

f Le juge Cullen a également cité [aux pages 40 et 41] le passage suivant de l'arrêt *Third Chandris Shipping Corpn v Unimarine SA*, [1979] 2 All ER 972 (H.L.):

[TRANSDUCTION]

- (i) Le demandeur doit faire une divulgation complète et franche de toutes les questions connues du requérant qu'il est important que le juge connaisse;
- (ii) Le demandeur doit donner les détails de sa réclamation contre le défendeur, indiquant le motif et le montant de cette dernière. Il doit franchement déclarer les points soulevés par le défendeur contre la demande;
- (iii) Le demandeur doit donner certains motifs de croire que les défendeurs ont des biens dans le ressort;
- (iv) Le demandeur doit donner certains motifs de croire qu'il y a un risque pour que des biens soient enlevés avant que le jugement ou l'indemnité soient exécutés;
- (v) Les demandeurs doivent fournir un engagement de régler des dommages-intérêts dans le cas où leur demande est rejetée ou que l'injonction s'avère injustifiée.

j Dans l'affaire *Reading & Bates*, le juge Cullen a refusé d'accorder une injonction de type Mareva

cants could not prove that the respondents intended to remove their assets from the jurisdiction. However, he gave an order that a bond be posted as security for damages. In so doing he pointed out that: the respondent had limited assets in Canada; ^a was the subject of a negative Dunn and Bradstreet report; the plaintiff had established a strong *prima facie* case; the probable loss to the plaintiffs was estimated in affidavit evidence filed before him; there was reason to believe that the plaintiff would ^b find it difficult if not impossible to collect on a judgment if successful. In other words he considered: the strength of the plaintiff's case; the balance of convenience and the degree of harm which might occur to the plaintiffs if an order was ^c not given.

In the present case, the plaintiff has demonstrated a strong *prima facie* case in so far as copying is concerned — the defendant has essentially admitted copyright infringement. The plaintiff's ability to "demonstrate" that the amount of damages which it seeks is really of the magnitude claimed is, however, more speculative. While the affidavit evidence filed by the plaintiff with respect to the defendant's plans to move from the jurisdiction are somewhat "coloured" because they are framed from the plaintiff's point of view, I would not refuse the order sought because of any failure to disclose the essential facts pertaining to the application. The plaintiff has also demonstrated ^f that there is a risk that if successful it might not be able to execute a judgment once obtained. I do not give too much weight, in this case, to the fact that the defendant asserts a counterclaim against the plaintiff which allegedly might result in it obtaining a damage award in excess of that which the plaintiff could obtain from the defendant. That ^g supposition is highly speculative.

The overwhelming consideration which militates ^j against the issuing of the order sought by the plaintiff, is the delay which has occurred in pursu-

parce que les requérantes ne pouvaient pas prouver que les intimées avaient l'intention de sortir leurs biens du ressort de la Cour. Cependant, il a ordonné qu'une caution soit fournie pour garantir ^a les dommages-intérêts. Tout en faisant cela, il a signalé que l'intimée avait un nombre restreint de biens au Canada; qu'elle faisait l'objet d'un rapport défavorable de la part de Dunn et Bradstreet; que la demanderesse avait présenté une solide ^b preuve *prima facie*; que les pertes probables pour les demanderesse étaient évaluées dans la preuve par affidavit produite devant la Cour; qu'il y avait lieu de croire qu'il serait difficile, sinon impossible, pour la demanderesse de percevoir de l'argent à la ^c suite d'un jugement si elle obtenait gain de cause. En d'autres mots, il a pris en considération: la solidité de la preuve de la demanderesse; la prépondérance des inconvénients et l'importance du préjudice que pourraient subir les demanderesse si ^d une ordonnance n'était pas rendue.

En l'espèce, la demanderesse a présenté une solide preuve *prima facie* en ce qui concerne la reproduction — la défenderesse a reconnu essentiellement la violation du droit d'auteur. La capacité de la demanderesse de «prouver» que le montant des dommages-intérêts qu'elle tente d'obtenir est vraiment de l'envergure prétendue est, toutefois, plus conjecturale. Bien que la preuve par ^e affidavit présentée par la demanderesse relativement aux projets de la défenderesse de sortir du ressort de la Cour soit quelque peu «exagérée» parce que ces projets sont conçus du point de vue de la demanderesse, je ne refuserais pas d'accorder ^f l'ordonnance sollicitée en raison d'une omission de divulguer les faits essentiels concernant la demande. La demanderesse a également prouvé ^g qu'il y a un risque que, si elle obtenait gain de cause, elle ne puisse pas exécuter le jugement une fois celui-ci obtenu. Je n'accorde pas trop de poids, dans la présente affaire, au fait que la défenderesse présente une demande reconventionnelle contre la demanderesse, qui pourrait, à ce que l'on ^h prétend, aboutir à l'obtention d'une indemnité supérieure à celle que la demanderesse pourrait obtenir de la défenderesse. Il s'agit d'une supposition hautement conjecturale.

La considération dominante qui milite contre le ^j prononcé de l'ordonnance sollicitée par la demanderesse est le délai qui s'est écoulé avant la pour-

ing the litigation. There are many difficulties inherent in proving, after such a period of time, many of the facts which underlie the plaintiff's case with respect to the award of damages in the amount it seeks (even assuming it were successful in getting punitive damages added as an issue to be addressed). That consideration alone, in my view, demands that the order requested be denied. In addition, the plaintiff's reluctance to give an unqualified undertaking that it would indemnify the defendant for any damage suffered, as a result of the posting of security for damages, militates against the granting of the order.

With respect to the plaintiff's request for security for costs, Rule 446 applies [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. It provides:

Rule 446. (1) Where, on an application of a defendant, it appears to the Court

(a) that the plaintiff is ordinarily resident out of the jurisdiction,

(b) that the plaintiff (not being a plaintiff who is suing in a representative capacity) is a nominal plaintiff who is suing for the benefit of some other person and that there is reason to believe that he will be unable to pay the costs of the defendant if ordered to do so,

(c) subject to paragraph (2), that the plaintiff's address is not stated in the statement of claim or declaration or other originating document, or is incorrectly stated therein, or

(d) that the plaintiff has changed his address during the course of the proceedings with a view to evading the consequence of the litigation,

if, having regard to all the circumstances of the case, it seems just to do so, the Court may order the plaintiff to give such security for the defendants' costs of the action or other proceeding as seems just (Form 17).

(2) The Court shall not require a plaintiff to give security by reason only of paragraph (1)(c) if he satisfies the Court that the failure to state his address or the misstatement thereof was made innocently and without intention to deceive.

(3) Where an order is made requiring any party to give security for costs, the security should be given in such manner, at such time, and on such terms, if any, as the Court may direct (Form of bond where ordered as security — Form 18).

(4) A plaintiff ordinarily resident out of the jurisdiction may be ordered to give security for costs, though he may be temporarily resident within the jurisdiction.

suite du litige. Il est très difficile, après un tel délai, de prouver un grand nombre des faits qui sous-tendent la preuve de la demanderesse en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts qu'elle réclame (même en supposant qu'elle réussisse à obtenir l'ajout de dommages-intérêts punitifs comme question à trancher). Cette considération seule, à mon avis, justifie le rejet de l'ordonnance sollicitée. En outre, l'hésitation de la demanderesse à s'engager sans réserve à indemniser la défenderesse de tout dommage subi, à la suite du versement de la garantie pour les dommages-intérêts, milite contre l'octroi de l'ordonnance.

Pour ce qui concerne la demande de la demanderesse en vue d'une garantie pour les dépens, la Règle 446 s'applique [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]. Elle prévoit:

Règle 446. (1) Lorsque, à la demande d'un défendeur, il paraît évident à la Cour

a) que le demandeur réside ordinairement hors du ressort judiciaire,

b) que le demandeur (à condition qu'il ne s'agisse pas d'un demandeur poursuivant en qualité de représentant) n'est demandeur que de nom et poursuit au bénéfice de quelque autre personne, et qu'il y a lieu de croire qu'il sera incapable de payer les dépens du défendeur s'il lui est ordonné de le faire,

c) sous réserve de l'alinéa (2), que l'adresse du demandeur n'est pas indiquée dans la déclaration ou autre acte introductif d'instance, ou y est incorrectement indiquée, ou

d) que le demandeur a changé d'adresse au cours des procédures en vue de se soustraire aux conséquences du litige,

si, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, il semble juste de le faire, la Cour pourra ordonner au demandeur de fournir pour les dépens qui pourront être adjugés au défendeur à l'action ou autre procédure, la garantie qui semble juste (Formule 17).

(2) La Cour ne doit pas exiger qu'un demandeur fournisse une garantie simplement en raison de l'alinéa (1)c) si le demandeur démontre, à la satisfaction de la Cour, que son omission d'indiquer son adresse ou l'indication erronée de son adresse était involontaire et sans intention de tromper.

(3) Lorsque la Cour rend une ordonnance exigeant qu'une partie fournisse une garantie pour les dépens, la garantie doit être fournie de la manière, au moment et aux conditions, le cas échéant, que la Cour pourra prescrire (Formule de cautionnement lorsqu'un cautionnement est demandé en garantie — Formule 18).

(4) Un demandeur qui réside ordinairement hors du ressort judiciaire peut être requis par ordonnance de fournir une garantie pour les dépens, même s'il réside temporairement dans le ressort judiciaire.

(5) Without limiting the generality of Rule 1721, it is hereby declared that this Rule is applicable to a counterclaim or cross-demand.

Counsel for the defendant argues that none of the four criteria set out in Rule 446(1) pertain in the present case: the defendant (plaintiff by counterclaim) is not ordinarily resident out of the jurisdiction; the defendant is not suing in a nominal capacity; while the defendant's present address is not properly stated in the statement of claim that has occurred only because the claim is so old; the defendant's actual address is well known; while the defendant has changed its address during the proceedings, this has not been done for the purpose of evading the consequences of the litigation. Counsel for the defendant made reference to the decision in *Midway Mfg. Co. v. Bernstein et al.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 272 (F.C.T.D.) for the proposition that this Court cannot order that security for costs be posted merely because a company is insolvent. As I read Rule 446(1), paragraphs (a) to (d) set out a set of criteria one of which must be met in order for an order for security for costs to be granted. In this case I cannot find that the facts fit any of those criteria.

For the reasons given the plaintiff's application must be dismissed.

(5) Sans restreindre la portée générale de la Règle 1721, il est par les présentes déclaré que la présente Règle s'applique à une demande reconventionnelle.

L'avocat de la défenderesse soutient qu'aucun des quatre critères énoncés à la Règle 446(1) ne se rapporte à la présente affaire: la défenderesse (demanderesse reconventionnelle) ne réside pas ordinairement hors du ressort judiciaire; la défenderesse n'est pas demanderesse reconventionnelle que de nom; bien que l'adresse actuelle de la défenderesse ne soit pas indiquée correctement dans la déclaration, cela n'est survenu que parce que la réclamation date de très longtemps; l'adresse actuelle de la défenderesse est bien connue; bien que la défenderesse ait changé d'adresse en cours d'instance, cela n'a pas été fait dans le but de se soustraire aux conséquences du litige. L'avocat de la défenderesse a invoqué la décision rendue dans l'affaire *Midway Mfg. Co. c. Bernstein et autres* (1988), 23 C.P.R. (3d) 272 (C.F. 1^{re} inst.), pour suggérer que notre Cour ne peut pas ordonner le versement d'une garantie pour les dépens pour la seule raison qu'une compagnie n'est pas solvable. Selon mon interprétation de la Règle 446(1), les alinéas a) à d) énoncent une série de critères dont il faut en satisfaire un pour que soit accordée une ordonnance prévoyant une garantie pour les dépens. En l'espèce, il ne m'est pas possible de conclure que les faits concordent avec l'un de ces critères.

Pour les motifs exprimés, la requête de la demanderesse doit être rejetée.

A-312-89

A-312-89

Attorney General of Canada (Applicant)

v.

Lise Viola (Respondent)

and

**Claudine Brosseau and Marie-Claude Bastien
(Mises en cause)**

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. VIOLA (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, MacGuigan and Décary
J.J.A.—Ottawa, October 25 and November 23,
1990.

Public Service — Jurisdiction — In allowing appeal under Public Service Employment Act, s. 21, Appeal Board holding bilingual requirement for position unjustified and established in arbitrary and improper manner contrary to Official Languages Act — Outside Board's jurisdiction which was limited to determination of whether merit principle observed — Not authorized to inquire into qualifications established by Department for position.

Official languages — 1988 Official Languages Act not altering rules established by 1969 Act — Outside jurisdiction of appeal board, established under Public Service Employment Act, s. 21 to inquire into language requirements of position set by department — Parliament entrusting delicate task of determining language rights of officials, public to Commissioner and judges.

Construction of statutes — Official Languages Act — 1988 Act not altering rules established by 1969 Act — Appeal board under Public Service Employment Act lacking jurisdiction to ensure language requirements made by department in accordance with provisions of Official Languages Act — Constitutional entrenchment of language rights and its quasi-constitutional extension, Official Languages Act, qualified by Supreme Court of Canada's appeal to courts for caution in acting as instruments of change regarding language rights.

The respondent's candidacy for a position in Quebec with the Correctional Service was rejected because she did not meet the linguistic requirements of the position. She appealed pursuant to *Public Service Employment Act*, section 21 on the ground that a Bilingual imperative BBB/BBB requirement for the position was wrongful and unwarranted. The Appeal Board allowed the appeal, holding that the requirement was unjustified and established in an arbitrary and improper manner contrary to the *Official Languages Act*. It held that since the impropriety raised serious doubt as to whether the same candidates would have been selected for appointment if the impropriety had not occurred, the merit of the proposed appointment

Procureur général du Canada (requérant)

c.

^a Lise Viola (intimée)

et

**^b Claudine Brosseau et Marie-Claude Bastien
(mises en cause)**

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. VIOLA (C.A.)

^c Cour d'appel, juges Pratte, MacGuigan et Décary,
J.C.A.—Ottawa, 25 octobre et 23 novembre 1990.

Fonction publique — Compétence — En faisant droit à l'appel interjeté en application de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, le comité d'appel a conclu que l'exigence du bilinguisme pour le poste n'était pas justifiée et avait été établie de façon arbitraire et irrégulière contrairement à la Loi sur les langues officielles — Cette conclusion outrepassait la compétence du comité d'appel qui était limitée à la question du respect du principe du mérite — Le comité d'appel n'était pas habilité à examiner les qualités requises par le Ministère pour le poste.

^e *Langues officielles — La Loi sur les langues officielles de 1988 ne modifie pas les règles établies par celle de 1969 — Le comité d'appel, constitué en application de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, n'avait pas compétence pour examiner les exigences linguistiques définies par un ministère pour un poste — Le Parlement a confié au Commissaire et aux juges la tâche délicate de jauger les droits linguistiques des agents de l'État et du public.*

^f *Interprétation des lois — Loi sur les langues officielles — La loi de 1988 ne modifie pas les règles établies par celle de 1969 — Le comité d'appel constitué en application de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique n'avait pas compétence pour s'assurer que les exigences linguistiques définies par le Ministère étaient conformes aux dispositions de la Loi sur les langues officielles — La reconnaissance constitutionnelle des droits linguistiques et son prolongement quasi constitutionnel, la Loi sur les langues officielles, ont été qualifiés par l'avertissement fait par la Cour suprême aux tribunaux de faire preuve de prudence et d'hésiter à servir d'instruments de changement en matière de droits linguistiques.*

^g *La candidature de l'intimée à un poste du Service correctionnel au Québec a été rejetée parce qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences linguistiques prévues pour ce poste. Elle s'est fondée sur l'article 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique pour interjeter appel par ce motif que l'exigence Bilingue impératif BBB/BBB prévue pour ce poste était abusive et non fondée. Le comité d'appel a accueilli l'appel par ce motif que cette exigence n'était pas justifiée et avait été établie de façon arbitraire et irrégulière, en violation de la Loi sur les langues officielles. Il conclut que l'irrégularité permettant de douter sérieusement que les personnes choisies pour nomination auraient été les mêmes si elle n'avait pas été commise, il y avait*

was open to question. In this section 28 judicial review application, the issue was whether the Appeal Board had jurisdiction to consider the legality or the merits of the linguistic requirements of a position established by a department in an appeal under section 21.

Held, the application should be allowed.

Prior to the 1988 *Official Languages Act*, an appeal board did not have jurisdiction to inquire into the validity of the language requirements of a position set by a department. The board's function under section 21 was to determine whether the merit principle had been observed, not to enquire into the qualifications established by the department for a position. Any impropriety or illegality in determining the necessary conditions was subject to judicial review by the Federal Court, not to review by an appeal board. Furthermore, although language could be dealt with in selection standards under subsection 12(1), an appeal board could no more question the language requirements of a position than it could question the requirements as to education, knowledge, experience or residence. Although section 20 allowed the Commission to prescribe the language qualifications which it "deems necessary", the Commission has delegated the responsibility for determining language requirements to the Department.

The 1988 *Official Languages Act* was no ordinary statute. It reflected our constitution and the social and political compromise out of which it arose. As quasi-constitutional legislation, it was to be interpreted in a manner that would advance broad policy considerations. Even so, the Supreme Court of Canada has cautioned that the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to language rights. Just as the Charter is not a new source of jurisdiction, the 1988 *Official Languages Act* did not create new jurisdictions other than those expressly created. The fact that a department might be subject to more specific legal duties than in the past when determining language requirements of a position does not mean that an appeal board thereby acquires a jurisdiction which was previously beyond it. The appeal board continued to perform the function it had until now exercised. The preamble to the Act is simply a revised statement of the duty to maintain the principle of selection based on merit already imposed by section 40 of the 1969 *Official Languages Act*.

Parliament has directed its attention to the matter of selection based on merit. If it had intended to give the appeal board new jurisdiction, it would have done so when it created the new judicial remedy contained in Part X. It could be concluded that Parliament thought it advisable that the delicate task of determining the respective rights of government officials and the public with respect to language of work and language of service should be the responsibility of the Commissioner and the judges rather than of the appeal board. The irregular jurisdiction of the appeal board is the outcome of a compromise arrived at by the legislature to accommodate the respective responsibilities assigned to the Treasury Board, the department and the Public Service Commission. It should neither be diminished nor augmented.

lieu de douter du mérite des nominations proposées. Dans ce recours en contrôle judiciaire fondé sur l'article 28, il échet d'examiner si le comité d'appel, saisi d'un appel interjeté en application de l'article 21, avait compétence pour examiner la légalité ou le bien-fondé des exigences linguistiques établies par un ministère pour un poste.

Arrêt: la demande est accueillie.

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur les langues officielles* de 1988, un comité d'appel n'avait pas compétence pour remettre en question le bien-fondé des exigences linguistiques établies par un ministère pour un poste. Le rôle du comité d'appel établi par l'article 21 consistait à se demander si le principe du mérite a été respecté et non pas à examiner les conditions établies par le ministère pour un poste. Toute irrégularité ou illégalité dans l'établissement des conditions requises relevait du contrôle judiciaire de la Cour fédérale, non pas de la compétence du comité d'appel. Par ailleurs, bien que la question linguistique pût faire l'objet de normes de sélection définies en application du paragraphe 12(1), un comité d'appel ne pouvait davantage remettre en question les exigences linguistiques d'un poste qu'il ne pouvait remettre en question les exigences d'instruction, de connaissances, d'expérience ou de lieu de résidence. Bien que l'article 20 permit à la Commission de prescrire les qualifications linguistiques qu'elle «estime nécessaires», elle a confié au Ministère le soin de déterminer les exigences linguistiques.

La *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète notre Constitution et le compromis social et politique dont elle est issue. À titre de loi quasi constitutionnelle, elle doit être interprétée de manière à promouvoir les considérations de politique générale. Cependant, la Cour suprême a invité les tribunaux à faire preuve de prudence et à hésiter à servir d'instruments de changement en matière de droits linguistiques. De même que la Charte n'est pas source de compétences nouvelles, de même la *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'établit pas de compétences nouvelles autres que celles qu'elle prévoit expressément. Ce n'est pas parce qu'un ministère se serait vu imposer des obligations légales plus précises que par le passé lorsque vient le temps d'établir les exigences linguistiques d'un poste, qu'un comité d'appel acquerrait du fait même une compétence qui lui avait jusque-là échappé. Le comité d'appel doit continuer à jouer le rôle qui jusqu'ici lui était dévolu. Le préambule de la Loi n'est au fond que l'expression remaniée de l'obligation déjà imposée par l'article 40 de la *Loi sur les langues officielles* de 1969 de maintenir le principe de la sélection fondée sur le mérite.

Le Parlement a porté son attention sur la question de la sélection fondée sur le mérite. S'il avait voulu donner une compétence nouvelle au comité d'appel, il l'aurait fait lorsqu'il établissait le nouveau recours judiciaire dans la partie X. Il est permis de penser que le Parlement a jugé opportun de confier à Commissaire et aux juges, et non au comité d'appel, la tâche délicate de jauger les droits respectifs des agents de l'État et du public en matière de langue de travail et de langue de service. La compétence bâtarde du comité d'appel est le fruit d'un compromis réalisé par le législateur pour tenir compte des compétences respectives du Conseil du Trésor, du ministère concerné et de la Commission de la fonction publique. Il ne faut ni la diminuer ni l'accroître.

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. 16.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11.
Official Languages Act, S.C. 1968-69, c. 54, s. 40(4).
Official Languages Act, S.C. 1988, c. 38, ss. 2, 21, 22, 34, 35, 39, 58, 76, 77, 78, 82, 91.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 6, 10, 12, 17, 20, 21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ricketts v. Department of Transport (1983), 52 N.R. 381 (F.C.A.); *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199; (1981), 120 D.L.R. (3d) 1; 35 N.R. 19; *Gariépy v. Federal Court of Canada (Administrator)* (1987), 14 F.T.R. 58 (F.C.T.D.); *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.*, [1986] 1 S.C.R. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173.

DISTINGUISHED:

Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board, [1977] 1 F.C. 562; (1976), 13 N.R. 341 (C.A.).

REFERRED TO:

Bauer v. Public Service Appeal Board, [1973] F.C. 626; (1973), 40 D.L.R. (3d) 126; 6 N.R. 183 (C.A.); *Demers v. Attorney General of Canada*, [1974] 1 F.C. 270; (1974), 2 N.R. 89 (C.A.); *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Irwin v. Appeal Board of the Public Service Commission*, [1979] 1 F.C. 356; (1978), 22 N.R. 475 (C.A.); *Guy v. Public Service Commission Appeal Board*, [1984] 2 F.C. 369; (1984), 8 D.L.R. (4th) 628; 55 N.R. 105 (C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. 536; [1986]

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 16.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), chap. F-11.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 6, 10, 12, 17, 20, 21.
Loi sur les langues officielles, S.C. 1968-69, chap. 54, art. 40(4).
Loi sur les langues officielles, L.C. 1988, chap. 38, art. 2, 21; 22, 34, 35, 39, 58, 76, 77, 78, 82, 91.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ricketts c. Ministère des Transports (1983), 52 N.R. 381 (C.A.F.); *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199; (1981), 120 D.L.R. (3d) 1; 35 N.R. 19; *Gariépy c. Cour fédérale du Canada (Administrateur)* (1987), 14 F.T.R. 58 (C.F. 1^{re} inst.); *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres*, [1986] 1 R.C.S. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Delanoy c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique, [1977] 1 C.F. 562; (1976), 13 N.R. 341 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bauer c. Le comité d'appel de la Fonction publique, [1973] C.F. 626; (1973), 40 D.L.R. (3d) 126; 6 N.R. 183 (C.A.); *Demers c. Le procureur général du Canada*, [1974] C.F. 270; (1974), 2 N.R. 89 (C.A.); *Brown c. La Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Irwin c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1979] 1 C.F. 356; (1978), 22 N.R. 475 (C.A.); *Guy c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1984] 2 C.F. 369; (1984), 8 D.L.R. (4th) 628; 55 N.R. 105 (C.A.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122;

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; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; (1986), 32 D.L.R. (4th) 161; [1986] 6 W.W.R. 481; 51 Sask. R. 208; 29 C.C.C. (3d) 1; 70 N.R. 241; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; (1989), 61 D.L.R. (4th) 462; [1989] 6 W.W.R. 289; 39 B.C.L.R. (2d) 145; 50 C.C.C. (3d) 308; 71 C.R. (3d) 129; 99 N.R. 372; *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714 (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The T. Eaton Company Limited and Others*, [1956] S.C.R. 610; (1956), 4 D.L.R. (2d) 1; 56 DTC 1060.

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. 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; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpson-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; (1986), 32 D.L.R. (4th) 161; [1986] 6 W.W.R. 481; 51 Sask. R. 208; 29 C.C.C. (3d) 1; 70 N.R. 241; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; (1989), 61 D.L.R. (4th) 462; [1989] 6 W.W.R. 289; 39 B.C.L.R. (2d) 145; 50 C.C.C. (3d) 308; 71 C.R. (3d) 129; 99 N.R. 372; *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The T. Eaton Company Limited and Others*, [1956] R.C.S. 610; (1956), 4 D.L.R. (2d) 1; 56 DTC 1060.

COUNSEL:

Jean-Marc Aubry, Q.C. and Alain Préfontaine for applicant.

Dianne Nicholas for respondent.

Peter B. Annis and Richard Tardif for intervenor.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Soloway, Wright, Ottawa, for respondent.

Scott & Aylen, Ottawa, for intervenor.

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

DÉCARY J.A.:

AVOCATS:

Jean-Marc Aubry, c.r. et Alain Préfontaine pour le requérant.

Dianne Nicholas pour l'intimée.

Peter B. Annis et Richard Tardif pour l'intervenant.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

Soloway, Wright, Ottawa, pour l'intimée.

Scott & Aylen, Ottawa, pour l'intervenant.

Voici les motifs du jugement rendu en français
j par

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.:

FACTS

In October 1988, the Public Service Commission ("the Commission") announced the holding of a closed competition to staff the position of supplying officer with the Correctional Service of Canada at Sainte-Anne-des-Plaines, Quebec. The linguistic requirements of the position to be filled were determined by the Department of the Solicitor General. According to these requirements, "Bilingual imperative BBB/BBB", a candidate had to have a level B knowledge of French and English. The respondent was a candidate in this competition. Her candidacy was rejected because she did not obtain the necessary level B in the examination to determine the level of her written language skills. After the competition had been held the names of the *mises-en-cause* were put on the eligible list, in accordance with section 17 of the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33] ("the Act"). By a notice of appeal dated April 24, 1989, the respondent appealed against the proposed appointments pursuant to section 21 of the Act, on the ground that the linguistic requirement for the position was wrongful and unwarranted.

On June 12, 1989 the Appeal Board allowed the appeal for reasons which it summarized as follows:

In short, it seems clear in this case that the requirement to be proficient in English or in both official languages was unjustified and established in an arbitrary and improper manner contrary to the provisions of the *Official Languages Act*.

The impropriety may affect the merit of the proposed personnel selection. It is not at all certain that the proposed appointments would have been the same if proficiency in both official languages had not been a condition of appointment . . .

Since the improper definition of the language requirements of the position raises a serious doubt as to whether the same candidates would have been selected for appointment if the impropriety had not occurred, the merit of the proposed appointments is open to question and the appeal must be allowed.

On June 23, 1989 the applicant filed an originating notice in the Registry of this Court pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7].

The Commissioner of Official Languages then requested leave, pursuant to subsection 78(3) of la

LES FAITS

En octobre 1988, la Commission de la fonction publique (la «Commission») annonçait la tenue d'un concours interne dans le but de doter un poste de préposé à l'approvisionnement pour le Service correctionnel du Canada, à Ste-Anne-des-Plaines, Québec. Les exigences linguistiques du poste à combler avaient été déterminées par le ministère du Solliciteur général. Selon ces exigences, «Bilingue impératif BBB/BBB», un candidat devait avoir du français et de l'anglais une connaissance de niveau B. L'intimée se porta candidate à ce concours. Sa candidature fut rejetée parce qu'elle n'avait pas obtenu, à l'examen vérifiant son niveau de compétence linguistique à l'expression écrite, le niveau B requis. Suite à la tenue du concours, les noms des mises en cause furent portés sur une liste d'admissibilité conformément à l'article 17 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), chap. P-33] (la «Loi»). Par avis d'appel daté du 24 avril 1989, l'intimée interjetait appel en vertu de l'article 21 de la Loi à l'encontre des nominations proposées au motif que l'exigence linguistique pour ce poste était abusive et non fondée.

Le 12 juin 1989, le Comité d'appel accueillait l'appel pour des motifs qu'il résumait comme suit:

En somme, il apparaît clair en l'espèce que l'exigence du bilinguisme ou d'une certaine maîtrise de la langue anglaise n'était pas justifiée et avait été établie de façon arbitraire et irrégulière contrairement aux prescriptions de la *Loi sur les langues officielles*.

Or, cette irrégularité peut affecter le mérite de la sélection de personnel proposée. Il n'est pas du tout certain que les nominations proposées auraient été les mêmes si l'exigence du bilinguisme n'avait pas constitué une condition de nomination . . .

Comme l'irrégularité survenue dans la détermination des exigences linguistiques du poste permet de douter sérieusement que les personnes choisies pour nomination auraient été les mêmes si elle n'avait pas été commise, il y a lieu de douter du mérite de ces nominations proposées et de faire droit à l'appel.

Le 23 juin 1989, le requérant déposait au greffe de cette Cour un avis introductif d'instance en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7].

Le commissaire aux langues officielles demandait ensuite, en vertu du paragraphe 78(3) de la

the *Official Languages Act*,¹ to intervene in the action at bar. On June 25, 1990 he was given leave to submit arguments in writing and orally regarding the following question of law only: should the decision challenged in these proceedings be set aside on the ground that in rendering it the Appeal Board usurped the exclusive jurisdiction of the Commissioner under the *Official Languages Act*?

POSITION OF PARTIES AND INTERVENER

The applicant argued that an appeal board having before it an appeal filed under section 21 of the Act does not have jurisdiction to consider the legality or the merits of the linguistic requirements of a position as established by a department.

The respondent replied that the appointments proposed by the Commission contravened the 1988 *Official Languages Act*, that an appeal board has always had the necessary jurisdiction to consider the legality or the merits of the linguistic requirements of a position and that if it did not have this, the jurisdiction was conferred on it by the new *Official Languages Act* adopted in 1988.

The intervener, for his part, submitted that if this Court concludes that the designation of linguistic requirements is part of the merit selection process, it is not the appeal board but the Commissioner of Official Languages himself who alone has jurisdiction to decide on the merits or legality of this designation.

APPLICABLE LEGISLATION

The case at bar concerns the application and interpretation of a number of legislative, and indeed constitutional, provisions which it will be helpful to reproduce forthwith.

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33:

6. (1) The Commission may authorize a deputy head to exercise and perform, in such manner and subject to such terms and conditions as the Commission directs, any of the powers, functions and duties of the Commission under this Act, other than the powers, functions and duties of the Commission in relation to appeals under sections 21 and 31 and inquiries under section 34.

¹ S.C. 1988, c. 38.

*Loi sur les langues officielles*¹, l'autorisation d'intervenir dans la présente instance. Le 25 juin 1990, permission lui fut accordée de soumettre des arguments par écrit et oralement, relativement à la seule question de droit que voici: la décision attaquée en l'espèce devrait-elle être annulée au motif qu'en la rendant, le Comité d'appel aurait usurpé la compétence exclusive dévolue au commissaire par la *Loi sur les langues officielles*?

LA POSITION DES PARTIES ET DE L'INTERVENANT

Le requérant prétend qu'un comité d'appel saisi d'un appel déposé en vertu de l'article 21 de la Loi n'a pas compétence pour examiner la légalité ou le bien-fondé des exigences linguistiques d'un poste établies par un ministère.

L'intimée réplique que les nominations proposées par la Commission contrevenaient à la *Loi sur les langues officielles* de 1988, qu'un comité d'appel a toujours eu la compétence voulue pour s'enquérir de la légalité ou du bien-fondé des exigences linguistiques d'un poste et que s'il ne l'avait pas, cette compétence lui a été conférée par la nouvelle *Loi sur les langues officielles* adoptée en 1988.

L'intervenant soumet pour sa part que dans l'hypothèse où cette Cour en viendrait à la conclusion que la désignation d'exigences linguistiques fait partie du processus de sélection au mérite, ce n'est pas le comité d'appel mais plutôt lui-même, le commissaire aux langues officielles, qui aurait seul compétence pour décider du bien-fondé ou de la légalité de cette désignation.

LA LÉGISLATION PERTINENTE

Il y va, dans cette affaire, de l'application et de l'interprétation de nombreuses dispositions législatives, voire constitutionnelles, qu'il sera utile de reproduire dès maintenant.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33:

6. (1) La Commission peut autoriser un administrateur général à exercer, selon les modalités qu'elle fixe, tous pouvoirs et fonctions que lui attribue la présente loi, sauf en ce qui concerne les appels prévus aux articles 21 et 31 et les enquêtes prévues à l'article 34.

¹ L.C. 1988, chap. 38.

10. Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned, by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

12. (1) Subject to subsection (2), the Commission may, in determining pursuant to section 10 the basis of assessment of merit in relation to any position or class of positions, prescribe selection standards as to education, knowledge, experience, language, residence or any other matters that, in the opinion of the Commission, are necessary or desirable having regard to the nature of the duties to be performed.

20. Employees appointed to serve in any department or other portion of the Public Service, or part thereof, shall be qualified in the knowledge and use of the English or French language or both, to the extent that the Commission deems necessary in order that the functions of the department, portion or part can be performed adequately and effective service can be provided to the public.

21. (1) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service, every unsuccessful candidate, in the case of selection by closed competition, or, in the case of selection without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected, may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

(2) The Commission, on being notified of the decision of the board on an inquiry into an appointment conducted pursuant to subsection (1), shall, in accordance with the decision,

(a) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment; or

(b) if the appointment has not been made, make or not make the appointment.

Official Languages Act, S.C. 1988, c. 38:

WHEREAS ...

... officers and employees of institutions of the Parliament or government of Canada should have equal opportunities to use the official language of their choice while working together in pursuing the goals of those institutions;

AND WHEREAS English-speaking Canadians and French-speaking Canadians should, without regard to their ethnic origin or first language learned, have equal opportunities to obtain employment in the institutions of the Parliament or government of Canada;

AND WHEREAS the Government of Canada is committed to achieving, with due regard to the principle of selection of personnel according to merit, full participation of English-

10. Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission, et à la demande de l'administrateur général intéressé, soit par concours, soit par tout autre mode de sélection du personnel fondé sur le mérite des candidats que la Commission estime le mieux adapté aux intérêts de la fonction publique.

12. (1) La Commission peut, en déterminant conformément à l'article 10 le principe de l'évaluation du mérite pour tout poste ou catégorie de postes, édicter des normes de sélection touchant à l'instruction, aux connaissances, à l'expérience, à la langue, au lieu de résidence ou à tout autre titre ou qualité nécessaire ou souhaitable à son avis du fait de la nature des fonctions à exécuter.

20. Les fonctionnaires affectés à un ministère ou à un autre secteur de la fonction publique, ou à une partie seulement de l'un de ceux-ci, doivent posséder, en ce qui concerne la connaissance et l'usage soit du français, soit de l'anglais, soit des deux langues, les qualifications que la Commission estime nécessaires pour que leur organisme d'affectation puisse remplir son office et fournir au public un service efficace.

21. (1) Tout candidat non reçu à un concours interne ou, s'il n'y a pas eu concours, toute personne dont les chances d'avancement sont, selon la Commission, amoindries par une nomination interne, déjà effective ou en instance, peut, dans le délai imparti par la Commission, en appeler devant un comité chargé par celle-ci de faire une enquête, au cours de laquelle l'appelant et l'administrateur général en cause, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

(2) Après notification de la décision du comité, la Commission, en fonction de cette dernière:

a) confirme ou révoque la nomination;

b) procède ou non à la nomination.

Loi sur les langues officielles, L.C. 1988, chap. 38:

Attendu:

qu'il convient que les agents des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada aient l'égalité de possibilité d'utiliser la langue officielle de leur choix dans la mise en œuvre commune des objectifs de celles-ci;

qu'il convient que les Canadiens d'expression française et d'expression anglaise, sans distinction d'origine ethnique ni égard à la première langue apprise, aient des chances égales d'emploi dans les institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada;

que le gouvernement fédéral s'est engagé à réaliser, dans le strict respect du principe du mérite en matière de sélection, la 13 ou aux parties IV ou V, ou fondée sur l'article 91 peut

speaking Canadians and French-speaking Canadians in its institutions;

2. The purpose of this Act is to

(a) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all federal institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

PART IV

COMMUNICATIONS WITH AND SERVICES TO THE PUBLIC

Communications and Services

21. Any member of the public in Canada has the right to communicate with and to receive available services from federal institutions in accordance with this Part.

22. Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language, and has the same duty with respect to any of its other offices or facilities

(a) within the National Capital Region; or

(b) in Canada or elsewhere, where there is significant demand for communications with and services from that office or facility in that language.

PART V

LANGUAGE OF WORK

34. English and French are the languages of work in all federal institutions, and officers and employees of all federal institutions have the right to use either official language in accordance with this Part.

35. (1) Every federal institution has the duty to ensure that

(a) within the National Capital Region and in any part or region of Canada, or in any place outside Canada, that is prescribed, work environments of the institution are conducive to the effective use of both official languages and accommodate the use of either official language by its officers and employees; and

(b) in all parts or regions of Canada not prescribed for the purpose of paragraph (a), the treatment of both official languages in the work environments of the institution in parts or regions of Canada where one official language predominates is reasonably comparable to the treatment of both official languages in the work environments of the institution in parts or regions of Canada where the other official language predominates.

pleine participation des Canadiens d'expression française et d'expression anglaise à ses institutions;

2. La présente loi a pour objet:

a) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

PARTIE IV

COMMUNICATIONS AVEC LE PUBLIC ET PRESTATION DES SERVICES

Communications et services

21. Le public a, au Canada, le droit de communiquer avec les institutions fédérales et d'en recevoir les services conformément à la présente partie.

22. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l'une ou l'autre des langues officielles. Cette obligation vaut également pour leurs bureaux—auxquels sont assimilés, pour l'application de la présente partie, tous autres lieux où ces institutions offrent des services—situés soit dans la région de la Capitale nationale, soit là où, au Canada comme à l'étranger, l'emploi de cette langue fait l'objet d'une demande importante.

PARTIE V

LANGUE DE TRAVAIL

34. Le français et l'anglais sont les langues de travail des institutions fédérales. Leurs agents ont donc le droit d'utiliser, conformément à la présente partie, l'une ou l'autre.

35. (1) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que:

a) dans la région de la Capitale nationale et dans les régions ou secteurs du Canada ou lieux à l'étranger désignés, leur milieu de travail soit propice à l'usage effectif des deux langues officielles tout en permettant à leur personnel d'utiliser l'une ou l'autre;

b) ailleurs au Canada, la situation des deux langues officielles en milieu de travail soit comparable entre les régions ou secteurs où l'une ou l'autre prédomine.

PART VI

PARTICIPATION OF ENGLISH-SPEAKING AND
FRENCH-SPEAKING CANADIANS

39. (1) The Government of Canada is committed to ensuring that

(a) English-speaking Canadians and French-speaking Canadians, without regard to their ethnic origin or first language learned, have equal opportunities to obtain employment and advancement in federal institutions; and

(b) the composition of the work-force of federal institutions tends to reflect the presence of both the official language communities of Canada, taking into account the characteristics of individual institutions, including their mandates, the public they serve and their location.

(2) In carrying out the commitment of the Government of Canada under subsection (1), federal institutions shall ensure that employment opportunities are open to both English-speaking Canadians and French-speaking Canadians, taking due account of the purposes and provisions of Parts IV and V in relation to the appointment and advancement of officers and employees by those institutions and the determination of the terms and conditions of their employment.

(3) Nothing in this section shall be construed as abrogating or derogating from the principle of selection of personnel according to merit.

PART IX

COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES

Investigations

58. (1) Subject to this Act, the Commissioner shall investigate any complaint made to the Commissioner arising from any act or omission to the effect that, in any particular instance or case,

(a) the status of an official language was not or is not being recognized,

(b) any provision of any Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the official languages was not or is not being complied with, or

(c) the spirit and intent of this Act was not or is not being complied with

in the administration of the affairs of any federal institutions.

PART X

COURT REMEDY

76. In this Part, "Court" means the Federal Court—Trial Division.

77. (1) Any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under sections 4 to 7,

PARTIE VI

PARTICIPATION DES CANADIENS D'EXPRESSION
FRANÇAISE ET D'EXPRESSION ANGLAISE

39. (1) Le gouvernement fédéral s'engage à veiller à ce que:

a) les Canadiens d'expression française et d'expression anglaise, sans distinction d'origine ethnique ni égard à la première langue apprise, aient des chances égales d'emploi et d'avancement dans les institutions fédérales;

b) les effectifs des institutions fédérales tendent à refléter la présence au Canada des deux collectivités de langue officielle, compte tenu de la nature de chacune d'elles et notamment de leur mandat, de leur public et de l'emplacement de leurs bureaux.

(2) Les institutions fédérales veillent, au titre de cet engagement, à ce que l'emploi soit ouvert à tous les Canadiens, tant d'expression française que d'expression anglaise, compte tenu des objets et des dispositions des parties IV et V relatives à l'emploi.

(3) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte au mode de sélection fondé sur le mérite.

PARTIE IX

COMMISSAIRE AUX LANGUES OFFICIELLES

Plaintes et enquêtes

58. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire instruit toute plainte reçue—sur un acte ou une omission—et faisant état, dans l'administration d'une institution fédérale, d'un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle, de manquement à une loi ou un règlement fédéraux sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou encore à l'esprit de la présente loi et à l'intention du législateur.

PARTIE X

RECOURS JUDICIAIRE

76. Le tribunal visé à la présente partie est la Division de première instance de la Cour fédérale.

77. (1) Quiconque a saisi le commissaire d'une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10

sections 10 to 13 or Part IV or V, or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under this Part.

(4) Where, in proceedings under subsection (1), the Court concludes that a Federal institution has failed to comply with this Act, the Court may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.

(5) Nothing in this section abrogates or derogates from any right of action a person might have other than the right of action set out in this section.

78. (1) The Commissioner may

(a) within the time limits prescribed by paragraph 77(2)(a) or (b), apply to the Court for a remedy under this Part in relation to a complaint investigated by the Commissioner if the Commissioner has the consent of the complainant;

(b) appear before the Court on behalf of any person who has applied under section 77 for a remedy under this Part; or

(c) with leave of the Court, appear as a party to any proceedings under this Part.

(2) Where the Commissioner makes an application under paragraph (1)(a), the complainant may appear as a party to any proceedings resulting from the application.

(3) Nothing in this section abrogates or derogates from the capacity of the Commissioner to seek leave to intervene in any adjudicative proceedings relating to the status or use of English or French.

PART XI GENERAL

82. (1) In the event of any inconsistency between the following Parts and any other Act of Parliament or regulation thereunder, the following Parts prevail to the extent of the inconsistency:

(a) Part I (Proceedings of Parliament);

(b) Part II (Legislative and other Instruments);

(c) Part III (Administration of Justice);

(d) Part IV (Communications with and Services to the Public); and

(e) Part V (Language of Work).

(2) Subsection (1) does not apply to the *Canadian Human Rights Act* or any regulation made thereunder.

91. Nothing in Part IV or V authorizes the application of official language requirements to a particular staffing action unless those requirements are objectively required to perform the functions for which the staffing action is undertaken.

Official Languages Act, S.C. 1968-69, c. 54, s. 40(4); R.S.C. 1970, c. O-2, s. 39(4); R.S.C., 1985, c. O-3, s. 40:

40. . . .

(4) In relation to the appointment and advancement in employment of personnel the duties of whose positions include duties relating to the provision of services by authorities to members of the public, it is the duty

former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie.

(4) Le tribunal peut, s'il estime qu'une institution fédérale ne s'est pas conformée à la présente loi, accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(5) Le présent article ne porte atteinte à aucun autre droit d'action.

78. (1) Le commissaire peut selon le cas:

a) exercer lui-même le recours, dans les soixante jours qui suivent la communication au plaignant des conclusions de l'enquête ou des recommandations visées au paragraphe 64(2) ou dans le délai supérieur accordé au titre du paragraphe 77(2), si le plaignant y consent;

b) comparaître devant le tribunal pour le compte de l'auteur d'un recours;

c) comparaître, avec l'autorisation du tribunal, comme partie à une instance engagée sur le fondement de la présente partie.

(2) Dans le cas prévu à l'alinéa (1)a), le plaignant peut comparaître comme partie à l'instance.

(3) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte au pouvoir du commissaire de demander l'autorisation d'intervenir dans toute instance judiciaire relative au statut ou à l'usage du français ou de l'anglais.

PARTIE XI DISPOSITIONS GÉNÉRALES

82. (1) Les dispositions des parties qui suivent l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi ou de tout règlement fédéraux:

a) partie I (Débats et travaux parlementaires);

b) partie II (Actes législatifs et autres);

c) partie III (Administration de la justice);

d) partie IV (Communications avec le public et prestation des services);

e) partie V (Langue de travail).

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ni à ses règlements.

91. Les parties IV et V n'ont pour effet d'autoriser la prise en compte des exigences relatives aux langues officielles, lors d'une dotation en personnel, que si elle s'impose objectivement pour l'exercice des fonctions en cause.

Loi sur les langues officielles, S.C. 1968-69, chap. 54, art. 40(4); S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 39(4); L.R.C. (1985), chap. O-3, art. 40.

40. . . .

(4) En ce qui concerne la nomination et l'avancement du personnel dont les postes comportent des fonctions relatives à la fourniture de services au public par des autorités, il incombe

(a) of the Public Service Commission, in cases where it has the authority to make appointments, and

(b) of the authority concerned, in all other cases,

to ensure that, in the exercise and performance of the powers, duties and functions conferred or imposed upon it by law, due account is taken of the purposes and provisions of this Act, subject always to the maintenance of the principle of selection of personnel according to merit as required by the *Public Service Employment Act*.

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]]:

Official Languages of Canada

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

JURISDICTION OF APPEAL BOARD CONFERRED BY SECTION 21 OF ACT

(a) Before coming into effect of 1988 Official Languages Act

This Court has consistently held,² and I adopt the wording of Thurlow C.J. in *Ricketts* [at page 382]:

... that the determination of the essential and other requirements for a position in the public service is not a function of the Public Service Commission under the **Public Service Employment Act**, that it is a function of management falling within the authority of a minister to manage his department under the statute establishing the department, that the function of the Commission under s. 10 of the **Public Service Employment Act** is to select from among candidates who have the qualifications required by the department the candidate who is best qualified for the position and to appoint him to it and that the function of an appeal board established under s. 21 of the **Public Service Employment Act** is to enquire not into the qualifications established by the department for a position but into the question whether the merit principle prescribed by s. 10 has been observed in the selection and appointment of a candidate who

² *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626 (C.A.); *Demers v. Attorney General of Canada*, [1974] 1 F.C. 270 (C.A.); *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345 (C.A.); *Irwin v. Appeal Board of the Public Service Commission*, [1979] 1 F.C. 356 (C.A.); *Ricketts v. Department of Transport* (1983), 52 N.R. 381 (F.C.A.); *Guy v. Public Service Commission Appeal Board*, [1984] 2 F.C. 369 (C.A.).

a) à la Commission de la Fonction publique, dans les cas où elle exerce l'autorité de faire des nominations, et,

b) dans tous les autres cas, à l'autorité intéressée,

de veiller à ce que, dans l'exercice des pouvoirs et fonctions qui lui sont imposés ou conférés par la loi, il est dûment tenu compte des objets et des dispositions de la présente loi, mais toujours sous réserve du maintien du principe de la sélection du personnel établie au mérite comme l'exige la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

Charte canadienne des droits et libertés [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]:

Langues officielles du Canada

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage de français et de l'anglais.

LA COMPÉTENCE DU COMITÉ D'APPEL ÉTABLIE EN VERTU DE L'ARTICLE 21 DE LA LOI

a) Avant l'entrée en vigueur de la Loi sur les langues officielles de 1988

Une jurisprudence constante de cette Cour² a établi, et je reprends les mots du juge en chef Thurlow dans *Ricketts* [à la page 382]:

... que la définition des exigences essentielles et autres d'un poste de la Fonction publique ne fait pas partie des devoirs attribués à la Commission de la Fonction publique par la **Loi sur l'emploi dans la Fonction publique**, car il s'agit d'une fonction de gestion relevant du pouvoir du ministre de gérer son propre ministère en vertu de sa loi constitutive; que le rôle de la Commission, selon l'art. 10 de la **Loi sur l'emploi dans la Fonction publique**, consiste à choisir parmi les candidats possédant les qualités requises par le ministère le candidat le mieux qualifié pour le poste et à le nommer à ce poste; enfin, que le rôle du comité d'appel établi par l'art. 21 de la **Loi sur l'emploi dans la Fonction publique** ne consiste pas à examiner les conditions définies par le ministère pour un poste précis mais à se demander si le principe du mérite établi par l'art. 10 a été respecté dans le choix et la nomination d'un candidat qui

² *Bauer c. Le comité d'appel de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626 (C.A.); *Demers c. Le procureur général du Canada*, [1974] 1 C.F. 270 (C.A.); *Brown c. La Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345 (C.A.); *Irwin c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1979] 1 C.F. 356 (C.A.); *Ricketts c. Ministère des Transports* (1983), 52 N.R. 381 (C.A.F.); *Guy c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1984] 2 C.F. 369 (C.A.).

has the qualifications determined by the department for the position.

In short, the function of an appeal board begins where that of the department ends, and what happens, or might have happened or should have happened, at the time the department determines the necessary qualifications, including those of language, is not a matter for the appeal board. All that may concern the appeal board is the selection of the candidate by the Commission, once the necessary qualifications have been defined by the department. This does not mean that the department's decision is beyond all judicial review, for as Dickson J.—as he then was—pointed out in *Kelso v. The Queen*:³

No one is challenging the general right of the Government to allocate resources and manpower as it sees fit. But this right is not unlimited. It must be exercised according to law. The government's right to allocate resources cannot override a statute such as the *Canadian Human Rights Act* . . .

This means that the department must account not to the appeal board but rather to the Federal Court Trial Division, as in *Kelso*, if it commits an impropriety or illegality in determining the necessary conditions. In *Gariépy v. Federal Court of Canada (Administrator)*,⁴ Muldoon J. expressed a similar opinion at page 66:

The plaintiff here does not dispute the principle enunciated in the *Bauer* case . . . referred to by Thurlow, C.J., in *Ricketts*, that the power to determine the qualifications for a position is inherently a function of management. He does challenge the fairness and reasonability if any, or legality, of the determination of the "bilingual imperative" qualification for the position of district administrator in Vancouver; but he cannot do so within the provisions of the Public Service Employment Act, according to the Ricketts judgment. Thus, the plaintiff has no recourse other than to commence and to prosecute this action for declaratory and injunctive relief. [My emphasis.]

Counsel for the respondent properly pointed out that, in the judgments cited in note 2, this Court considered the question of linguistic requirements without even discussing the possible impact of the 1969 *Official Languages Act*, except for a very brief reference in *Demers*. However, in so far as

³ [1981] 1 S.C.R. 199, at p. 207.

⁴ (1987), 14 F.T.R. 58 (F.C.T.D.). I make no ruling as to the merits of this decision in other respects.

possède les qualités requises par le ministère pour le poste en question.

Bref, le rôle du comité d'appel commence là où se termine celui du ministère et ce qui se passe ou aurait pu se passer ou aurait dû se passer au moment où le ministère établit les qualités requises, y inclus les qualités linguistiques, n'est pas du ressort du comité d'appel. C'est la sélection du candidat par la Commission, une fois les qualités requises définies par le ministère, qui seule peut intéresser le comité d'appel. Cela ne signifie pas que la décision du ministère est à l'abri de tout contrôle judiciaire, car ainsi que le soulignait le juge Dickson—il n'était pas encore juge en chef—dans *Kelso c. La Reine*:³

Personne ne conteste le droit général du gouvernement de répartir les ressources et les effectifs comme il le juge approprié. Mais ce droit n'est pas illimité. Son exercice doit respecter la loi. Le droit du gouvernement de répartir les ressources ne peut l'emporter sur une loi telle que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* . . .

Cela signifie plutôt que ce n'est pas au comité d'appel, mais à la Section de première instance de la Cour fédérale, comme dans l'affaire *Kelso*, que doit rendre compte le ministère s'il se produit quelque irrégularité ou quelque illégalité dans l'établissement des conditions requises. Dans *Gariépy c. Cour fédérale du Canada (Administrateur)*⁴, le juge Muldoon, à la page 66, s'exprimait dans le même sens:

Le demandeur en l'espèce ne conteste pas le principe énoncé dans l'arrêt *Bauer* . . . , et mentionné par le juge en chef Thurlow dans l'arrêt *Ricketts*, selon lequel le pouvoir de définir les qualités reliées à un poste relève de la direction. Il conteste effectivement le caractère équitable et raisonnable, le cas échéant, ou la légalité de la décision de définir le poste d'administrateur de district à Vancouver comme un poste «bilingue à nomination impérative»; mais il ne peut pas le faire dans les limites des dispositions de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, selon l'arrêt Ricketts. Ainsi, le demandeur n'a pas d'autre recours que d'intenter la présente action pour obtenir un jugement déclaratoire et une injonction. [Mes soulèvements.]

Le procureur de l'intimée a souligné, à juste titre, que cette Cour, dans les arrêts cités à la note 2, s'était penchée sur la question des exigences linguistiques sans même discuter de l'impact possible de la *Loi sur les langues officielles* de 1969, si ce n'est fort brièvement dans *Demers*. Cependant,

³ [1981] 1 R.C.S. 199, à la p. 207.

⁴ (1987), 14 F.T.R. 58 (C.F. 1^{re} inst.). Je ne me prononce pas sur le bien-fondé, par ailleurs, de cette décision.

this Court found that the appeal board lacked jurisdiction to rule on the merits of the linguistic requirements made by the department, it was not required in my opinion to consider whether the department had complied with the *Official Languages Act*, as that must be the subject of a completely different debate which was beyond the purview of the appeal board. As the 1969 *Official Languages Act* guaranteed in section 40 the “maintenance of the principle of selection of personnel according to merit as required by the *Public Service Employment Act*”, it would be to say the least surprising if, in making the decisions it has made on the question of linguistic requirements, this Court has not by implication held that this provision did not in any way alter the appeal board’s jurisdiction, especially as this section referred to the respective powers of the Commission and the departments concerned.

I would add that “language” is one of the matters which may be dealt with in selection standards under subsection 12(1) of the Act, and that accordingly an appeal board can no more question the language requirements of a position than it can, for example, question the requirements as to education, knowledge, experience or residence. It is true that section 20 of the Act allows the Commission to prescribe the language qualifications which it “deems necessary”, but this provision is of no value in the case at bar since the Commission, exercising the power of delegation conferred on it by subsection 6(1) of the Act, has made the department responsible for determining the language requirements of the position.

Finally, the respondent relied heavily on *Delaney v. Public Service Commission Appeal Board*,⁵ in which this Court recognized that an appeal board had jurisdiction to consider the legality of a change to the selection standards made by the Commission. That case is of no relevance here as the language requirements were made not by the Commission but by the Department.

dans la mesure où cette Cour concluait que le comité d’appel n’avait pas compétence pour décider du bien-fondé des exigences linguistiques posées par le ministère, il ne lui était pas nécessaire, à mon avis, de se demander si le ministère avait ou non respecté la *Loi sur les langues officielles*, cela devant faire l’objet d’un tout autre débat qui échappait au comité d’appel. Comme la *Loi sur les langues officielles* de 1969, en son article 40, assurait le «maintien du principe de la sélection du personnel établie au mérite comme l’exige la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*», il serait à tout le moins étonnant que cette Cour, en rendant les décisions qu’elle a rendues sur la question des exigences linguistiques, n’ait pas jugé implicitement que cette disposition ne modifiait en rien la compétence du comité d’appel, d’autant plus que cet article référerait aux compétences respectives de la Commission et des ministères concernés.

J’ajoute que «la langue» est l’un des éléments à l’égard desquels, en vertu du paragraphe 12(1) de la Loi, des normes de sélection peuvent être édictées et qu’en conséquence un comité d’appel ne peut davantage remettre en question les exigences linguistiques d’un poste qu’il ne peut, par exemple, remettre en question les exigences d’instruction, de connaissances, d’expérience ou de lieu de résidence. L’article 20 de la Loi, il est vrai, permet à la Commission de prescrire les qualifications linguistiques qu’elle «estime nécessaires», mais cette disposition n’est d’aucune utilité, en l’espèce, puisque la Commission, se prévalant du pouvoir de délégation que lui confère le paragraphe 6(1) de la Loi, a confié au Ministère le soin de déterminer les exigences linguistiques du poste.

Enfin, l’intimée a fait grand état de l’arrêt *Delaney c. Le Comité d’appel de la Commission de la Fonction publique*⁵, où cette Cour a reconnu la compétence du comité d’appel de se pencher sur la légalité d’une modification aux normes de sélection faite par la Commission. Cet arrêt n’est ici d’aucune pertinence, les exigences linguistiques posées l’ayant été, non pas par la Commission, mais par le Ministère.

⁵ [1977] 1 F.C. 562 (C.A.).

⁵ [1977] 1 C.F. 562 (C.A.).

I accordingly conclude that at the time the 1988 *Official Languages Act* came into effect, an appeal board had no jurisdiction to question the validity or legality of the language requirements made by a department.

(b) Since 1988 *Official Languages Act* came into effect

In the event that her first argument was dismissed, the respondent contended that the 1988 *Official Languages Act* substantially altered the applicable rules and gave the appeal board jurisdiction to ensure that the language requirements made by the Department were in accordance with the provisions of that Act.

The 1988 *Official Languages Act* is not an ordinary statute. It reflects both the Constitution of the country and the social and political compromise out of which it arose. To the extent that it is the exact reflection of the recognition of the official languages contained in subsections 16(1) and (3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it follows the rules of interpretation of that Charter as they have been defined by the Supreme Court of Canada.⁶ To the extent also that it is an extension of the rights and guarantees recognized in the Charter, and by virtue of its preamble, its purpose as defined in section 2 and its taking precedence over other statutes in accordance with subsection 82(1), it belongs to that privileged category of quasi-constitutional legislation which reflects "certain basic goals of our society" and must be so interpreted "as to advance the broad policy considerations underlying it."⁷ To the extent, finally, that it is legislation regarding language rights, which have assumed the position of

⁶ *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

⁷ *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90. See also: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114,

(Continued on next page)

Je conclus en conséquence qu'au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi sur les langues officielles* de 1988, un comité d'appel n'avait pas compétence pour remettre en question le bien-fondé ou la légalité des exigences linguistiques posées par un ministère.

b) Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur les langues officielles* de 1988

L'intimée soutient, dans l'hypothèse où sa présentation première serait rejetée, que la *Loi sur les langues officielles* de 1988 modifiait substantiellement les règles du jeu et conférerait au comité d'appel la compétence de s'assurer que les exigences linguistiques posées par le Ministère étaient conformes aux prescriptions de cette Loi.

La *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis social et politique dont il est issu. Dans la mesure où elle est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16(1) et 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle obéira aux règles d'interprétation de cette Charte telles qu'elles ont été définies par la Cour suprême du Canada⁶. Dans la mesure, par ailleurs, où elle constitue un prolongement des droits et garanties reconnus dans la Charte, et de par son préambule, de par son objet défini en son article 2, de par sa primauté sur les autres lois établies en son paragraphe 82(1), elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi-constitutionnelles qui expriment «certains objectifs fondamentaux de notre société» et qui doivent être interprétées «de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui (les) sous-tendent.»⁷ Dans la mesure, enfin, où elle constitue

⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

⁷ *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, aux p. 89 et 90. Voir également: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission*

(Suite à la page suivante)

fundamental rights in Canada but are nonetheless the result of a delicate social and political compromise, it requires the courts to exercise caution and to "pause before they decide to act as instruments of change", as Beetz J. observed in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.*:⁸

... legal rights as well as language rights belong to the category of fundamental rights,

Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle.

This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to language rights.

The constitutional entrenchment of language rights and their quasi-constitutional extension, qualified by the appeal for caution made to the courts by the Supreme Court, do not however imply, in the absence of specific indications to this effect, an alteration of the powers of the courts which have to interpret and apply these rights. Just as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not in itself a source of new jurisdictions,⁹ so the 1988 *Official Languages Act* does not create new jurisdictions other than those, vested in the Commissioner of Official Languages and the Federal Court Trial Division, which it creates expressly. As in the case at bar, the fact that the Department might be subject to more specific legal duties than in the past when it comes time to determine the language requirements of a position

(Continued from previous page)

at p. 1134; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 236; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 224; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-158.

⁸ [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 578.

⁹ See *supra*, note 7, *Singh*, at p. 222; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, at pp. 1128-1130; *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714, at p. 724.

une loi relative à des droits linguistiques qui, au Canada, ont pris valeur de droits fondamentaux mais n'en demeurent pas moins le fruit d'un compromis social et politique fragile, elle invite les tribunaux à faire preuve de prudence, et à «hésiter à servir d'instruments de changement» ainsi que le rappelait le juge Beetz dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres*⁸:

... les garanties juridiques ainsi que les droits linguistiques relèvent de la catégorie des droits fondamentaux,

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques.

La consécration constitutionnelle de droits linguistiques et leur prolongement quasi-constitutionnel, nuancés par l'appel à la prudence lancé aux tribunaux par la Cour suprême, n'emportent pas pour autant, à moins d'indications précises en ce sens, une modification des compétences des tribunaux appelés à interpréter et à appliquer ces droits. De même que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas en elle-même source de compétences nouvelles⁹, de même la *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'établit pas de compétences nouvelles autres que celles, dévolues au commissaire aux langues officielles et à la Section de première instance de la Cour fédérale, qu'elle établit expressément. Ainsi, comme en l'espèce, ce n'est pas parce que le Ministère se serait vu imposer des obligations légales plus précises que par le

(Suite de la page précédente)

canadienne des droits de la personne, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, à la p. 236; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 224; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 156; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux p. 157 et 158.

⁸ [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 578.

⁹ Voir *Singh*, *supra*, note 7 à la p. 222; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, aux p. 1128 à 1130; *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714, à la p. 724.

does not mean that an appeal board thereby acquires a jurisdiction which was heretofore beyond it. Unless the Act itself contains some indication that Parliament intended to give an appeal board a new jurisdiction affecting the department's managerial rights, the appeal board will have to resign itself to continuing to perform the function it has until now exercised, and to leave to other jurisdictions the responsibility for deciding whether a department has complied with the provisions of the 1988 *Official Languages Act* in a given case.

The respondent contended that this new jurisdiction was conferred on an appeal board as a consequence, *inter alia*, of the wording of part six of the preamble ("with due regard to the principle of selection of personnel according to merit"), subsection 39(3) ("Nothing in this section shall be construed as abrogating or derogating from the principle of selection of personnel according to merit") and section 91 ("Nothing in Part IV or V authorizes the application of official language requirements to a particular staffing action unless those requirements are objectively required to perform the functions for which the staffing action is undertaken").

I cannot accept this argument. Essentially, these provisions are but a revised statement of the duty already imposed by section 40 of the 1969 *Official Languages Act* to maintain the principle of selection based on merit. By stating that language requirements must be imposed "objectively", section 91 expressly confirms what has always been implicit, namely that language requirements cannot be imposed frivolously or arbitrarily. The purpose of this section is to provide comfort and reassurance, rather than create new law, and it would be vain to seek in it for any new jurisdiction of any kind for the appeal board, especially as subsection 77(1) expressly authorizes a complaint under section 91 to be brought before the Commissioner, not the appeal board, and it appears from

passé lorsque vient le temps d'établir les exigences linguistiques d'un poste, qu'un comité d'appel acquerrait du fait même une compétence qui lui avait jusque-là échappé. À moins qu'on ne trouve dans la Loi elle-même une indication de l'intention du Parlement de confier au comité d'appel une compétence nouvelle relativement au droit de gérance du ministère, le comité d'appel devra se résigner à continuer à jouer le rôle qui jusqu'ici lui était dévolu et à laisser à d'autres instances le soin de décider si, dans un cas donné, un ministère s'est conformé aux dispositions de la *Loi sur les langues officielles* de 1988.

L'intimée soutient que le comité d'appel a reçu cette compétence nouvelle en raison, notamment, des termes du sixième attendu («dans le strict respect du principe du mérite en matière de sélection»), du paragraphe 39(3) («le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte au mode de sélection fondé sur le mérite») et de l'article 91 («Les parties IV et V n'ont pour effet d'autoriser la prise en compte des exigences relatives aux langues officielles, lors d'une dotation en personnel, que si elle s'impose objectivement pour l'exercice des fonctions en cause»).

Je ne puis retenir cette prétention. Ces dispositions ne sont, au fond, que l'expression remaniée de l'obligation déjà imposée à l'article 40 de la *Loi sur les langues officielles* de 1969 de maintenir le principe de la sélection fondée sur le mérite. L'article 91, en précisant que les exigences linguistiques doivent s'imposer «objectivement», confirme expressément ce qui a toujours été sous-entendu, soit que les exigences linguistiques ne peuvent être posées de manière capricieuse ou arbitraire. Cet article se veut réconfort et assurance plutôt que droit nouveau, et il serait vain d'y chercher quelque compétence nouvelle que ce soit pour le comité d'appel, d'autant plus que le paragraphe 77(1) permet expressément de saisir le commissaire, et non le comité d'appel, d'une plainte fondée sur

section 35 and subsection 39(2) that the department concerned, not the Public Service Commission, is responsible for ensuring compliance with the 1988 *Official Languages Act* in the establishment of languages of work.

That is not all. The foregoing provisions indicate that Parliament has directed its attention to the matter of selection based on merit. If it had intended to take the opportunity of giving the appeal board a new jurisdiction, it would certainly have done so at the same time as it undertook to create the new judicial remedy contained in Part X. It should not be forgotten that while the 1988 *Official Languages Act* establishes the right of government officers to use either official language (section 34), it also establishes the public's right to be served in either language in accordance with the provisions of Part IV (section 21). It may be concluded that the legislature did not think it advisable to make the appeal board the proper decision-making authority to determine the respective rights of government officers and the public in the particularly sensitive area of language of work and language of service within the federal government structure. Parliament might well have preferred to make the Commissioner and the judges responsible for performing this delicate task. To raise any question as to that preference would be incautious.

The somewhat irregular jurisdiction of the appeal board is itself the outcome of a compromise arrived at by the legislature to accommodate the respective responsibilities assigned to the Treasury Board, the department concerned and the Public Service Commission by the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11] and by the *Public Service Employment Act*. Just as I would hesitate to diminish it, for fear of putting at risk the balance which was sought and has probably been attained, so I would hesitate to augment it in the absence of any clear invitation to do so by the legislature.¹⁰

¹⁰ See *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The T. Eaton Company Limited and Others*, [1956] S.C.R. 610, in which Fauteux J. said the following at p. 614: "a Legislature is not presumed to depart from the general system of the law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness, failing which the law remains undisturbed."

l'article 91, et qu'il appert de l'article 35 et du paragraphe 39(2) qu'il incombe au ministère concerné, et non à la Commission de la fonction publique, de veiller, dans l'établissement des langues de travail, au respect de la *Loi sur les langues officielles* de 1988.

Il y a davantage. Les dispositions précitées font voir que le Parlement a porté son attention sur la question de la sélection fondée sur le mérite. S'il avait voulu profiter de l'occasion pour conférer une compétence nouvelle au comité d'appel, il l'aurait très certainement fait, en même temps qu'il s'affairait à établir le nouveau recours judiciaire établi dans la partie X. Il ne faut pas oublier que si la *Loi sur les langues officielles* de 1988 consacre le droit des agents de l'État d'utiliser l'une ou l'autre des langues officielles (article 34), elle consacre également le droit du public d'être servi, conformément aux dispositions de la partie IV, dans l'une ou l'autre langue (article 21). Il est permis de penser que le législateur n'a pas jugé opportun de faire du comité d'appel l'instrument décisionnel approprié pour jauger les droits respectifs des agents de l'État et du public dans le domaine particulièrement sensible de la langue de travail et de la langue de service au sein de l'appareil gouvernemental fédéral. Le Parlement pouvait très certainement préférer confier cette tâche délicate au commissaire et à des juges. Il serait imprudent de remettre cette préférence en question.

La compétence quelque peu bâtarde du comité d'appel est elle-même le fruit d'un compromis auquel en est arrivé le législateur pour tenir compte des responsabilités respectives attribuées au Conseil du Trésor, au ministère concerné et à la Commission de la fonction publique par la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), chap. F-11] et par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Autant j'hésiterais à la diminuer, de peur de mettre en péril l'équilibre recherché et vraisemblablement atteint, autant j'hésiterais, en l'absence d'invitation claire de la part du législateur, à l'accroître¹⁰.

¹⁰ Voir *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The T. Eaton Company Limited and Others*, [1956] R.C.S. 610, où le juge Fauteux, à la p. 614, s'exprimait comme suit: [TRADUCTION] «une législature n'est pas censée s'écarter du régime juridique général sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire, si non la loi reste inchangée».

The intervener, the Commissioner of Official Languages, put forward an additional argument in response to those of the respondent: he suggested that under the 1988 *Official Languages Act*, he alone has jurisdiction to see that the Act is properly administered. At the hearing, his counsel qualified this to say the least bold proposition and argued that as a consequence of *Gariépy* (*supra*, note 4), and I would add *Kelso* (*supra*, note 3), and in view of the very wording of subsections 77(5) and 78(3), the exclusive jurisdiction claimed by the Commissioner ousted only the jurisdiction of "administrative" tribunals and did not preclude that of "judicial" tribunals. Since I conclude that the 1988 *Official Languages Act* has not given the appeal board the power to decide on the validity or legality of the language requirements made by a department, I do not have to decide whether recourse to the Commissioner pursuant to that Act is necessarily the only recourse available in terms of "administrative" tribunals, in every case where a breach of the 1988 *Official Languages Act* is alleged.

CONCLUSION

In seeking to ascertain whether the language requirements of the position were justified and to determine whether they were established arbitrarily and improperly, contrary to the provisions of the 1988 *Official Languages Act*, the president of the Appeal Board considered and decided a matter that was beyond his jurisdiction. Accordingly, his finding that there was reason to doubt the merits of the disputed appointments cannot be upheld.

JUDGMENT

I would allow the application, set aside the decision of the Appeal Board and refer the matter back to it to be again decided on the assumption that it does not have jurisdiction to inquire into the validity or legality of the language requirements set by the Department for the position to be filled.

PRATTE J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

L'intervenant, le commissaire aux langues officielles, a proposé un moyen additionnel pour faire échec aux prétentions de l'intimée: lui seul, aux termes de la *Loi sur les langues officielles* de 1988, aurait compétence pour veiller sur la bonne administration de cette Loi. À l'audience, son procureur a nuancé cette proposition à tout le moins audacieuse et soutenu en présence du précédent *Gariépy* (*supra*, note 4) et, j'ajouterais, du précédent *Kelso* (*supra*, note 3), et à la vue des termes mêmes des paragraphes 77(5) et 78(3), que l'exclusivité dont le commissaire se réclamait ne valait qu'à l'égard des tribunaux dits administratifs et n'écartait pas la compétence des tribunaux dits judiciaires. Puisque j'en viens à la conclusion que la *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'a pas attribué au comité d'appel la compétence de décider du bien-fondé ou de la légalité des exigences linguistiques posées par un ministère, il ne m'est pas nécessaire de décider si le recours au commissaire établi par cette Loi est nécessairement le seul qui soit disponible, en termes de tribunaux dits administratifs, dans tous les cas où une violation de la *Loi sur les langues officielles* de 1988 est alléguée.

CONCLUSION

Le président du Comité d'appel, en cherchant à vérifier si les exigences linguistiques du poste étaient justifiées et à déterminer si elles n'avaient pas été établies de façon arbitraire et irrégulière contrairement aux prescriptions de la *Loi sur les langues officielles* de 1988, a examiné et tranché une question qui échappait à sa compétence. Sa conclusion selon laquelle il y avait lieu de douter du mérite des nominations attaquées ne saurait donc être maintenue.

DISPOSITIF

J'accueillerais la demande, j'annulerais la décision du Comité d'appel et je lui retournerais l'affaire afin qu'il la décide de nouveau en tenant pour acquis qu'il n'a pas compétence pour enquêter sur le bien-fondé ou la légalité des exigences linguistiques établies par le Ministère au sujet du poste à combler.

PRATTE, J.C.A.: Je suis d'accord.

MACGUIGAN, J.C.A.: Je suis d'accord.

A-211-89

A-211-89

Attorney General of Canada (Applicant)

v.

Mark Rosin and Canadian Human Rights Commission (Respondents)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ROSIN (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Stone and Linden J.J.A.—Ottawa, November 6, 7 and December 7, 1990.

Human rights — Removal of monocular Armed Forces cadet from parachuting course — Sight standard requiring excellent vision in both eyes — Denying all one-eyed people access to course discriminatory practice contrary to Canadian Human Rights Act, ss. 5, 7 and 10 — Course “service customarily available to public” within s. 5 although only open to members of Armed Forces and cadets — “Public” if segment of public having access to course — Any person aged 12 to 18 can join cadets — Cadets employees within ss. 7 and 10 — Subject to control, remunerated and benefitting employer — Evidence supporting tribunal’s finding sight standard not bona fide occupational requirement — Within tribunal’s jurisdiction under s. 53(3) to award interest — S. 54(2)(a) authorizing order respondent’s reinstatement in course not to reduce number of students otherwise enrolled.

Armed forces — Monocular cadet removed from parachuting course as not meeting sight standard requiring excellent vision in both eyes — Prima facie discriminatory practice based on disability within Canadian Human Rights Act, ss. 5, 7 and 10 — Course customarily available to general public within s. 5 although offered only to Armed Forces personnel — Anyone aged 12 to 18 can join cadets and apply for course — Cadets “employees” within ss. 7 and 10 — Closely controlled, remunerated unlike children at summer camp — Benefit to Armed Forces as recruits sought from among cadets — Sight standard not bona fide occupational requirement.

Construction of statutes — Canadian Human Rights Act, ss. 5, 7, 10, 15, 53 — Human rights legislation given full, large and liberal interpretation to best ensure objects attained — Meaning of “public”, “customarily” and “general” in s. 5 and “employee” in ss. 7 and 10.

This was an application to set aside the order of the Human Rights Tribunal that sections 5, 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act* had been breached and that no bona fide occupational requirement justifying the discriminatory prac-

Procureur général du Canada (requérant)

c.

Mark Rosin et la Commission canadienne des droits de la personne (intimés)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ROSIN (C.A.)

Cour d’appel, juges Heald, Stone et Linden, J.C.A.—Ottawa, 6, 7 novembre et 7 décembre 1990.

Droits de la personne — Retrait d’un cours de parachutisme d’un cadet des Forces armées borgne — Norme relative à la vue exigeant une excellente vision binoculaire — Le fait de refuser l’accès au cours à toutes les personnes borgnes constituait un acte discriminatoire allant à l’encontre des art. 5, 7 et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Le cours était un «service destiné au public» au sens de l’art. 5 bien qu’il fût ouvert seulement aux membres des Forces armées et aux cadets — Il est «public» si un segment de la population peut se prévaloir du cours — Toute personne âgée de 12 à 18 ans peut s’enrôler dans les cadets — Les cadets sont des employés au sens des art. 7 et 10 — Ils sont en situation d’autorité, sont rémunérés et l’employeur en retire des avantages — La preuve vient appuyer la conclusion du tribunal selon laquelle la norme relative à la vue ne constitue pas une exigence professionnelle justifiée — Le tribunal a, suivant l’art. 53(3), la compétence voulue pour accorder de l’intérêt — L’art. 54(2)a) permet de rendre une ordonnance selon laquelle la réintégration de l’intimé dans le cours ne réduit pas le nombre des autres étudiants inscrits.

Forces armées — Retrait d’un cadet borgne d’un cours de parachutisme parce qu’il ne satisfaisait pas à une norme relative à la vue exigeant une excellente vision binoculaire — Il s’agissait à première vue d’un acte discriminatoire fondé sur une déficience au sens des art. 5, 7 et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Le cours était destiné au public au sens de l’art. 5 bien qu’il fût offert seulement aux membres des Forces armées — Toute personne âgée de 12 à 18 ans peut s’enrôler dans les cadets et postuler le cours — Les cadets sont des «employés» au sens des art. 7 et 10 — Ils sont en situation d’autorité, sont rémunérés, contrairement aux enfants des camps de vacances — Les Forces armées en retirent des avantages puisqu’elles cherchent à recruter des militaires parmi ces cadets — La norme relative à la vue ne constituait pas une exigence professionnelle justifiée.

Interprétation des lois — Art. 5, 7, 10, 15, 53 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les lois sur les droits de la personne sont interprétées de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets — Signification de «public», de «customarily» et de «general» utilisés à l’art. 5 ainsi que d’«employé» utilisés aux art. 7 et 10.

Il s’agissait d’une demande en vue de faire infirmer l’ordonnance par laquelle le tribunal des droits de la personne a déclaré qu’il y avait eu violation des articles 5, 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et que l’existence

tices pursuant to section 15 had been established. Section 5 makes it a discriminatory practice to deny access to a service customarily available to the general public on a prohibited ground of discrimination (which includes disability); section 7 makes it a discriminatory practice to differentiate adversely in relation to an employee on a prohibited ground of discrimination; section 10 makes it a discriminatory practice for an employer to establish a policy that deprives a class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination; and section 15 justifies such discriminatory practices where there is a *bona fide* occupational requirement (BFOR) or justification. Rosin was an 18-year old army cadet who was removed from a parachuting course because he had only one eye. An Armed Forces sight standard required excellent vision in both eyes to qualify for the course, thereby denying all one-eyed people access thereto. The Commission ordered that Rosin be allowed to take the course, that the number of persons otherwise enrolled should not be reduced by such action, and that \$1,500 compensation for loss and hurt feelings plus interest be paid to him. The Attorney General argued that section 5 did not apply because the course was not "customarily available to the general public" and that sections 7 and 10 did not apply because cadets were not employees. The issues were whether (1) sections 5, 7 and 10 were applicable to the parachuting course (2) the sight standard was a BFOR under section 15 and (3) the tribunal exceeded its jurisdiction with regard to the remedies it ordered.

Held, the application should be dismissed.

Human rights legislation should be given a fair, large and liberal interpretation as will best ensure that its objects are attained. The course was "customarily available to the public" within section 5. Although the course was available only to members of the Armed Forces and certain cadets, any person aged 12 to 18 years can join the cadets and then apply for the course. For a service to be publicly available, it is not required that all members of the public have access to it. It is enough that a segment of the public can utilize the service. Requiring that certain qualifications or conditions be met does not deprive an activity of its public character. Any service offered by a government is available to the public. The words "customarily" and "general" used in the English version of section 5 are not significant as the French version does not contain equivalent or corresponding words.

Cadets are "employees" to whom sections 7 and 10 apply. Normally, for the employment relationship to exist, money must be paid as wages, but in the human rights context a more flexible test is applied. Since human rights legislation is to be interpreted so as to advance its broad purposes "employ" may be used in the sense of "utilize". Rosin was an employee in the sense intended to be covered by the legislation. There was a situation of close control in that he was required to wear a uniform, obey rules, follow commands, eat what he was fed and sleep when told to. There was remuneration in the form of an honorarium paid upon completion of the course in addition to free room and board. The Attorney General's argument, that Rosin was in a position similar to that of a child at summer

d'une exigence professionnelle justifiant les actes discriminatoires en conformité avec l'article 15 n'avait pas été établie. Selon l'article 5, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite (qui comprend la déficience), le fait de priver un individu de l'accès à un service destiné au public; selon l'article 7, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait de défavoriser un employé en cours d'emploi; selon l'article 10, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un acte de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, de fixer des lignes de conduite; et l'article 15 justifie de tels actes discriminatoires lorsqu'il existe des exigences professionnelles justifiées (EPJ) ou un motif justifiable. Rosin, cadet de l'armée, avait dix-huit ans lorsqu'on l'a retiré d'un cours de parachutisme parce qu'il était borgne. Une norme de l'armée relative à la vue exigeait une excellente vision binoculaire pour être admissible à ce cours, la norme refusant donc l'accès au cours à tous les borgnes. La Commission a statué que Rosin devait être autorisé à s'inscrire au cours, que cela n'aurait pas pour effet de réduire le nombre des autres personnes inscrites et que des dommages-intérêts de 1 500 \$ devaient lui être versés au titre de la perte subie de même que de la peine éprouvée, en plus de l'intérêt. Le procureur général a soutenu que l'article 5 ne s'appliquait pas puisque le cours n'était pas «destiné au public» et que les articles 7 et 10 ne s'appliquaient pas parce que les cadets n'étaient pas des employés. La question était de savoir (1) si les articles 5, 7 et 10 étaient applicables au cours de parachutisme, (2) si la norme relative à la vue constituait une EPJ selon l'article 15 et (3) si le tribunal avait outrepassé son pouvoir en ce qui concernait les redressements accordés.

Arrêt: la demande devrait être rejetée.

Les lois sur les droits de la personnes doivent être interprétées de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets. Le cours était «destiné au public» au sens de l'article 5. Bien que le cours fût destiné seulement aux membres des Forces armées et à certains cadets, toute personne âgée de 12 à 18 ans peut s'enrôler dans les cadets et postuler alors ce cours. Pour qu'un service soit destiné au public, il n'est pas nécessaire que tous les citoyens y aient accès. Il suffit qu'un segment de la population puisse se prévaloir du service. Le fait de prescrire certaines exigences ou que certaines conditions soient remplies n'élimine pas le caractère public d'une activité. Tout service offert par un gouvernement est destiné au public. Les mots «*customarily*» et «*general*» utilisés dans la version anglaise de l'article 5 ne sont pas importants, car la version française ne contient pas de mots équivalents ou correspondants.

Les cadets sont des «employés» auxquels s'appliquent les articles 7 et 10. Normalement, le rapport employeur-employé existe lorsqu'une rémunération est versée, mais, dans le contexte des droits de la personne, on applique un critère beaucoup plus souple. Puisque les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées de façon à promouvoir leurs vastes objectifs, le mot «emploi» peut être utilisé dans le sens d'utiliser. Rosin était un employé au sens que visait la loi. Une situation d'autorité existait à son endroit: il était tenu de porter un uniforme, d'obéir aux règles, de suivre les ordres, de manger ce qu'on lui donnait et de se coucher lorsqu'on lui disait de se coucher. Une rémunération était versée sous forme d'un montant d'argent payé à la fin du cours en plus d'être logé et nourri.

camp, could not be accepted. There was potential benefit to the Armed Forces in that it recruits future members from among these trained cadets. There was a *prima facie* breach of sections 7 and 10.

Nor was discrimination justified as a BFOR. In cases of direct discrimination, the employer must justify the discriminatory rule as a whole. Unlike indirect discrimination cases, it is not necessary to consider measures adopted to accommodate individuals. The rule stands or falls in its entirety since it applies to all members of the group equally. The onus is on the employer to establish through convincing evidence that the rule or standard is a BFOR on the balance of probabilities. It must be demonstrated that it was made in good faith and that it was "reasonably necessary" to ensure the efficient performance of the job without endangering the safety of the employee, fellow employees and the public. The Court could not interfere with the tribunal's conclusion that there was no increased risk justifying the BFOR as there was sufficient evidence supporting such a conclusion. While the tribunal mentioned the attributes of Rosin, it did not rely on them in holding that the standard was not a BFOR. Its reasons show that it would have found that the regulation was an improper generalization in any event.

The tribunal had jurisdiction to make the order awarding interest. While there is no specific provision expressly granting the power to give interest, it is included in the power to "order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine" in subsection 53(3). The tribunal also had jurisdiction to provide in its order that no one be displaced from the course as a result of its order so that a violation of paragraph 54(2)(a) would be avoided.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 5, 7, 10, 15, 53, 54.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. 1-23.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 46.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson-Sears Ltd. et al., [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services)* (1988), 52 D.L.R. (4th) 253; [1988] 5 W.W.R. 446; 9 C.H.R.R. D/5181 (Sask. C.A.); *Singh (Re)*, [1989] 1 F.C. 430;

On ne pourrait admettre l'allégation du procureur général selon laquelle Rosin se trouvait dans une situation semblable à celle d'un enfant dans un camp de vacances. Les Forces armées pouvaient éventuellement en tirer des avantages, car elles recrutent de futurs militaires parmi ces cadets qu'elles entraînent. Il y a eu violation *prima facie* des articles 7 et 10.

Ce n'était pas non plus un acte discriminatoire justifié comme dans le cas d'une EPJ. Lorsqu'une règle crée une discrimination directe, l'employeur doit justifier la règle discriminatoire dans sa totalité. Contrairement aux cas de discrimination indirecte, il n'est pas nécessaire de tenir compte des mesures d'accommodement adoptées à l'égard des personnes. La règle demeure ou tombe en entier, puisqu'elle s'applique également à tous les membres du groupe. Il incombe à l'employeur d'établir au moyen d'une preuve convaincante que la règle ou la norme est une EPJ selon la prépondérance des probabilités. Il est nécessaire de démontrer qu'elle a été faite de bonne foi et qu'elle était «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution efficace du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public. La Cour ne pouvait pas intervenir dans la conclusion du tribunal selon laquelle il n'y avait pas de risque accru justifiant l'EPJ, car il existait suffisamment de preuves à l'appui d'une telle conclusion. Bien que le tribunal ait mentionné les attributs de Rosin, il ne s'est pas fondé sur ces attributs pour statuer que la norme ne constituait pas une EPJ. Il ressort des motifs que le tribunal aurait conclu que le règlement était de toute façon une généralisation illicite.

Le tribunal avait la compétence voulue pour rendre une ordonnance accordant l'intérêt. Bien qu'il n'existe pas de disposition conférant expressément aux tribunaux des droits de la personne le pouvoir d'accorder de l'intérêt, ce pouvoir est inclus dans le pouvoir d'ordonner à l'auteur de l'acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars, au paragraphe 53(3). Le tribunal a également la compétence voulue pour prévoir dans son ordonnance que nul ne sera lésé par suite de son ordonnance, afin d'éviter qu'il y ait violation de l'alinéa 54(2)a).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 5, 7, 10, 15, 53, 54.
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. 1-23.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 46.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpson-Sears Liée et autres, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services)* (1988), 52 D.L.R. (4th) 253; [1988] 5 W.W.R. 446; 9 C.H.R.R. D/5181 (C.A. Sask.);

(1988), 86 N.R. 69 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15, 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.); *Courtois v. Canada (Dept. of Indian Affairs and Northern Development)* (1990), 11 C.H.R.R. D/363; *Hobson v. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666; *Pannu v. Prestige Cab Ltd.* (1987), 8 C.H.R.R. D/3909; affd (1987), 8 C.H.R.R. D/3911 (Alta. C.A.); *Re Prue* (1984), 57 A.R. 140; 15 D.L.R. (4th) 700; 35 Alta. L.R. (2d) 169; 6 C.H.R.R. D/2544 (Q.B.); *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1991] 1 F.C. 1 (C.A.); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

REFERRED TO:

Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al., [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435; (1979), 97 D.L.R. (2d) 577; [1979] 4 W.W.R. 118; 10 B.C.L.R. 257; *Monsoorali Rawala and Victor Souza v. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057; *Anvari v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5816; *Frank Cormier v. Alberta Human Rights Commission* (1984), 5 C.H.R.R. D/2441; *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 C.L.L.C. 17,005; 40 N.R. 159; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Canadian Armed Forces v. Morgan*, Sept. 14, 1990, not yet reported (C.H.R.T.); *Boucher v. Canada (Correctional Service)* (1988), 9 C.H.R.R. D/4910; *Chapdelaine v. Air Canada* (1987), 9 C.H.R.R. D/4449; *Hinds v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5683; *Kearns v. P. Dickson Trucking Ltd.* (1988), 10 C.H.R.R. D/5700; *Fontaine v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 11 C.H.R.R. D/288; *Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.* (1973), 4 L.C.R. 85 (B.C.C.A.); *Re Westcoast Transmission Co. Ltd. and Majestic Wiley Contractors Ltd.* (1982), 139 D.L.R. (3d) 97; [1982] 6 W.W.R. 149; 38 B.C.L.R. 310 (C.A.); *Canadian Broadcasting Corp. v. C.U.P.E.*, [1987] 3 F.C. 515; (1987), 38 D.L.R. (4th) 617; 76 N.R. 155 (C.A.).

AUTHORS CITED

Greschner, Donna "Why *Chambers* is Wrong: A Purposeful Interpretation of 'Offered to the Public'" (1988), 52 *Sask L. Rev.* 161.

Canada. Canadian Human Rights Commission. *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to*

Singh (Re), [1989] 1 C.F. 430; (1988), 86 N.R. 69 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15, 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.); *Courtois c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1990), 11 C.H.R.R. D/363; *Hobson v. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666; *Pannu v. Prestige Cab Ltd.* (1987), 8 C.H.R.R. D/3909; conf. par (1987), 8 C.H.R.R. D/3911 (Alta. C.A.); *Re Prue* (1984), 57 A.R. 140; 15 D.L.R. (4th) 700; 35 Alta. L.R. (2d) 169; 6 C.H.R.R. D/2544 (B.R.); *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1991] 1 C.F. 1 (C.A.); *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

DÉCISIONS CITÉES:

Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre, [1982] 2 R.C.S. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435; (1979), 97 D.L.R. (2d) 577; [1979] 4 W.W.R. 118; 10 B.C.L.R. 257; *Monsoorali Rawala and Victor Souza v. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057; *Anvari c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5816; *Frank Cormier v. Alberta Human Rights Commission* (1984), 5 C.H.R.R. D/2441; *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 C.L.L.C. 17,005; 40 N.R. 159; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Canadian Armed Forces v. Morgan*, 14 septembre, 1990, encore inédit (T.C.D.P.); *Boucher v. Canada (Correctional Service)* (1988), 9 C.H.R.R. D/4910; *Chapdelaine v. Air Canada* (1987), 9 C.H.R.R. D/4449; *Hinds v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5683; *Kearns v. P. Dickson Trucking Ltd.* (1988), 10 C.H.R.R. D/5700; *Fontaine c. Canadien Pacifique Ltée* (1989), 11 C.H.R.R. D/288; *Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.* (1973), 4 L.C.R. 85 (C.A.C.-B.); *Re Westcoast Transmission Co. Ltd. and Majestic Wiley Contractors Ltd.* (1982), 139 D.L.R. (3d) 97; [1982] 6 W.W.R. 149; 38 B.C.L.R. 310 (C.A.); *Société Radio-Canada c. S.C.F.P.*, [1987] 3 C.F. 515; (1987), 38 D.L.R. (4th) 617; 76 N.R. 155 (C.A.).

DOCTRINE

Greschner, Donna «Why *Chambers* is Wrong: A Purposeful Interpretation of "Offered to the Public"» (1988), 52 *Sask L. Rev.* 161.

Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport*

Parliament. Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1986.

Tarnopolsky, Walter Surma, *Discrimination and the Law: Including Equality Rights under the Charter*, revised by William F. Pentney, Toronto: Richard De Boo, 1985.

spécial au Parlement. Ottawa: Commission canadienne des droits de la personne, 1986.

Tarnopolsky, Walter Surma, *Discrimination and the Law: Including Equality Rights under the Charter*, révisé par William F. Pentney, Toronto, Richard De Boo, 1985.

COUNSEL:

Bruce S. Russell and Capt. Kirby Abbott for applicant.

René Duval and Margaret Rose Lefèvre for respondents.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Canadian Human Rights Commission for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.: Mark Rosin was an 18-year-old Royal Canadian Army Cadet, who was part way through a summer course in parachuting when he was removed summarily from the course by his commanding officer after it was discovered that he had only one eye. For several previous summers, Rosin had served as an exemplary cadet, hoping and dreaming that he would one day be accepted into the basic three-week parachuting course and earn his wings. One of these courses, regularly offered to ordinary members of the Armed Forces, was open each summer to cadets. In the summer of 1984, Rosin was among the 54 cadets selected. He successfully completed the first two weeks of the three-week course when it was discovered that he had a glass eye, replacing an eye lost when he was seven years old. Although this information was known to the officers he had worked with in the past, it was not put in the application form he filled out in applying for the course because it was not specifically asked for and because he and his medical adviser did not think that his monocular-ity was relevant. Unbeknownst to Rosin, however, there existed an armed forces sight standard that had to be met in order to qualify for the parachute course. This standard required that each participant have excellent vision in both eyes. In short,

AVOCATS:

Bruce S. Russell et Cap. Kirby Abbott pour le requérant.

René Duval et Margaret Rose Lefèvre pour les intimés.

PROCUREURS:

Le procureur général du Canada pour le requérant.

La Commission canadienne des droits de la personne pour les intimés.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Mark Rosin, cadet de l'Armée royale canadienne, avait dix-huit ans lorsque son officier commandant l'a retiré sommairement d'un cours d'été de parachutisme qu'il était en train de suivre après qu'on eut découvert qu'il était borgne. Pendant plusieurs étés précédents, Rosin avait été un cadet exemplaire, souhaitant ardemment être accepté un jour au cours d'initiation de trois semaines au parachutisme et gagner ainsi ses épaulettes. L'un de ces cours, dispensé régulièrement aux membres ordinaires des Forces armées, était offert chaque été aux cadets. À l'été de 1984, Rosin figurait parmi les cinquante-quatre cadets choisis. Il avait terminé avec succès les deux premières semaines du cours de trois semaines lorsqu'on a découvert qu'un œil de verre remplaçait l'œil qu'il avait perdu à l'âge de sept ans. Bien que les officiers avec qui il avait travaillé auparavant fussent au courant de ce fait, le renseignement n'avait pas été indiqué dans le formulaire de demande que Rosin avait rempli pour s'inscrire au cours, d'abord parce que le renseignement n'avait pas été expressément demandé, ensuite parce que lui et son conseiller médical n'estimaient pas que son éborgnement était pertinent. Rosin ignorait, cependant, que l'armée avait établi une norme relative à la vue qu'il fallait remplir pour être admissible au cours de parachutisme. Selon cette norme, chaque participant devait avoir une excel-

the standard denied all one-eyed people access to the course.

Rosin filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, alleging violation of sections 5, 7 and 10 of the Act [*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6]. After a hearing before a one-person tribunal [(1989), 10 C.H.R.R. D/6236], it was found that there had indeed been breaches of sections 5, 7 and 10, and that no *bona fide* occupational requirement had been established. Various remedies were ordered, including a directive that Rosin be allowed to enrol in the basic parachuting course and that compensation of \$1,500 plus interest be paid to him.

This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application has been brought to set aside the order of the tribunal. While accepting that the exclusion of all one-eyed individuals from the course was *prima facie* discrimination on the basis of disability, counsel for the Armed Forces contended that sections 5, 7 and 10 were not applicable to this parachuting course. Section 5 did not cover the situation, it was argued, since this course was not a "service . . . customarily available to the general public". Further, sections 7 and 10 did not apply, it was contended, because the cadets were not "employees" of the Armed Forces. It was then argued that the sight standards were "*bona fide* occupational requirements" under section 15. Lastly, it was contended that the Tribunal exceeded its jurisdiction with regard to two of the remedies it ordered.

I shall deal with each of these four submissions in turn.

1. Customarily available to the general public

The first issue is whether the parachuting course offered by the Canadian Forces at Edmonton was a service or facility customarily available to the general public according to the wording of section 5 of the *Canadian Human Rights Act* which reads:

lente vision binoculaire. Bref, la norme refusait l'accès au cours à tous les borgnes.

Rosin a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte dans laquelle il prétendait que les articles 5, 7 et 10 de la Loi [*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), chap. H-6] avaient été violés. Après audience tenue devant un tribunal formé d'un seul membre [(1989), 10 C.H.R.R. D/6236], il a été statué qu'il y avait eu effectivement violation des articles 5, 7 et 10, et que l'existence d'une exigence professionnelle justifiée n'avait pas été établie. Divers redressements ont été accordés, notamment une directive précisant que Rosin devait être autorisé à s'inscrire au cours d'initiation au parachutisme et que des dommages-intérêts de 1 500 \$, majorés d'intérêts, devaient lui être versés.

La présente demande en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] a été introduite pour faire infirmer l'ordonnance du tribunal. Tout en convenant que le fait d'exclure du cours toutes les personnes borgnes constituait à première vue de la discrimination fondée sur une incapacité, l'avocat des Forces armées a soutenu que les articles 5, 7 et 10 n'étaient pas applicables à ce cours de parachutisme. L'article 5 ne s'appliquait pas à la situation, puisque le cours n'était pas un «service . . . destiné au public». En outre, les articles 7 et 10 ne s'appliquaient pas parce que les cadets n'étaient pas des «employés» des Forces armées. On a alors prétendu que les normes relatives à la vue constituaient des «exigences professionnelles justifiées» au sens de l'article 15. Le tribunal, a-t-on soutenu enfin, avait outrepassé sa compétence à l'égard de deux des redressements qu'il avait ordonnés.

J'aborderai tour à tour chacune de ces quatre prétentions.

1. Destiné au public

La première question en litige est celle-ci: le cours de parachutisme offert par les Forces canadiennes à Edmonton constitue-t-il un service ou une installation destinés au public au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*? Texte de cet article:

5. It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual, on a prohibited ground of discrimination.

Although it was not questioned that this course was either a "facility" or "service", counsel for the applicant strenuously argued that it was not customarily available to the general public. He contended that it was a specialist military course available only to members of the Armed Forces and to certain cadets on a restricted access basis. Ordinary members of the public, he suggested, did not have access to the course. It was a two-stage process, the public perhaps having access to the first but not the second. For the respondents, however, it was pointed out that any young person between 12 and 18 years of age could join the Royal Canadian Army Cadets, which had 24,000 members, and then apply to attend this course. The tribunal found that section 5 covered this facility or service and I agree with that conclusion.

In the interpretation of human rights codes, the Canadian courts have consistently accorded them a meaning which will advance their broad purposes. Our courts view human rights codes not as ordinary statutes but as special, as fundamental, as "almost constitutional" in their nature. For example, Mr. Justice Lamer, as he then was, declared that a human rights code "is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law." (See *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, at page 158; see also La Forest J. in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84.) Mr. Justice McIntyre of the Supreme Court of Canada reiterated this view in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 547 when he wrote:

5. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public:

a) d'en priver un individu;

b) de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture.

b Bien que le fait que ce cours constituait une «installation» ou un «service» n'ait pas été en doute, l'avocat du requérant a vigoureusement soutenu que le cours n'était pas destiné au public. Selon lui, il s'agissait d'un cours militaire spécialisé destiné uniquement aux membres des Forces armées et, à certains cadets, sur une base restreinte. Le public en général, a-t-il laissé entendre, n'avait pas accès au cours. Le tout se déroulait en deux étapes, le public ayant peut-être accès à la première étape, mais non à la deuxième. Pour les intimés, cependant, on a souligné que toute jeune personne ayant entre douze et dix-huit ans pouvait s'enrôler dans les Cadets de l'Armée royale canadienne, qui comptait 24 000 membres puis postuler ce cours. Le tribunal a conclu que l'article 5 s'appliquait à cette installation ou à ce service, et je souscris à cette conclusion.

Dans l'interprétation des codes des droits de la personne, les tribunaux canadiens leur ont invariablement donné une interprétation qui permettra de promouvoir leurs fins générales. Nos tribunaux considèrent les codes des droits de la personne non comme des lois ordinaires, mais comme des lois spéciales, des lois fondamentales, des lois de nature «quasi constitutionnelle». Par exemple, le juge Lamer, alors juge puîné, a déclaré que dans l'interprétation d'un code des droits de la personne «il ne faut pas le considérer comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale». (Voir *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145, à la page 158; voir aussi le juge La Forest dans *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84.) Le juge McIntyre, de la Cour suprême du Canada, a réitéré ce point de vue dans *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpson-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 547, lorsqu'il a écrit:

The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment . . . and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary — and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect. The Code aims at the removal of discrimination.

Chief Justice Dickson (as he then was) has outlined the correct way to approach human rights legislation. Such laws should be given not only their plain meaning but also “full recognition and effect” and, in accordance with the *Interpretation Act* [R.S.C. 1970, c. I-23], “a fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained”. Chief Justice Dickson warned: “We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact”. (See *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at page 1134.)

Utilizing this approach, it is clear that the tribunal did not err in deciding that this course was “customarily available to the general public”. Canadian courts have broadly interpreted these words, as well as other similar word formulae used to express this idea, in the various statutes of the provinces, the United Kingdom and the United States. The essential aim of the wording is to forbid discrimination by enterprises which purport to serve the public. (See Tarnopolsky & Pentney, *Discrimination and the Law: Including Equality Rights under the Charter* (1985), chapter 11.)

In order for a service or facility to be publicly available, it is not required that all the members of the public have access to it. It is enough for a segment of the public to be able to avail themselves of the service or facility. Requiring that certain qualifications or conditions be met does not rob an activity of its public character. The cases have shown that “public” means “that which is not private”, leaving outside the scope of the legislation very few activities indeed.

A leading decision illustrating these principles, particularly as they apply to government, is *Sas-*

Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif . . . et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application. Le Code vise la suppression de la discrimination.

Le juge en chef Dickson (tel était alors son titre) a souligné la bonne façon d'aborder les lois sur les droits de la personne. Ces lois doivent recevoir non seulement leur sens ordinaire, mais il faut aussi les «reconnaître et [leur] donner effet pleinement» et, conformément à la *Loi d'interprétation* [S.R.C. 1970, chap. I-23] les interpréter «de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets». Le juge en chef Dickson a fait cette mise en garde: «On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet». (Voir *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la page 1134.)

En utilisant cette méthode, le tribunal n'a manifestement pas commis d'erreur lorsqu'il a décidé que ce cours était «destiné au public». Les tribunaux canadiens ont interprété largement ces mots et d'autres expressions semblables utilisées dans les diverses lois des provinces, du Royaume-Uni et des États-Unis pour exprimer cette idée. Cette formulation vise essentiellement à interdire aux entreprises qui sont censées servir le public de faire preuve de discrimination. (Voir Tarnopolsky & Pentney, *Discrimination and the Law: Including Equality Rights under the Charter* (1985), chapitre 11.)

Pour qu'un service ou une installation soit destiné au public, il n'est pas nécessaire que tous les citoyens y aient accès. Il suffit qu'un segment de la population soit en mesure de se prévaloir du service ou de l'installation. Le fait de prescrire que certaines exigences ou que certaines conditions soient remplies n'élimine pas le caractère public d'une activité. La jurisprudence a montré que le terme «public» signifie «qui n'est pas privé», ce qui laisse, en vérité, très peu d'activités hors de la portée de la législation.

Un arrêt faisant jurisprudence qui illustre ces principes, particulièrement dans leur application

Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services) (1988), 52 D.L.R. (4th) 253 (Sask. C.A.) where Mr. Justice Vancise held that the Department of Social Services could not discriminate against individuals by deciding whether they could receive social benefits on the basis of their marital status. The legislation in Saskatchewan forbade discrimination against persons with respect to “accommodation, services, or facilities to which the public is customarily admitted or which are offered to the public”. Mr. Justice Vancise observed [at pages 266-268]:

Broadly speaking, services provided by the Crown are available to all members of the public. Most services the Crown provides can be described as publicly available benefits In most cases, the receiver of a government service will be required to follow prescribed application procedures and to demonstrate that he qualifies for the service being offered. Most government services are intended to benefit some specific class according to perceived governmental policies and objectives. Eligibility criteria and application forms generally ensure the impartial and universal application of services rather than a restriction of an offering of the service to the public.

The fact that a service is offered to the public does not mean that it must be offered to all members of the public. The government can impose eligibility requirements to ensure that the programme or services reaches the intended client group. The only restriction is that the government cannot discriminate among the client group, that is, the elderly, the poor or others, on the basis of the enumerated characteristics set out in the Code.

The Saskatchewan Court of Appeal, in arriving at its decision, relied on an article by Professor Donna Greschner, “Why *Chambers* is Wrong: A Purposive Interpretation of ‘Offered to the Public’” (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161 where it is written [at page 183]:

The interpretation of “offered to the public” . . . should be as follows: any service offered by a government is a service offered to the public. This interpretation furthers the policy of the Code of eliminating discrimination, for all governmental services would be covered. It is also consonant with the overall expansive scope of the Code A government by its nature has only public relationships with persons

This reasoning is persuasive. It is difficult to contemplate any government or branch of government contending that a service it offered was a

au gouvernement, est la décision *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services)* (1988), 52 D.L.R. (4th) 253 (C.A. Sask.), dans laquelle le juge Vancise a statué que le ministère des Services sociaux ne pouvait pas établir de discrimination contre des personnes en décidant si elles pouvaient recevoir des prestations sociales en fonction de leur état matrimonial. La loi de la Saskatchewan interdisait d’établir la discrimination contre une personne [TRADUCTION] «à l’égard de l’accès à un lieu habituellement ouvert au public ou à des services offerts au public». Le juge Vancise a fait remarquer [aux pages 266 et 268]:

[TRADUCTION] D’une façon générale, tous les citoyens peuvent se prévaloir des services offerts par la Couronne. La plupart de ces services peuvent être décrits comme des services destinés au public Dans la plupart des cas, le bénéficiaire d’un service gouvernemental sera tenu de suivre la procédure prescrite pour faire la demande et de démontrer qu’il est admissible à ce service. La plupart des services gouvernementaux sont destinés à avantager une catégorie particulière de personnes selon les politiques et objectifs envisagés du gouvernement. Les critères d’admissibilité et les formulaires de demande assurent généralement une prestation impartiale et universelle des services plutôt qu’une restriction dans l’offre du service au public.

Le fait qu’un service soit destiné au public ne veut pas dire qu’il doit être offert à tous les citoyens. Le gouvernement peut appliquer des critères d’admissibilité pour s’assurer que le programme ou les services atteignent le groupe client visé. La seule restriction est que le gouvernement ne peut établir de discrimination à l’intérieur du groupe client, c’est-à-dire les personnes âgées, les pauvres ou d’autres, en se fondant sur les caractéristiques énumérées dans le Code.

Pour arriver à cette décision, la Cour d’appel de la Saskatchewan s’est appuyée sur un article du professeur Donna Greschner intitulé «Why *Chambers* is Wrong: A Purposive Interpretation of “Offered to the Public”» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161, où l’auteur écrit [à la page 183]:

[TRADUCTION] L’interprétation du membre de phrase «offerts au public» . . . doit être comme suit: tout service offert par un gouvernement est un service offert au public. Cette interprétation ressortit à la politique du Code d’éliminer la discrimination car tous les services gouvernementaux seraient visés. Elle est également compatible avec la portée générale expansive du Code De par sa propre nature, un gouvernement n’entretient que des rapports publics avec les particuliers

Ce raisonnement est convaincant. Il est difficile d’imaginer un gouvernement ou un secteur du gouvernement qui prétendrait qu’un service qu’il

private one, not available or open to the public. Indeed, it may well be said that virtually everything government does is done for the public, is available to the public, and is open to the public. Moreover, to allow a government to evade the operation of the Code merely by setting up eligibility requirements and then arguing that the program is not open to the public is unacceptable; a program is still offered to the public, even though all members of the public cannot avail themselves of it.

It will be noted that the English wording of the *Canadian Human Rights Act* being considered here is not exactly the same as the wording utilized in the Saskatchewan legislation. The federal statute speaks of services “customarily available to the general public”, whereas the Saskatchewan law talks of services “offered to the public”. While it may appear at first blush that these differences in wording may be significant and that the federal law is to have a narrower scope than the Saskatchewan legislation, closer analysis leads me to conclude that both word formulae convey essentially the same meaning.

The first and most important reason for this is that the French version of the *Canadian Human Rights Act*, which is entitled to equal status in statutory interpretation, uses the phrase services “destinés au public”. There is no adverb equivalent to “customarily”, nor is there any adjective modifying the word “public” that would correspond to “general”. This leads me to the conclusion that the words “customarily” and “general” used in the English version of the *Canadian Human Rights Act* are not significant.

A second reason that leads me to conclude that the word “customarily” is not significant is that the Saskatchewan legislation uses it in the same section in connection with “accommodation”, but not in relation to “services and facilities”. In addition to possible stylistic considerations, it may be that historical reasons may explain the use of the word “customarily” in relation to “accommodation”. (See Tarnopolsky & Pentney, *Discrimination and the Law: Including Equality Rights under the Charter* (1985), chapter 11.)

offrait était un service privé, non destiné au public. En fait, il serait permis de dire que pratiquement tout ce que fait le gouvernement, il le fait pour le public, est destiné au public, et le public peut s'en prévaloir. De plus, il est inacceptable de permettre au gouvernement d'éviter l'application du Code simplement en imposant des conditions d'admissibilité et de prétendre ensuite que le programme n'est pas offert au public. Un programme demeure toujours offert au public, même si tous les citoyens ne peuvent s'en prévaloir.

Il faut noter que la version anglaise de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* examinée ici ne reprend pas exactement la formulation utilisée dans la loi de la Saskatchewan. La loi fédérale parle de services «*customarily available to the general public*», alors que celle de la Saskatchewan parle de services «*offered to the public*». Si à première vue, ces différences de formulation peuvent être importantes et que la loi fédérale doit avoir une portée moins large que la loi de la Saskatchewan, une analyse plus serrée m'amène à conclure que les deux formulations veulent dire essentiellement la même chose.

La première et la plus importante raison à cet égard est que la version française de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui jouit d'un statut d'égalité en matière d'interprétation législative, utilise le membre de phrase services «destinés au public». Aucun adverbe ne correspond au terme anglais «*customarily*» et aucun adjectif qualifiant le mot «public» ne correspond au mot anglais «*general*». Cela m'amène à conclure que les mots «*customarily*» et «*general*» utilisés dans la version anglaise de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne sont pas importants.

La deuxième raison qui m'amène à conclure que le mot «*customarily*» n'est pas important est que la loi de la Saskatchewan l'utilise dans le même article à l'égard du terme anglais «*accommodation*», mais non à l'égard du membre de phrase «*services and facilities*». En plus des considérations stylistiques possibles, il se pourrait que l'utilisation du terme «*customarily*» en rapport avec le mot «*accommodation*» s'explique par des raisons historiques. (Voir Tarnopolsky & Pentney, *Discrimination and the Law: Including Equality Rights under the Charter* (1985), chapitre 11.)

A third reason not to emphasize the slight differences in the language used in connection with these provisions is that no court seems to have done so in the past, at least in relation to governmental services. (It may be that, in dealing with private sector organizations which offer advertising services to the public, different considerations might be taken into account. See *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, at page 455, per Martland J.) We should not inspect these statutes with a microscope, but should, as mentioned above, give them a full, large and liberal meaning consistent with their favoured status in the lexicon of Canadian legislation.

Additional support for this view can be obtained from *Singh (Re)*, [1989] 1 F.C. 430, a decision of this Court, where Mr. Justice Hugessen, writing for the Court, intimated that services rendered by public servants in administering the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] might well be "considered services customarily available to the public". Without making any final determination on the point, because it was unnecessary to do so, Mr. Justice Hugessen opined that it was "arguable" that "by definition, services rendered by public servants at public expense are services to the public" and within section 5 and held [at pages 440-441]:

... it is not by any means clear to me that the services rendered, both in Canada and abroad, by the officers charged with the administration of the *Immigration Act (1976)* are not services customarily available to the general public.

According to Mr. Justice Hugessen, then, echoing Mr. Justice Vancise and Professor Greschner, these government services might be said to be available to the public and, hence, properly fall within section 5.

Another decision of this Court, consistent with this conclusion, is *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24, where it was initially suggested in the factum of the Attorney General that unemployment insurance benefits were not "services customarily available to the public", but this argument was not pursued. Mahoney J.A., speaking for the Court, explained [at page 28] that the "applicant appears to have found persuasive"

La troisième raison pour laquelle il ne faut pas insister sur les légères différences de formulation de ces dispositions est qu'aucun tribunal ne semble l'avoir fait dans le passé, du moins en ce qui concerne les services gouvernementaux. (Il se pourrait qu'en ce qui concerne les organismes du secteur privé qui offrent au public des services de publicité, différentes considérations entrent en jeu. Voir ce que dit le juge Martland dans *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, à la page 455). Nous ne devons pas examiner ces lois à la loupe; nous devons plutôt, comme on l'a dit précédemment, leur donner une interprétation large et libérale conforme à leur statut prépondérant dans le contexte législatif canadien.

Ce point de vue peut trouver un appui supplémentaire dans *Singh (Re)*, [1989] 1 C.F. 430, décision de la présente Cour, dans laquelle le juge Hugessen, au nom de la Cour, a affirmé que les services que rendent les fonctionnaires chargés de l'application de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52] pourraient bien être «considérés comme des services destinés au public». Sans trancher la question de façon définitive parce qu'il n'était pas nécessaire de le faire, le juge Hugessen a opiné qu'on pouvait «soutenir» que «par définition, les services que rendent les fonctionnaires publics aux frais de l'État sont des services destinés au public» au sens de l'article 5, et a statué [aux pages 440 et 441]:

... il suffit de dire qu'il est loin d'être clair pour moi que les services rendus, tant au Canada qu'à l'étranger, par les fonctionnaires chargés de l'application de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne sont pas des services destinés au public.

Ainsi, selon le juge Hugessen, se faisant l'écho du juge Vancise et du professeur Greschner, on pourrait dire que ces services gouvernementaux sont destinés au public et, par conséquent, qu'ils tombent à juste titre sous le coup de l'article 5.

Une autre décision de la présente Cour, qui va dans le sens de cette conclusion, est l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24, on avait d'abord affirmé dans le mémoire du procureur général que les prestations d'assurance-chômage ne constituaient pas «des services destinés au public», mais l'argument n'avait pas été maintenu. Le juge Mahoney, J.C.A., prononçant les motifs de la Cour, a expliqué [à la page 28] que le

the *dictum* of Mr. Justice Hugessen in *Singh (Re)*, *supra*. Unemployment insurance, then, was conceded to be a service customarily available to the general public, despite its limited availability.

In addition to these appellate court decisions, there are several human rights tribunal decisions which have adopted this view. One of the most recent cases is *Courtois v. Canada (Dept. of Indian Affairs and Northern Development)* (1990), 11 C.H.R.R. D/363, where it was decided [at pages D/383-D/384] that it cannot be maintained that a reserve school “does not constitute a service customarily available to the general public simply because this reserve school is limited primarily to Indians. In fact, although it is a so-called Band school, the costs of these schools are nevertheless paid primarily by public funds. To claim that these schools are not a public service because they are intended solely for Indians would be to say, . . . that all persons who belong to a special group (that is, Indians) are no longer members of the community as a whole, which would open the door to all kinds of discriminatory practices.”

A helpful explanation of the meaning of these words has also been offered in *Hobson v. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666, at page D/4670:

I find that the mere fact of authority to establish substantial entrance requirements or qualifications for entrance to publicly funded educational institutions such as the respondent or universities or colleges does not mean that these institutions and the services they provide are not customarily available to the public. Additionally, it is not necessary that all members of the public be able to demand the services or entrance to the facility as a matter of right for such to be customarily available to the public. In the instance of public educational institutions, such as the respondent, it is sufficient, in this respect, if such services or facilities are customarily available to the “public” in the sense of “all persons legally or properly qualified.”

(See also *Monsoorali Rawala and Victor Souza v. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057; *Anvari v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5816.)

«requérant semble avoir trouvé convaincante» l’opinion incidente exprimée par le juge Hugessen dans l’arrêt *Singh*, précité. Les prestations d’assurance-chômage, avait-on alors concédé, étaient un service ^a destiné au public, en dépit de l’admissibilité limitée à ce service.

En plus de ces décisions des tribunaux d’appel, de nombreuses décisions des tribunaux des droits ^b de la personne ont adopté ce point de vue. L’une des plus récentes décisions est *Courtois c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1990), 11 C.H.R.R. D/363, dans laquelle le tribunal a statué [aux pages D/383 et ^c D/384] qu’on ne pouvait prétendre que l’école d’une réserve «ne constitue pas un service destiné au public du simple fait que cette école de la réserve est essentiellement une école limitée aux ^d Indiens. En effet, qu’il s’agisse d’une école dite de “Bande”, il n’en demeure pas moins que le coût de ces écoles est défrayé essentiellement par les deniers publics. Prétendre qu’il ne s’agit pas d’un service public parce qu’adressé uniquement aux ^e Indiens ce serait de dire . . . que toutes les personnes qui appartiennent à un groupe spécial (soit les Indiens) ne sont plus membres de la collectivité dans son ensemble, ce qui ouvrirait la porte à toute sorte d’actes discriminatoires.»

^f Une explication utile de la signification de ces mots a également été donnée dans *Hobson v. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666, à la page D/4670:

^g [TRADUCTION] Je trouve que le simple fait d’être investi du pouvoir d’établir des conditions d’admission ou d’exiger des qualités difficiles pour l’admission à des établissements d’enseignement subventionnés par l’État, tels que l’intimé, les universités ou les collèges, ne veut pas dire que ces établissements et les services qu’ils offrent ne sont pas destinés au public. De plus, ^h il n’est pas nécessaire que tous les citoyens soient en mesure de revendiquer les services ou l’admission à l’établissement pour que ceux-ci soient destinés au public. Dans le cas des établissements d’enseignement public, tel que l’intimé, il suffit, à cet égard, que les services ou installations soient destinés au ⁱ «public», c’est-à-dire à «toutes les personnes légalement ou dûment qualifiées».

(Voir également *Monsoorali Rawala and Victor Souza v. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057; *Anvari c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5816.)

In conclusion, given the judicial approach taken to human rights legislation, given the importance of the French version of the legislation referred to above, and given the other considerations outlined above, I conclude that the tribunal was correct in holding that this course was a service or facility "customarily available to the general public".

2. Employment

The second issue is whether Mark Rosin was an employee of the Armed Forces when he was involved with the parachuting course and, hence, whether he came within sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act* which read:

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.

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

- (a) to establish or pursue a policy or practice, or
- (b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

It was argued by counsel for the applicant that these cadets were not employed by the army. He suggested that they were not being paid any "salary" and that they were not doing any work for the army. He likened them to teenagers attending a summer camp, who were receiving training. Counsel for the respondents contended that they were employees, who were under the control of the Armed Forces, who received some money for their services, and whose presence benefited the army. The tribunal, although somewhat confused in its language and reasoning, seemed to find that sections 7 and 10 applied in these circumstances and I agree.

Vu la façon dont les tribunaux examinent les lois en matière de droits de la personne, l'importance de la version française de la loi susmentionnée et les autres facteurs soulignés précédemment, je conclus, que le tribunal était justifié de décider que ce cours était un service ou une installation «destiné au public».

2. Emploi

La deuxième question est la suivante: Mark Rosin était-il un employé des Forces armées lorsqu'il suivait le cours de parachutisme et, par conséquent, tombait-il sous le coup des articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*? Texte de ces articles:

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.

10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale:

- a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;
- b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

L'avocat du requérant a fait valoir que ces cadets n'étaient pas employés par l'armée. Selon lui, ils ne recevaient aucun «salaire» et ne faisaient aucun travail pour l'armée. Il les a comparés à des adolescents qui recevaient une formation dans un camp d'été. L'avocat des intimés a soutenu pour sa part qu'ils étaient des employés, au service des Forces armées, qui recevaient de l'argent pour leurs services et dont l'armée bénéficiait de la présence. Bien que dans un texte et un raisonnement quelque peu confus, le tribunal a semblé conclure que les articles 7 et 10 s'appliquaient à ces circonstances, et j'abonde dans le même sens.

Remembering the broad and liberal approach that must be taken to this type of legislation, I have no difficulty in concluding that Mark Rosin was an “employee”, as this term is used in human rights legislation, during the time he was a cadet in 1984. There is little in the way of specific definitions of employment either in the human rights legislation nor in the cases themselves. (See Tarnopolsky and Pentney, *supra*, chapter 12.) What is clear is that courts have interpreted the words broadly, finding employment relationships to exist in this context where in other contexts they might not have so found. Normally, for employment relations to exist, money is paid as wages to someone who works for the person who pays those wages, but in the human rights context the situation is much more flexible. The cases about vicarious liability are not particularly helpful here. What is necessary is to give the word employment a “liberal interpretation”. (See McDonald J. in *Frank Cormier v. Alberta Human Rights Commission* (1984), 5 C.H.R.R. D/2441.)

There are cases where an employment relationship has been found for the purposes of this legislation even though salary was not paid by an “employer” nor was work done directly for the employer. In *Pannu v. Prestige Cab Ltd.* (1987), 8 C.H.R.R. D/3909, for example, where members of the Sikh faith were denied positions because of their religion, the Alberta Queen’s Bench held that an employment relationship existed, even though the individual taxi drivers did not work for and were not paid any remuneration by Prestige Cab, which operated a fleet of taxis. They earned money by working but it was not paid to them by the taxi fleet operator. “The mode of payment . . . is not determinative of the relationship”, concluded Mr. Justice Bracco [at page D/3911]. This decision was affirmed by the Alberta Court of Appeal [(1987), 8 C.H.R.R. D/3911], Chief Justice Laycraft explaining that here, because of the need to interpret liberally, the word “employ” may be used “in the sense of ‘utilize’”. Although there may not have been an employment relationship in the traditional sense, there certainly was in the

Tenant compte du principe selon lequel il faut accorder à ce genre de loi une interprétation large et libérale, je n’ai aucune difficulté à conclure que Mark Rosin était un «employé» au sens où ce terme est utilisé dans les lois en matière de droits de la personne, lorsqu’il était cadet en 1984. Les lois sur les droits de la personne et la jurisprudence elle-même contiennent très peu de définitions précises de ce qu’est un emploi. (Voir Tarnopolsky and Pentney, précité, chapitre 12). Ce qui est clair, cependant, c’est que les tribunaux ont interprété ces mots de façon large, concluant à l’existence de rapports employeur-employé dans ce contexte, alors que dans d’autres contextes, ils ont pu n’en trouver aucun. Normalement, le rapport employeur-employé existe lorsqu’une rémunération est versée à une personne qui travaille pour la personne qui verse la rémunération, mais dans le contexte des droits de la personne, la situation est beaucoup plus souple. La jurisprudence portant sur la responsabilité du fait d’autrui n’est pas particulièrement utile ici. Ce qui est nécessaire est de donner au mot emploi une «interprétation libérale». (Voir la décision du juge McDonald dans *Frank Cormier v. Alberta Human Rights Commission* (1984), 5 C.H.R.R. D/2441.)

Il existe des cas où on a conclu qu’un rapport employeur-employé existait pour les besoins de cette législation, même si un «employeur» ne versait pas de salaire et qu’aucun travail n’était effectué directement pour l’employeur. Dans *Pannu v. Prestige Cab Ltd.* (1987), 8 C.H.R.R. D/3909, par exemple, où les adeptes de la religion Sikh s’étaient vu refuser des postes en raison de leur religion, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a statué qu’il existait un rapport employeur-employé, même si les chauffeurs de taxi en tant que tels ne travaillaient pas pour le compte de Prestige Cab, l’exploitant d’un parc de taxis, dont ils ne recevaient aucune rémunération. Ils gagnaient de l’argent en travaillant, mais cet argent ne leur était pas versé par l’exploitant du parc de taxis. Le juge Bracco [à la page D/3911] a conclu que [TRADUCTION] «Le mode de rémunération . . . ne détermine pas le rapport». Cette décision a été confirmée par la Cour d’appel de l’Alberta [(1987), 8 C.H.R.R. D/3911]. Le juge en chef Laycraft a alors expliqué qu’en raison de la nécessité de procéder à une interprétation libérale,

sense meant in this type of legislation, that is, "utilization".

Another example of an employment relationship being found in the context of human rights legislation, where it might have been otherwise in another situation, was *Re Prue* (1984), 57 A.R. 140 (Q.B.), a case of age discrimination. Associate Chief Justice Miller, relying on the recent trend in the cases, found that a board of commissioners of police and a police chief were employers for the purposes of human rights legislation, even though the salaries of the officers were paid by and the actual employment contract was with the City of Edmonton, because the Act was "remedial legislation" and "as such it is entitled to a fair, broad and liberal definition". There may not have been an employment contract with those doing the discriminating, but there was a sufficient employment relationship nevertheless. At page 151, Miller A.C.J. proclaimed:

I find the words were used in a sense to permit Albertans to be protected from wrongful discrimination in the manner in which they seek a livelihood. These words used in the Act are such forward looking words. They seek to protect Albertans from wrongful discrimination regardless of the particular mode of earning income which the individual might choose. Thus Albertans are protected in their ability to compete on an equal basis. The ancient common law master-servant relationship cannot have been intended to apply to define the meaning of these words in a manner allowing technical legal rules to limit the rights of any Albertans.

I can see no public policy that would favour the narrow technical meaning that has been argued for these words. Counsel argue that if I find that the words apply to an "office holder" then a person might complain of wrongful discrimination in, say, the appointments of Provincial Court Judges. I do not see the reason for fearing such an application, should it ever arise. Surely the Halls of Justice are not a place where wrongful discrimination should be accepted while the rest of Alberta society is to be conducted at a higher standard. The administration of justice must serve as an example of the operation of truth in the open forum of the courtroom. It should not shield behind fanciful notions and place itself above the law. The argument applies a fortiori to other servants of the administration of justice, including policemen. How can one say that wrongful discrimination might be acceptable in the administra-

le mot «emploi» pouvait être utilisé «dans le sens d'utiliser». Encore qu'un rapport employeur-employé n'existait pas au sens traditionnel, il en existait certainement un dans le sens envisagé par ce genre de loi, c'est-à-dire «l'utilisation».

Un autre exemple de cas où on a conclu qu'il existait un rapport employeur-employé dans le contexte des lois sur les droits de la personne, conclusion qui n'aurait peut-être pas pu être tirée dans une autre situation, se trouve dans l'affaire *Re Prue* (1984), 57 A.R. 140 (B.R.), décision ayant trait à la discrimination fondée sur l'âge. Le juge en chef adjoint Miller, s'appuyant sur la tendance récente de la jurisprudence, a conclu qu'une commission de police et un chef de police étaient des employeurs aux fins de la législation sur les droits de la personne, même si les salaires des agents de police étaient versés par la ville d'Edmonton et que le contrat d'emploi lui-même était conclu par la ville d'Edmonton, parce que la Loi était une [TRADUCTION] «loi réparatrice» et [TRADUCTION] «comme telle, elle doit recevoir une interprétation juste, large et libérale». Il n'existait peut-être pas de contrat d'emploi avec les auteurs de la discrimination, mais il existait néanmoins un rapport suffisant employeur-employé. À la page 151, le juge en chef adjoint Miller a déclaré:

[TRADUCTION] Je trouve que les mots ont été utilisés dans un sens qui permet aux albertains d'être protégés contre la distinction illicite dans la manière dont ils cherchent à gagner leur vie. Les mots utilisés dans la Loi sont des mots avant-gardistes. Ils cherchent à protéger les albertains contre la distinction illicite, indépendamment du mode particulier que chacun pourrait choisir pour gagner sa vie. Ainsi, les albertains sont protégés quant à leur capacité de se faire concurrence sur un pied d'égalité. On n'aurait pas pu s'attendre à ce que l'ancien rapport employeur-employé de la common law s'applique pour définir la signification de ces mots de manière à permettre à des règles légales techniques de limiter les droits des albertains.

Je ne peux voir aucun intérêt public qui pût favoriser la signification technique étroite qu'on a voulu donner à ces mots. Les avocats prétendent que si je conclus que les mots s'appliquent au «titulaire d'une charge», alors une personne pourrait se plaindre de distinction illicite, par exemple dans la nomination des juges de la Cour provinciale. Je ne vois aucune raison de redouter une telle application, si le cas devait se présenter. Sûrement, les Palais de justice ne sont pas des endroits où la distinction illicite devrait être acceptée alors que le reste de la société albertaine doit être régie par une norme plus élevée. L'administration de la justice doit servir à illustrer l'application de la vérité dans la tribune publique qu'est une salle d'audience. Elle ne devrait pas s'abriter derrière des notions factices et se placer au-dessus de la loi. L'argument s'applique a fortiori aux autres agents de l'administration de la justice, y compris aux

tion of justice? Yet this would be the effect of looking to the narrow meaning of the words in the Act that have been suggested to me.

This Court has recently indicated that it will also accord a broad and liberal meaning to the word "employ", as used in the *Canadian Human Rights Act*. In *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1991] 1 F.C. 571 (C.A.) a cook was dismissed by CP when it was discovered that he was suffering from AIDS. He was actually not "under contract" with CP but worked for a subcontractor, Smith (1960) Limited, who paid his salary and assigned him to cook for a CP railroad gang in Saskatchewan. Chief Justice Iacobucci agreed with the "authorities that gave a broader meaning to 'employ' than that afforded by the technical master-servant relationship". He quoted Chief Justice Laycraft in *Pannu (supra)* and adopted the meaning of "to employ" as "to utilize", concluding that the tribunal was correct in deciding that "CP indirectly refused to continue to employ Mr. Fontaine".

In the light of these authorities, I find that the tribunal was correct in holding that sections 7 and 10 were applicable to Rosin. Although he may not have been an employee in the traditional sense of master and servant, he was in the sense meant to be covered by this legislation. There was a situation of control over him, there was some remuneration and there was clearly some benefit derived by the Armed Forces from his attendance. He was certainly being "utilized" by the Armed Forces.

Rosin was controlled in many ways: he was required to wear a cadet uniform; he had to obey all the rules and follow all the commands he received; he ate what he was fed and slept when he was told to sleep. In short, he was very closely controlled by the Armed Forces in all that he did. This element of control is enshrined in the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, which reads, in part:

46. (1) The Minister may authorize the formation of cadet organizations under the control and supervision of the Canadian Forces to consist of persons not less than twelve years of age who have not attained the age of nineteen years.

policiers. Comment peut-on dire que la distinction illicite pourrait être acceptable dans l'administration de la justice? Pourtant, ce serait là l'effet qui en résulterait si on accordait aux mots utilisés dans la Loi la signification étroite qui m'a été proposée.

La présente Cour a récemment indiqué qu'elle accordera également une interprétation large et libérale au mot «emploi» utilisé dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Dans *Canadian Pacific Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1991] 1 C.F. 571 (C.A.), un cuisinier avait été congédié par le CP lorsqu'on avait découvert qu'il souffrait du sida. En fait, il n'était pas «lié par contrat» au CP, mais travaillait pour un sous-traitant, Smith (1960) Limited, qui payait son salaire et l'avait affecté à cuisiner pour une équipe de cheminots du CP en Saskatchewan. Le juge en chef Iacobucci s'est dit d'accord avec la «jurisprudence qui a accordé une signification plus large au terme "emploi" que celle qu'offre le rapport technique employeur-employé». Il a cité la décision du juge en chef Laycraft dans l'affaire *Pannu* (précité) et adopté comme signification du verbe «employer» le sens d'«utiliser», pour conclure que le tribunal avait décidé à juste titre que «CP avait indirectement refusé de continuer d'employer M. Fontaine».

À la lumière de cette jurisprudence, je conclus que le tribunal a statué à bon droit que les articles 7 et 10 étaient applicables à Rosin. Même s'il a pu ne pas être un employé au sens traditionnel d'employeur-employé, il était au sens visé par cette législation. Une situation d'autorité existait à son endroit, une certaine rémunération était versée et les Forces armées tiraient manifestement quelque avantage de sa présence. Il était certainement «utilisé» par les Forces armées.

Rosin était placé de diverses façons sous une autorité: il était tenu de porter un uniforme de cadet; il devait obéir à toutes les règles et suivre tous les ordres qu'il recevait; il mangeait ce qu'on lui donnait et se couchait lorsqu'on lui disait de se coucher. Bref, les Forces armées exerçaient une autorité très étroite sur tous ses actes. Cet élément d'autorité est inscrit dans la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5, qui prévoit en partie comme suit:

46. (1) Le ministre peut autoriser la constitution, sous l'autorité et la surveillance des Forces canadiennes, d'organisations de cadets dont l'âge se situe entre douze et dix-neuf ans.

(2) The cadet organizations referred to in subsection (1) shall be trained for such periods, administered in such manner, provided with materiel and accommodation under such conditions and shall be subject to the *authority and command* of such officers as the Minister may direct. [Italics mine.]

As for remuneration, Rosin may not have been paid a salary as such, but he received \$240 when he was removed from the course, the same amount he would have received had he completed it. This was called an honorarium by the Armed Forces, but it was nevertheless money paid to the cadets at the end of the summer sessions. Children at summer camp do not receive any money at all. On the contrary, they pay to go. In addition, Rosin received room and board, which, although not payment in the usual sense, is certainly something of value that was given to him while he attended the course.

As far as the work done by Rosin is concerned, it may be said that he did not do any productive work, in the traditional sense of the word, and that he was merely being trained and taught. It should be pointed out, however, that in many present-day jobs, employees frequently receive education and training which is considered by their employers to be part of their work or duties. They are usually paid a salary during these education or training periods. One cannot help but note also that, except in time of war or emergency, the work of the regular Armed Forces is in large part that of training, of getting into a state of readiness and of staying prepared so that they may respond swiftly and effectively if called upon. Moreover, these camps for army cadets are not operated for altruistic reasons alone; the Armed Forces expressly set out in their regulations that they wish to recruit from among these cadets future members of the Armed Forces. This is probably what was meant by the tribunal when it discussed "salaries . . . paid by implication" in "recruiting cadets and people who may join the Forces in the future". In other words, there were potential benefits that might be garnered by the Armed Forces from the participation of these cadets in these summer programs.

(2) Le ministre peut fixer les périodes d'instruction des organisations de cadets, la manière dont elles sont administrées, les conditions auxquelles matériels et logement leur sont fournis, et désigner les officiers sous *l'autorité et le commandement* desquels elles sont placées. [Les italiques sont de moi.]

a

Pour ce qui est de la rémunération, Rosin ne recevait peut-être pas un salaire comme tel, mais il a reçu 240 \$ lorsqu'il a été retiré du cours, somme qu'il aurait reçue s'il avait terminé le cours. Les Forces armées appelaient cette somme des honoraires, mais il s'agissait tout de même d'argent versé aux cadets à la fin des sessions d'été. Les enfants qui vont dans des camps d'été ne reçoivent pas d'argent du tout. Au contraire, ils doivent payer pour y aller. De plus, Rosin était logé et nourri, ce qui, bien que ne constituant pas un paiement au sens usuel, constitue certainement une chose d'une certaine valeur qu'on lui donnait pendant qu'il assistait au cours.

d

Pour ce qui est du travail effectué par Rosin, on peut dire qu'il ne faisait aucun travail productif, au sens traditionnel du terme, et qu'il ne recevait simplement qu'une formation et un enseignement. Il convient de noter, cependant, que de nos jours, dans beaucoup d'emplois, les employés reçoivent fréquemment une éducation et une formation qui sont considérés par leurs employeurs comme faisant partie de leur travail ou leurs fonctions. Généralement, ils reçoivent un salaire pendant ces périodes d'éducation ou de formation. On ne peut s'empêcher de noter également que, sauf en cas de guerre ou d'urgence, le travail des Forces armées régulières revient en grande partie à être formées à se mettre en état de préparation et à demeurer prêtes de façon à pouvoir répondre rapidement et efficacement en cas de besoin. Par ailleurs, ces camps de cadets ne sont pas organisés uniquement à des fins altruistes; dans leurs règlements, les Forces armées indiquent expressément qu'elles souhaitent recruter parmi ces cadets les futurs membres des Forces armées. C'est probablement ce que voulait dire le tribunal lorsqu'il a examiné [TRADUCTION] «les salaires . . . versés implicitement» dans le «recrutement des cadets et des gens qui pourraient s'enrôler dans les Forces armées dans l'avenir». En d'autres termes, la participation de ces cadets à ces programmes d'été pouvait éventuellement profiter aux Forces armées.

e

f

g

h

i

j

I have no difficulty, therefore, in concluding, considering all of these matters — control, remuneration and benefit — that the Armed Forces employed Rosin, in the sense meant by the *Canadian Human Rights Act*, during the summer of 1984. There was, consequently, a *prima facie* breach of sections 7 and 10.

3. *Bona Fide Occupational Requirement* (BFOR)

Having decided that the *Canadian Human Rights Act* is applicable and that, *prima facie*, sections 5, 7 and 10 have been breached, it is now necessary to determine whether the tribunal was correct in holding that the discrimination was not justified on the evidence presented at the hearing.

Section 15 of the *Canadian Human Rights Act* reads, in part:

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;

(g) in the circumstances described in section 5 or 6, an individual is denied any goods, services, facilities or accommodation or access thereto or occupancy of any commercial premises or residential accommodation or is a victim of any adverse differentiation and there is *bona fide* justification for that denial or differentiation.

It is clear that acts done in apparent violation of section 5 may be justified pursuant to paragraph 15(g) and conduct contrary to sections 7 and 10 may be excused pursuant to paragraph 15(a). The standards set out in these two provisions are very similar. It has recently been made clear by the Supreme Court of Canada that there is no difference between a *bona fide* occupational requirement and a *bona fide* occupational qualification. "they are equivalent and co-extensive terms." (See *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at page 502 *per* Wilson J.) Similarly, it might be concluded that the two phrases — "*bona fide* occupational requirement" (as in paragraph 15(a)) and "*bona fide* justification" (as in paragraph 15(g)) convey the same meaning, except that the former is applicable to employment situations, whereas the latter is used in other contexts. The choice of these different words used to justify *prima facie* discrimination, therefore, are matters of style rather

Je n'ai par conséquent aucune difficulté à conclure, compte tenu de tous ces facteurs — autorité, rémunération et avantages — que les Forces armées employaient Rosin, au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* au cours de l'été 1984. Il y avait donc, à première vue, violation des articles 7 et 10.

3. Exigences professionnelles justifiées (EPJ)

Ayant décidé que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est applicable et qu'à première vue, les articles 5, 7 et 10 ont été violés, il est maintenant nécessaire de déterminer si le tribunal avait raison de statuer que la discrimination n'était pas justifiée compte tenu de la preuve présentée à l'audience.

L'article 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit en partie ce qui suit:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

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

g) le fait qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public, ou de locaux commerciaux ou de logements en prive un individu ou le défavorise lors de leur fourniture pour un motif de distinction illicite, s'il a un motif justifiable de le faire.

Il est clair que les actes accomplis en violation apparente de l'article 5 peuvent être justifiés conformément à l'alinéa 15g) et que les actes contraires aux articles 7 et 10 peuvent être justifiés conformément à l'alinéa 15a). Les normes énoncées dans ces deux dispositions sont très semblables. La Cour suprême du Canada vient de préciser qu'il n'existe pas de différence entre les expressions exigences professionnelles réelles et qualifications professionnelles réelles. «il s'agit de termes équivalents et de même portée.» (Voir le juge Wilson dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la page 502.) De la même manière, on pourrait conclure que les deux expressions — «exigences professionnelles justifiées» (alinéa 15a)) et «motif justifiable» (alinéa 15g)) — ont la même signification, sauf que la première expression est applicable aux situations d'emploi, alors que la deuxième est utilisée dans d'autres contextes. Le choix de ces différents termes pour

than of substance. I shall refer henceforth to both of the above phrases as BFOR.

The law of BFOR has been clarified to some extent by the Supreme Court in the recent decision of *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)* (*supra*). Madame Justice Wilson, writing for the majority (4-3) held that, in cases of direct discrimination (which, it was agreed, was the situation in this case), the employer must justify the discriminatory rule as a whole. It is not necessary, as it is in cases of indirect discrimination, to take into account any measures adopted to accommodate any individuals involved. In cases of direct discrimination, the rule stands or falls in its entirety, since it applies to all members of the group equally. In assessing the validity of such a rule, the tribunal must decide whether it was "reasonably necessary" to ensure the efficient performance of the job without endangering the safety of the employee, fellow employees and the public. The onus is on the employer to establish that the rule or standard is a BFOR. It is not enough to rely on assumptions and so-called common sense; to prove the need for the discriminatory rule convincing evidence and, if necessary, expert evidence is required to establish this on the balance of probabilities. Without that requirement, the protection afforded by human rights legislation would be hollow indeed. Hence, it is necessary, in order to justify *prima facie* direct discrimination, to demonstrate that it was done in good faith and that it was "reasonably necessary" to do so, which is both a subjective and an objective test. (See *Central Alberta Dairy Pool, supra*; *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, per McIntyre J. See also *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament* (1986).)

The tribunal's decision concerning the evidence of BFOR is attacked on at least three grounds. The first is that it ignored the evidence of the

justifier une discrimination à première vue ne constitue donc qu'une question de forme plutôt qu'une question de fond. Je mentionnerai par conséquent les deux expressions sous le sigle d'EPJ.

^a En matière d'EPJ, le droit a été précisé dans une certaine mesure par la Cour suprême dans la récente décision qu'elle a rendue dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)* (précité). Au nom de la majorité (4-3), madame le juge Wilson a statué que, lorsqu'une règle crée une discrimination directe (ce qui était, d'un commun accord, le cas en l'espèce), l'employeur doit justifier la règle discriminatoire dans sa totalité. Il n'est pas nécessaire, comme c'est le cas en matière de discrimination indirecte, de tenir compte des mesures d'accommodement adoptées à l'égard des personnes en cause. En cas de discrimination directe, la règle demeure ou tombe en entier, puisqu'elle s'applique également à tous les membres du groupe. Pour décider de la validité d'une telle règle, le tribunal doit décider si elle était «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution efficace du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public. Il incombe à l'employeur d'établir que la règle ou la norme est une EPJ. Il ne suffit pas de s'appuyer sur des présomptions et sur le soi-disant bon sens; pour établir la nécessité de la règle discriminatoire, une preuve convaincante et, si nécessaire, une preuve d'expert est nécessaire pour l'établir suivant la prépondérance des probabilités. Sans cette exigence, la protection offerte par les lois en matière de droits de la personne serait effectivement vide de sens. Par conséquent, il est nécessaire, pour justifier une discrimination directe à première vue, de démontrer qu'elle a été faite de bonne foi et qu'il était «raisonnablement nécessaire» de le faire, ce qui constitue à la fois un critère subjectif et objectif. (Voir *Central Alberta Dairy Pool*, précité; le juge McIntyre dans *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; voir également *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport spécial au Parlement* (1986).)

^j La décision du tribunal concernant la preuve de l'EPJ, est attaquée sur au moins trois moyens. En premier lieu, on prétend que le tribunal a ignoré la

Forces' experts to the effect that one-eyed parachutists posed an increased risk to themselves and others. If the evidence was ignored totally, it was urged that this would be an error of law, leading to an order setting aside the decision. If, however, the evidence was not totally ignored, but was weighed along with the other evidence and found unpersuasive, it would be within the discretion of the tribunal to reject it. There was evidence of an ophthalmologist, Dr. (Capt.) L. T. Green, who, although not a parachutist, indicated that one-eyed people have a restricted field of vision and their depth perception is affected, which, in his view, might increase the risk of an accident. However, the tribunal felt that the witness' testimony about the risk was not necessarily his own view but was "something advised by someone and which he accepted in good faith." The applicant also called two expert parachutists, Lt. Col. D. Bondurant and Capt. Vida, who described the risk posed by one-eyed parachutists, but no statistical data was offered establishing that monocular parachutists were more prone to accidents than other parachutists. The tribunal noted that these so-called experts had no training in risk management, indicating it was not impressed with their evidence. The tribunal, therefore, did not accept this evidence on the ground that it was "impressionistic", using the language of the *Eto-bicoke* case. The tribunal also had before it the conflicting evidence of Lt. Col. (ret.) A. Bellavance, who testified for Rosin. He agreed that the more a parachutist can see, the better it is. However, he also indicated that one-eyed people can do parachuting and that other countries did not bar one-eyed parachutists from their armed forces. The tribunal also considered an article about monocular vision which was ambiguous about the risks involved in various activities. The tribunal, perhaps somewhat careless in its use of language, concluded that there was "no evidence" as to the BFOR. On a careful reading of the reasons, however, it can be seen that this wording was meant to convey not that there was "no evidence" but that the evidence of the applicant was not convincing for the tribunal — something it was entitled to conclude. In short, on all the evidence before the tribunal, it was not satisfied by the applicant that an increased risk justifying the BFOR had been proven. This Court

preuve présentée par les experts des Forces armées, selon laquelle les parachutistes borgnes présentaient un risque accru pour eux-mêmes et pour autrui. Si cette preuve était entièrement écartée, on a prétendu que cela équivaldrait à une erreur de droit, donnant lieu à une ordonnance infirmant la décision. En revanche, si la preuve n'était pas totalement écartée, mais qu'elle avait été examinée avec les autres éléments de preuve et qu'on l'avait trouvée peu convaincante, le tribunal aurait le pouvoir discrétionnaire de la rejeter. Le Dr (capitaine) L. T. Green, ophtalmologiste, a témoigné, sans être lui-même parachutiste, que les borgnes avaient un champ de vision restreint et que leur perception était affectée, ce qui, à son avis, pouvait accroître le risque d'accident. Le tribunal a cependant estimé que ce témoignage portant sur la question du risque n'était pas nécessairement son point de vue, mais constituait [TRADUCTION] «une chose avancée par quelqu'un et qu'il acceptait de bonne foi». Le requérant a également fait témoigner deux experts en parachutisme, le Lt. col. D. Bondurant et le cap. Vida, qui ont décrit le risque que posaient les parachutistes borgnes, mais aucune donnée statistique n'a été présentée pour établir que les parachutistes borgnes étaient plus portés que d'autres à faire des accidents. Le tribunal a noté que ces soi-disant experts n'avaient aucune formation en gestion des risques, soulignant qu'il n'était pas impressionné par leur témoignage. Il n'a donc pas accepté cette preuve pour le motif qu'elle était «impressionniste», empruntant alors le terme utilisé dans l'arrêt *Eto-bicoke*. Le tribunal était également saisi de la preuve contradictoire du Lt. col. (retraité) A. Bellavance, qui a témoigné pour le compte de Rosin. Il a convenu que plus un parachutiste peut voir, mieux c'est. Néanmoins, il a également indiqué que des personnes borgnes peuvent se livrer au parachutisme et que d'autres pays n'interdisaient pas aux parachutistes borgnes de s'enrôler dans leurs forces armées. Le tribunal a également examiné un article sur l'éborgnement dont les conclusions relatives aux risques qu'elle présentait dans différentes activités étaient ambiguës. Le tribunal, peut-être avec une certaine négligence linguistique, a conclu qu'il n'y avait «aucune preuve» quant à l'EPJ. Cependant, en lisant soigneusement les motifs, on peut voir que cette formulation était destinée à indiquer non pas qu'il n'y avait «aucune preuve», mais que la preuve présentée par le requé-

cannot interfere with such a conclusion when it is based on evidence, which it was.

A second complaint of the applicant is, that if any degree of risk is proven, however small, a BFOR is established. I have already indicated that the tribunal was not satisfied by the evidence that there was any increased risk. Hence, it is not necessary to deal with this issue. If it were, one would have to take into account the *Central Alberta Dairy Pool* case, where Madame Justice Wilson indicated that the *Bhinder* case may have been incorrectly decided on the basis that the increased risk there was only marginal, and, hence, may not have been sufficient to support the BFOR defence. (See also to the same effect as *Bhinder*, *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209 (C.A.).)

The third criticism of the decision is that it took into account certain of Rosin's individual characteristics in determining whether a BFOR had been established. It is true that, in cases of direct discrimination, the characteristics of any particular individual are not relevant. Either the provision applies to all persons in the group or to none of the individuals in it. The question in this direct discrimination case is not whether the individual in question can do the job, but whether a monocular parachutist can do the job. While the tribunal certainly mentioned the attributes of Mr. Rosin, and took comfort in them, it did not rely on them in holding that the standard was not a BFOR. A close reading of the reasons indicates that the tribunal would have found that the regulation was an improper generalization in any event. After all, people wearing glasses were allowed to enter the course, even though it was shown that some of them removed their glasses when jumping. Others were said to close their eyes when they jumped. Further, even if the rule excluding monocular people were considered valid in the abstract, it did not hold true for one-eyed persons with the charac-

rant n'avait pas convaincu le tribunal — conclusion qu'elle était en droit de tirer. Bref, le tribunal n'était pas convaincu, compte tenu de toute la preuve que lui avait présentée le requérant, que la preuve de risque accru justifiant l'EPJ avait été faite. La présente Cour ne peut intervenir dans une telle conclusion fondée comme elle l'était sur la preuve.

La deuxième plainte du requérant est que, si quelque degré de risque est prouvé, quelque minime soit-il, une EPJ est établie. J'ai déjà indiqué que la preuve n'avait pas convaincu le tribunal de l'existence d'un risque accru. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'aborder cette question. Le cas échéant, il faudrait tenir compte de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, dans lequel le juge Wilson a indiqué que l'arrêt *Bhinder* était peut-être mal fondé pour le motif que le risque accru dans les circonstances n'était que très léger et, ainsi, n'aurait pas pu fonder la défense d'EPJ. (Voir également dans le même sens que l'arrêt *Bhinder*, *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209 (C.A.).)

La troisième critique formulée à l'endroit de la décision est qu'elle avait pris en considération certaines caractéristiques personnelles de Rosin en déterminant si une EPJ avait été établie. Il est vrai que dans les cas de discrimination directe, les caractéristiques d'une personne en particulier ne sont pas pertinentes. La disposition doit s'appliquer soit à toutes les personnes faisant partie du groupe, soit à aucune d'elles. La question en matière de discrimination directe n'est pas de savoir si la personne en cause peut faire le travail, mais de savoir si un parachutiste borgne peut le faire. Bien que le tribunal ait certainement mentionné les attributs de M. Rosin et qu'il s'en soit inspiré, il ne s'est pas fondé sur ces attributs pour statuer que la norme ne constituait pas une EPJ. Une lecture minutieuse des motifs révèle que le tribunal aurait conclu que le règlement était de toute façon une généralisation illicite. Après tout, les personnes qui portaient des lunettes étaient admises au cours, même s'il avait été établi que certaines d'entre elles retiraient leurs lunettes lorsqu'elles sautaient. D'autres, disait-on, se fermaient les yeux lorsqu'elles sautaient. De plus, même si

teristics, vision and adaptability of people like Rosin, rather than Rosin himself.

The tribunal had sufficient evidence before it to come to the factual conclusions it did and to make the finding it did on the BFOR issue. Hence, it is not open to this Court to interfere.

4. Remedies

Among the remedies provisions of the *Canadian Human Rights Act*, are subsections 53(2), 53(3) and section 54 which read:

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:

(a) that the person cease the discriminatory practice and, in order to prevent the same or a similar practice from occurring in the future, take measures, including

(i) adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1) or

(ii) the making of an application for approval and the implementing of a plan pursuant to section 17,

in consultation with the Commission on the general purposes of those measures;

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

(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

(d) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

(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

dans l'abstrait, on considèrerait valide la règle excluant les personnes borgnes, elle n'était pas vraie dans le cas des borgnes jouissant des caractéristiques, de la vision et de la faculté d'adaptation de gens comme Rosin, plutôt que dans celui de Rosin lui-même.

Le tribunal était saisi d'une preuve suffisante pour tirer comme il a fait ses conclusions sur les faits et pour tirer comme il a fait sa conclusion sur la question de l'EPJ. Par conséquent, il n'est pas loisible à la présente Cour d'intervenir.

4. Redressements

Parmi les dispositions réparatrices de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, on compte les paragraphes 53(2) et 53(3), ainsi que l'article 54, dont voici le texte:

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:

a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment:

(i) d'adopter un programme, plan ou arrangement visé au paragraphe 16(1),

(ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en œuvre un programme prévu à l'article 17;

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

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;

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

(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 inconsideré;

(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.

54. (1) Where a Tribunal finds that a complaint related to a discriminatory practice described in section 13 is substantiated, it may make only an order referred to in paragraph 53(2)(a).

(2) No order under subsection 53(2) may contain a term

(a) requiring the removal of an individual from a position if that individual accepted employment in that position in good faith; or

(b) requiring the expulsion of an occupant from any premises or accommodation, if that occupant obtained such premises or accommodation in good faith.

The tribunal made an order granting four remedies, as follows [at page D/6257]:

1. The complainant be placed in a program which is similar to that which he had taken, preferably the cadet course, at the next available time, or a similar course which would be suitable to him and the respondent, and he is to be given the opportunity to take either the full course or the partial course, and we further order that any rules which would restrict a person merely by having monocular vision be rewritten so as to eliminate the situation from reoccurring, and in particular the visual, geographical and occupational rules that would prevent a person with one eye from taking a parachute course be modified or suspended forthwith.

2. Although the complainant has not specifically indicated that he wishes any compensation, the Tribunal awards the complainant for loss and hurt feelings pursuant to s. 53(3)(b) the amount of \$1,500.

3. There will be a calculation of interest under the *Interest Act* which interest will be calculated from a date thirty days from the date of this judgment.

4. It is also ordered that all expenses relating to transportation, food, uniform and other requirements will be paid for by the respondent, as well as the fact that the Tribunal orders that the respondent is not to, in its manner of placing the complainant in the parachutist course, delete in any way, shape or form the number of persons who would ordinarily come from the geographical area from where the complainant came, nor from any other area and the complainant is to be given a fair and reasonable opportunity to meet all tests and not receive any further discrimination.

The applicant challenges two of them. First, it is contended that there was no jurisdiction to make the order allowing interest as was done under number 3. I do not accept this submission. While there is no specific provision expressly granting human rights tribunals the power to give interest,

b) que la victime en a souffert un préjudice moral.

a

54. (1) Le tribunal qui juge fondée une plainte tombant sous le coup de l'article 13 ne peut rendre que l'ordonnance prévue à l'alinéa 53(2)a).

(2) L'ordonnance prévue au paragraphe 53(2) ne peut exiger:

a) le retrait d'un employé d'un poste qu'il a accepté de bonne foi;

b) l'expulsion de l'occupant de bonne foi de locaux, moyens d'hébergement ou logements.

c

Le tribunal a rendu une ordonnance accordant les quatre redressements suivants [à la page D/6257]:

1. Le plaignant sera inscrit dès que l'occasion se présentera à un programme comme celui qu'il suivait, de préférence le cours de cadet, ou à un cours semblables à sa convenance et à celle des mises-en-cause; il devra être autorisé à suivre le cours au complet ou en partie. Nous ordonnons aussi que tout règlement ayant pour effet de rejeter un candidat simplement parce qu'il ne voit que d'un oeil soit modifié de manière à éviter que pareille situation ne se produise; en particulier, les mises-en-cause devront immédiatement modifier tout règlement sur la vision ou sur les critères géographiques et professionnels qui empêcherait une personne borgne de suivre un cours de parachutisme, ou en suspendre l'application.

2. Bien que le plaignant n'ait pas demandé expressément une indemnisation, le Tribunal lui accorde un montant de 1 500 \$, conformément aux dispositions de l'al. 53(3)b), pour pertes et préjudice moral.

3. Le plaignant recevra aussi des intérêts calculés conformément aux dispositions de la *Loi sur l'intérêt*, à partir du trentième jour suivant la date du présent jugement.

4. Nous ordonnons également aux mise-en cause de défrayer le plaignant de toutes les dépenses qu'il a engagées, notamment pour ses transports, ses repas et ses uniformes. En outre, en faisant une place au plaignant dans le cours de parachutisme, les mises-en-cause ne devront modifier d'aucune façon le nombre de personnes qui pourraient s'inscrire à ce cours, qu'elles viennent ou non de la même région géographique que le plaignant; elles devront aussi faire des efforts justes et raisonnables pour permettre au plaignant de réussir toutes les épreuves auxquelles il sera soumis et pour ne plus exercer de discrimination contre lui.

Le requérant conteste deux de ces redressements. D'abord, on prétend que le tribunal n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance accordant l'intérêt, comme il l'a fait au point 3. Je n'accepte pas cette prétention. Bien qu'il n'existe pas de disposition conférant expressément aux tri-

it is included in the power granted to "order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine." (see subsection 53(3)). Such awards for interest have been ordered frequently by human rights tribunals. (See, for example, *Canadian Armed Forces v. Morgan*, Sept. 14, 1990 (C.H.R.T.); *Boucher v. Canada (Correctional Service)* (1988), 9 C.H.R.R. D/4910; *Chapdelaine v. Air Canada* (1987), 9 C.H.R.R. D/4449; *Hinds v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5683.) Specifically, interest has been allowed on awards for hurt feelings and loss of self-respect. (See, for example, *Kearns v. P. Dickson Trucking Ltd.* (1988), 10 C.H.R.R. D/5700; *Fontaine v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 11 C.H.R.R. D/288.)

Courts, including this Court, have held that interest may be awarded in other similar contexts, under the concept of "compensation", for to deny it would be to fail to make the claimant whole, especially in these days of high interest rates. (See *Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.* (1973), 4 L.C.R. 85 (B.C.C.A.) (expropriation case); *Re Westcoast Transmission Co. Ltd. and Majestic Wiley Contractors Ltd.* (1982), 139 D.L.R. (3d) 97 (B.C.C.A.), (commercial arbitrator); *Canadian Broadcasting Corp. v. C.U.P.E.*, [1987] 3 F.C. 515 (C.A.), *per MacGuigan J.A.*, (*Canada Labour Code*.)

Therefore, there is no reason to interfere with this remedy, which is available to human rights tribunals pursuant to the wording of the statute as interpreted in the jurisprudence.

Whereas no complaint is made in relation to most of paragraph 4, the applicant also argues that part of paragraph 4 was beyond the jurisdiction of the tribunal when it ordered the respondent [at page D/6257]:

... not to, in its manner of placing the complainant in the parachutist course, delete in any way, shape or form, the number of persons who would ordinarily come from the geographical area from where the complainant came, nor from any other area ...

bunaux des droits de la personne le pouvoir d'accorder de l'intérêt, ce pouvoir est inclus dans le pouvoir d'ordonner à l'auteur de l'acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars» (voir le paragraphe 53(3)). Les tribunaux des droits de la personne ont fréquemment accordé des intérêts. (Voir, par exemple, *Canadian Armed Forces c. Morgan*, 14 septembre 1990 (T.C.D.P.); *Boucher v. Canada (Correctional Service)* (1988), 9 C.H.R.R. D/4910; *Chapdelaine v. Air Canada* (1987), 9 C.H.R.R. D/4449; *Hinds v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5683.) L'intérêt a été expressément accordé dans le cas de la peine éprouvée et de la perte du respect de soi. (Voir, par exemple, *Kearns v. P. Dickson Trucking Ltd.* (1988), 10 C.H.R.R. D/5700; *Fontaine c. Canadien Pacifique Ltée* (1989), 11 C.H.R.R. D/288.)

Les tribunaux, y compris la présente Cour, ont statué que l'intérêt peut être accordé dans d'autres contextes semblables, sous la rubrique «indemnité», car le refuser reviendrait à ne pas indemniser complètement l'auteur de la demande, surtout dans la période actuelle de taux d'intérêt élevés. (Voir *Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.* (1973), 4 L.C.R. 85 (C.A.C.-B.) (cas d'expropriation); *Re Westcoast Transmission Co. Ltd. and Majestic Wiley Contractors Ltd.* (1982), 139 D.L.R. (3d) 97 (C.A.C.-B.) (arbitre commercial); le juge MacGuigan, J.C.A. dans *Société Radio-canada c. S.C.F.P.*, [1987] 3 C.F. 515 (C.A.), (*Code canadien du travail*.)

En conséquence, il n'est pas justifié d'intervenir dans ce redressement, que les tribunaux des droits de la personne peuvent accorder conformément au libellé de la loi tel qu'il a été interprété dans la jurisprudence.

Bien que le requérant ne conteste pas la plus grande partie du paragraphe 4, il soutient qu'une partie de ce paragraphe outrepassé la compétence du tribunal, lorsque ce dernier a ordonné à l'intimé [à la page D/6257]:

... ne devront modifier d'aucune façon le nombre de personnes qui pourraient s'inscrire à ce cours, qu'elles viennent ou non de la même région géographique que le plaignant ...

I am not persuaded that this aspect of the order was beyond the jurisdiction of the tribunal. It is sensible to cover this matter so as to ensure that no one is displaced as a result of the order of the tribunal. If this were not so ordered, there might follow an inadvertent violation of paragraph 54(2)(a) in that someone accepted for the course next year might be removed from a position accepted in good faith, something which is prohibited by the Act.

I am of the view that the order of the tribunal should be affirmed and the application dismissed.

HEALD J.A.: I concur.

STONE J.A.: I agree.

Je ne suis pas persuadé que cet aspect de l'ordonnance outrepassait la compétence du tribunal. Il est tout à fait juste d'aborder cette question de manière à assurer que nul ne sera lésé par suite de l'ordonnance du tribunal. L'absence d'une telle ordonnance pourrait donner lieu à la violation par inadvertance de l'alinéa 54(2)a), par exemple une personne admise au cours de l'année prochaine pourrait être retirée d'un poste accepté de bonne foi, ce que la Loi interdit.

Je suis d'avis que l'ordonnance du tribunal devrait être confirmée et que la requête devrait être rejetée.

^c LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris.

A-224-90

A-224-90

Her Majesty the Queen in Right of Alberta
(Appellant)

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta
(appelante)

v.

a
c.

The Edmonton Friends of the North Environmental Society, The Peace River Environmental Society A.K.A. Friends of the Peace, The Metis Association of the Northwest Territories, The Friends of the Athabasca Environmental Association, The Northern Light Society, and the Dene Nation (Respondents)

The Edmonton Friends of the North Environmental Society, également connue sous le nom de Friends of the Peace, The Metis Association of the Northwest Territories, The Friends of the Athabasca Environmental Association, The Northern Light Society et la Nation dénée (intimés)

INDEXED AS: EDMONTON FRIENDS OF THE NORTH ENVIRONMENTAL SOCIETY v. CANADA (MINISTER OF WESTERN ECONOMIC DIVERSIFICATION) (C.A.)

b
c
RÉPERTORIÉ: EDMONTON FRIENDS OF THE NORTH ENVIRONMENTAL SOCIETY c. CANADA (MINISTRE DE LA DIVERSIFICATION DE L'ÉCONOMIE DE L'OUEST CANADIEN) (C.A.)

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Heald and Stone J.J.A.—Edmonton, September 10; Ottawa, September 28, 1990.

d
Cour d'appel, juge en chef Iacobucci, juges Heald et Stone, J.C.A.—Edmonton, 10 septembre; Ottawa, 28 septembre 1990.

Practice — Parties — Joinder — Order adding Crown in right of Alberta as party respondent imposing conditions on cross-examination, pleadings, time frames, and costs — Status of party and intervenor different — R. 1716(2)(b) permitting addition of parties on such terms as Court thinks just — Order not just and reasonable because conditions tantamount to reducing status to that of intervenor — Discretion under R. 1716(2)(b) not absolute, but subject to reasonableness — Conditions deleted — Joinder proper, though no relief claimed against provincial Crown — Party whose rights directly affected by litigation should be able to appeal.

e
f
g
Pratique — Parties — Jonction — Ordonnance en vertu de laquelle la Couronne du chef de l'Alberta a été constituée partie intimée à certaines conditions en ce qui concerne les contre-interrogatoires, les plaidoiries, le calendrier établi et les dépens — La situation de partie est différente de celle d'intervenante — La Règle 1716(2)(b) permet d'ajouter des parties à une procédure judiciaire aux conditions que la Cour estime justes — L'ordonnance n'était pas juste et raisonnable, car les conditions équivalaient à réduire le rôle de la Couronne à celui d'intervenante — Le pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 1716(2)(b) n'est pas absolu, mais il doit être exercé de façon raisonnable — Conditions supprimées — La jonction a été faite à juste titre même si aucun redressement n'était réclamé contre la Couronne provinciale — La partie sur les droits de laquelle le litige influera directement devrait pouvoir interjeter appel.

Environment — Order joining provincial Crown as party respondent to s. 18 proceedings seeking to quash decisions of federal Ministers re: construction of pulp mill — Provincial rights as owner of railway bridge and spur and of natural resources directly affected by litigation — Joinder proper, although no relief claimed against Province, as should have right of appeal.

h
i
j
Environnement — Ordonnance constituant la Couronne provinciale partie intimée à une procédure judiciaire fondée sur l'art. 18 et visant l'annulation de décisions de ministres fédéraux concernant la construction d'une usine à papier — Le litige influe directement sur les droits de la province en tant que propriétaire d'un pont et d'un embranchement de chemin de fer et des ressources naturelles — La jonction a été faite à juste titre même si aucun redressement n'était réclamé contre la province, car celle-ci devait avoir un droit d'appel.

This was an appeal from an order adding the appellant as a respondent subject to very strict restrictions as to cross-examination, pleadings, time frames and costs. In imposing conditions, the Trial Judge relied by way of analogy on Rule 1716(2)(b), which permits the addition of parties "on such terms as [the Court] thinks just". The appellant was joined based on a belief that it "ought to have been joined" and to give it appeal rights.

Il s'agissait d'un appel formé contre une ordonnance en vertu de laquelle l'appelante a été constituée partie intimée dans la procédure judiciaire à des conditions très strictes en ce qui concerne les contre-interrogatoires, les plaidoiries, le calendrier établi et les dépens. En imposant ces conditions, le juge de première instance s'est, par analogie, appuyé sur la Règle 1716(2)(b), qui permet à la Cour, «aux conditions qu'elle estime justes», d'ordonner qu'une personne soit constituée partie. L'appelante a été constituée partie intimée parce que le juge croyait qu'elle «aurait dû l'être» et afin de lui accorder un droit d'appel.

The proceedings seek to quash decisions of several federal Ministers pertaining to the construction of a pulp mill and related facilities on the Peace River. The appellant asserted a direct interest in the outcome of the proceedings as owner of a railway spur and bridge across the Peace River being built incidentally to the construction of the pulp mill and as owner of natural resources in the province in respect of which the appellant enjoys exclusive constitutional jurisdiction, including the right to issue permits, licences and to generally manage these resources. The spur had been largely completed and bridge construction had commenced.

The issues were whether the Trial Judge, in imposing conditions, acted within the discretion conferred by Rule 1716(2)(b) and (by way of cross-appeal) whether the appellant should have been joined at all as respondent, since no relief was claimed against the Crown in right of Alberta and the Trial Division lacks jurisdiction to grant relief against Her under the invoked legislation.

Held, the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The order was not "just and reasonable" and the conditions imposed thereby should be deleted. Rule 1716 is not a rule for joining an intervenor, but for joining a party. There is a significant difference between the position of an intervenor and a party. The discretion conferred by Rule 1716(2)(b), while broad, is not absolute, but is subject to being exercised upon reasonable grounds. The Judge erred in imposing conditions which were so fundamental as to reduce the appellant's role almost to that of an intervenor rather than of a full party.

The appellant was properly joined even though no relief was claimed against Her. Parties have been joined against whom no relief was sought and, as here, where a party's rights will be directly affected by the outcome of the litigation so that he should have a right of appeal.

The possible enlargement and delay of the proceedings caused by the joinder of the appellant are consequences which may normally flow from any legal proceedings in which a third party's rights will be directly affected by the outcome.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1716(2)(b).
Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22.

La demande vise à obtenir l'annulation de décisions de plusieurs ministres portant sur la construction d'une usine de pâte à papier et d'installations connexes sur la rivière de la Paix. L'appelante affirmait avoir un intérêt direct dans l'issue de l'affaire en sa qualité de propriétaire d'un embranchement de chemin de fer et d'un pont que l'on était en train de construire sur la rivière de la Paix en même temps que l'usine de pâte à papier et en sa qualité de propriétaire des ressources naturelles situées dans la province et à l'égard desquelles elle jouit d'une compétence constitutionnelle exclusive et notamment du droit de délivrer des permis, des licences et, d'une manière générale, de gérer ces ressources naturelles. La construction de l'embranchement était terminée en grande partie et celle du pont était amorcée.

La question était de savoir si le juge de première instance, en imposant ces conditions, avait agi conformément au pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la Règle 1716(2)(b) et (par voie d'appel incident) si seulement l'appelante aurait dû être constituée partie intimée, étant donné qu'aucun redressement n'était réclamé contre la Couronne du chef de l'Alberta et que la Section de première instance n'a pas le pouvoir d'accorder un redressement contre elle en vertu des dispositions législatives invoquées.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli et l'appel incident rejeté.

L'ordonnance n'était pas «juste et raisonnable» et les conditions imposées devaient être supprimées. La Règle 1716 ne vise pas à constituer une personne intervenante, mais partie. Il y a une différence considérable entre la situation d'un intervenant et celle d'une partie. Le pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 1716(2)(b), tout en étant étendu, n'est pas absolu, mais son exercice doit être fondé sur des motifs raisonnables. Le juge s'est trompé en imposant des conditions si fondamentales qu'elles réduisaient le rôle de l'appelante davantage à celui d'une intervenante qu'à celui d'une partie à part entière.

L'appelante a été constituée partie intimée à juste titre même si aucun redressement n'était réclamé contre elle. Les tribunaux ont déjà constitué des personnes parties défenderesses même si aucun redressement n'était réclamé contre elles et, comme en l'espèce, lorsque l'issue du litige influera directement sur les droits de l'une des parties, afin que celle-ci puisse avoir un droit d'appel.

L'extension de la portée de la procédure judiciaire et le délai que pourrait apporter la présence de l'appelante en tant que partie intimée sont des conséquences qui peuvent normalement résulter d'une procédure judiciaire dans laquelle l'issue de l'affaire influera directement sur les droits d'une tierce partie.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), chap. N-22.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1716(2)(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd., [1971] F.C. 382; (1971), 12 C.P.R. (2d) 67 (C.A.).

REFERRED TO:

Corporation of the City of Toronto v. Morencie, [1989] 1 S.C.R. vii; *Halton Community Credit Union Ltd. v. ICL Computers Can. Ltd.* (1985), 3 C.P.C. (2d) 252 (Ont. C.A.); *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (F.C.A.); *International Business Machines Corporation v. Xerox of Canada Limited and Xerox Corporation* (1977), 16 N.R. 355 (F.C.A.); *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Indust. Can. Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40; 3 C.P.R. (3d) 143 (F.C.A.); *Ayscough v. Bullar* (1889), 41 Ch.D. 341 (C.A.); *Attorney-General v. Pontypridd Waterworks Company*, [1908] 1 Ch. 388 (Ch.D.); *Dene Nation v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 146 (T.D.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.); *Gurtner v. Circuit*, [1968] 2 Q.B. 587 (C.A.); *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357 (Q.B.D.).

COUNSEL:

Andrea B. Moen for appellant.

John J. Gill for respondents The Edmonton Friends of the North Environmental Society, The Peace River Environmental Society A.K.A. Friends of the Peace, The Metis Association of the Northwest Territories, The Friends of the Athabasca Environmental Association, The Northern Light Society, and the Dene Nation.

P. John Landry for Daishowa Canada Co. Ltd.

Ingrid C. Hutton, Q.C. for Minister of Western Economic Diversification, Minister of Transport, Minister of Fisheries and Oceans and Minister of Environment.

SOLICITORS:

Milner & Steer, Edmonton, for appellant.

McCuaig, Desrochers, Edmonton, for respondents The Edmonton Friends of the North Environmental Society, The Peace River Environmental Society A.K.A. Friends of the Peace, The Metis Association of the Northwest Territories, The Friends of the Athabasca Environmental Association, The

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Adidas (Can.) Ltd. c. Skoro Enterprises Ltd., [1971] C.F. 382; (1971), 12 C.P.R. (2d) 67 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Corporation de la ville de Toronto c. Morencie, [1989] 1 R.C.S. vii; *Halton Community Credit Union Ltd. v. ICL Computers Can. Ltd.* (1985), 3 C.P.C. (2d) 252 (C.A. Ont.); *Société des droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (C.A.F.); *International Business Machines Corporation c. Xerox of Canada Limited et Xerox Corporation* (1977), 16 N.R. 355 (C.A.F.); *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Indust. Can. Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40; 3 C.P.R. (3d) 143 (C.A.F.); *Ayscough v. Bullar* (1889), 41 Ch.D. 341 (C.A.); *Attorney-General v. Pontypridd Waterworks Company*, [1908] 1 Ch. 388 (Ch.D.); *La Nation dénée c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.); *Gurtner v. Circuit*, [1968] 2 Q.B. 587 (C.A.); *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357 (Q.B.D.).

AVOCATS:

Andrea B. Moen pour l'appelante.

John J. Gill pour les intimés The Edmonton Friends of the North Environmental Society, The Peace River Environmental Society, également connue sous le nom de Friends of the Peace, The Metis Association of the Northwest Territories, The Friends of the Athabasca Environmental Association, The Northern Light Society et la Nation dénée.

P. John Landry pour Daishowa Canada Co. Ltd.

Ingrid C. Hutton, c.r. pour le ministre de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien, le ministre des Transports, le ministre des Pêches et Océans et le ministre de l'Environnement.

PROCUREURS:

Milner & Steer, Edmonton, pour l'appelante.

McCuaig, Desrochers, Edmonton, pour les intimés The Edmonton Friends of the North Environmental Society, The Peace River Environmental Society, également connue sous le nom de Friends of the Peace, The Metis Association of the Northwest Territories, The Friends of the Athabasca Environ-

Northern Light Society, and the Dene Nation.

Davis & Company, Vancouver, for Daishowa Canada Co. Ltd.

Deputy Attorney General of Canada for Minister of Western Economic Diversification, Minister of Transport, Minister of Fisheries and Oceans and Minister of Environment. a

Deputy Minister of Justice, Government of the Northwest Territories, Yellowknife, for the Government of the Northwest Territories. b

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

STONE J.A.: This is an appeal from an order made by the Trial Division on March 13, 1990 [reasons for which reported at (1990), 34 F.T.R. 137] by which the appellant was added as a party respondent in section 18 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] proceedings commenced by way of an originating notice of motion filed on February 16, 1990. The appellant had applied to that Division to be joined in those proceedings as a party respondent or, alternatively, as an intervenor.

The relief sought in those proceedings are orders in the nature of *certiorari* and *mandamus* to be directed against the Minister of Western Economic Diversification, the Minister of Transport, the Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of the Environment, respondents in the Trial Division proceedings, in respect of decisions made pertaining to the construction and operation of a pulp mill and related facilities on the Peace River in northern Alberta. Central to the dispute is the assertion that these decisions are affected by the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467 (the "Guidelines Order") which is said to be binding upon these Ministers and not to have been complied with. f

This appeal, together with appeals from similar orders made concurrently in the Trial Division in Court File Nos. T-441-90 (A-211-90 [*Daishowa Canada Co. Ltd. v. North Environmental Society*,

mental Association, The Northern Light Society et la Nation dénée.

Davis & Company, Vancouver, pour Daishowa Canada Co. Ltd.

Le sous-procureur général du Canada pour le ministre de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien, le ministre des Transports, le ministre des Pêches et Océans et le ministre de l'Environnement.

Le sous-ministre de la Justice, gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife, pour le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté à la suite de l'ordonnance rendue en première instance le 13 mars 1990 [dont les motifs sont publiés à (1990), 34 F.T.R. 137], en vertu de laquelle l'appelante était constituée partie intimée dans la procédure fondée sur l'article 18 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] qui avait été intentée au moyen d'un avis de requête déposé le 16 février 1990. L'appelante avait demandé à la Section de première instance d'être constituée partie intimée ou subsidiairement intervenante dans la procédure. e

La demande présentée en première instance visait à l'obtention de brefs de *certiorari* et de *mandamus* contre le ministre de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien, le ministre des Transports, le ministre des Pêches et Océans et le ministre de l'Environnement, qui étaient parties intimées, à la suite de décisions portant sur la construction et l'exploitation d'une usine de pâte à papier et d'installations connexes sur la rivière de la Paix, dans le nord de l'Alberta. Le litige découle essentiellement de l'affirmation selon laquelle ces décisions sont régies par le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467 (le «Décret sur les lignes directrices») qui, est-il allégué, lie ces ministres et n'a pas été observé. f

Le présent appel, ainsi que les appels interjetés à la suite d'ordonnances similaires rendues simultanément en première instance dans les dossiers T-441-90 (A-211-90 [*Daishowa Canada Co. Ltd.*

F.C.A., Stone J.A., judgment dated 28/9/90, not yet reported]), T-441-90 (A-212-90 [*Daishowa Canada Co. Ltd. v. Little Red River Band of Indians*, F.C.A., Stone J.A., judgment dated 28/9/90, not yet reported]) and T-441-90 (A-225-90 [*Alberta v. Little Red River Band of Indians*, F.C.A., Stone J.A., judgment dated 28/9/90, not yet reported]), were heard at the same time. The reasons given in this file will apply to the other files and will be placed on those files so as to become the reasons for judgment therein as well except as modified or supplemented.

THE ORDER

It will be convenient if I set out the text of the order which is attacked:

ORDER

Her Majesty the Queen in Right of Alberta is to be hereby added as a party Respondent in these proceedings upon the following conditions:

1. No pleadings additional to those already on the record may be filed by this Respondent;
2. The conduct of the Respondent's case must fit within the time frames set out for the conduct of the case by the present parties;
3. The Respondent may attend on any cross-examinations which are held of the applicants' affiants but is not entitled to participate therein. This restriction does not apply to any affidavits filed by the applicants in direct response to any affidavits which this Respondent might file in these proceedings. To the extent that the cross-examination of one affiant by more than one counsel might arise as a result of this order counsel are directed to avoid duplication and delay by their designating lead counsel or otherwise dividing responsibility.

4. The respondent shall not be entitled to claim costs.

All of the above conditions, are of course, subject to any decision which the judge hearing this application on its merits might make.¹

THE ISSUES

Two issues are raised in this appeal which require our attention. The appellant contends that the conditions in question ought to be struck out, and especially so in view of the fact that the Judge had already determined that the case was a proper

¹ Similarly, the order in Court File No. A-225-90 was made in favour of the appellant, while in Court File Nos. A-211-90 and A-212-90 the orders were made in favour of *Daishowa Canada Co. Ltd.*, the appellant therein.

c. North Environmental Society, C.A.F., le juge Stone, J.C.A., jugement en date du 28-9-90, encore inédit]), T-441-90 (A-212-90 [*Daishowa Canada Co. Ltd. c. Bande indienne de Little Red River*, C.A.F., le juge Stone, J.C.A., jugement en date du 28-9-90, encore inédit]) et T-441-90 (A-225-90 [*Alberta c. Bande indienne de Little Red River*, C.A.F., le juge Stone, J.C.A., jugement en date du 28-9-90, encore inédit]) ont été instruits en même temps. Les motifs exprimés dans le présent dossier s'appliqueront aux autres dossiers et y seront versés de façon à constituer les motifs de jugement y afférents, sauf dans la mesure où des modifications ou des ajouts auront été faits.

L'ORDONNANCE

Il est opportun de citer le libellé de l'ordonnance contestée:

[TRADUCTION] ORDONNANCE

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta est par les présentes constituée partie intimée dans la procédure aux conditions suivantes:

1. Ladite partie intimée ne pourra pas présenter de plaidoiries, en plus de celles qui ont déjà été versées au dossier;
2. En présentant sa preuve, ladite intimée doit respecter le calendrier établi par les autres parties;
3. Ladite intimée peut assister aux contre-interrogatoires des auteurs des affidavits produits par les requérants, mais elle n'aura pas le droit d'y participer. Cette restriction ne s'applique pas aux affidavits que les requérants auront produits en vue de répondre directement aux affidavits que ladite intimée pourrait déposer dans la procédure. Dans la mesure où l'auteur d'un affidavit pourrait être contre-interrogé par plus d'un avocat par suite de la présente ordonnance, les avocats devront éviter le chevauchement des tâches et les retards en désignant un avocat principal ou en se partageant cette tâche de quelque autre manière;
4. L'intimée n'aura pas le droit de réclamer des dépens.

Toutes les conditions susmentionnées sont, bien sûr, assujetties à tout jugement que le juge qui aura instruit la demande au fond pourrait rendre¹.

LES POINTS LITIGIEUX

En l'espèce, deux questions doivent être examinées. L'appelante soutient que les conditions susmentionnées devraient être radiées, étant donné en particulier que le juge avait déjà conclu qu'elle devait être constituée partie intimée plutôt qu'in-

¹ De même, l'ordonnance se rapportant au dossier du greffe A-225-90 était favorable à l'appelante, alors que dans les dossiers A-211-90 et A-212-90, les ordonnances ont été rendues en faveur de l'appelante *Daishowa Canada Co. Ltd.*

one for the joinder of the appellant as a party respondent rather than as an intervenor. The respondents by way of a cross-appeal submit that the appellant ought not to have been joined at all because the Trial Division lacks jurisdiction to grant relief against the appellant.²

DISCUSSION

The conditions

I shall deal first with the issue relating to the conditions. The appellant asserts a direct interest in the outcome of the proceedings as owner of a railway spur and bridge across the Peace River being built incidentally to the construction of the pulp mill by Daishowa Canada Co. Ltd. As of February 23, 1990 the spur was 97% complete and the bridge 26%. Funding for construction of the spur was received in the amount of \$9,500,000 from the federal Department of Western Economic Diversification. Further, the appellant asserts that Alberta actually issued permits for the construction of the pulp mill as well as an interim licence for the construction of the water intake/effluent outfall facilities into the Peace River, with a right to divert water from that river. These facilities were exempted from the provisions of the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22 by the Minister of Transport who also granted an approval to the appellant in respect of the bridge pursuant to the same statute. The appellant, accordingly, contends that she should have been granted full respondent standing, free of the conditions contained in the order. As she puts it in paragraph 6 of her memorandum:

6. Alberta has an immediate interest in the outcome of the current proceedings flowing from its ownership of the Bridge and the spur. Furthermore, Alberta owns natural resources generally in the Province of Alberta and has exclusive constitutional jurisdiction to deal with her natural resources as she sees fit, including the right to issue permits, licenses and to generally manage these natural resources.

The conditions imposed, she submits, would hamper her ability to adduce evidence, to cross-

²No cross-appeal was launched in the other matters now pending before us.

tervenante. Au moyen d'un appel incident, les intimés soutiennent que l'appelante n'aurait pas dû être constituée partie étant donné que la Section de première instance n'a pas compétence pour accorder un redressement contre celle-ci².

EXAMEN

b Les conditions

J'examinerai d'abord la question se rapportant aux conditions. L'appelante affirme avoir un intérêt direct dans l'issue de l'affaire en sa qualité de propriétaire d'un embranchement de chemin de fer et d'un pont que l'on est en train de construire sur la rivière de la Paix en même temps que l'usine de pâte à papier de Daishowa Canada Co. Ltd. Le 23 février 1990, 97 % de l'embranchement était achevé et 26 % du pont l'était. La construction de l'embranchement était financée au moyen d'une subvention de 9 500 000 \$ du ministère fédéral de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien. En outre, l'appelante affirme que l'Alberta a de fait délivré les permis de construction de l'usine de pâte à papier ainsi qu'une licence provisoire en vue de la construction des installations des prises d'eau et de rejet d'effluent dans la rivière de la Paix, avec le droit de détourner l'eau de cette rivière. Ces installations ont été exemptées des dispositions de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), chap. N-22, par le ministre des Transports, qui a également accordé son consentement à l'appelante à l'égard du pont, conformément à cette Loi. L'appelante soutient qu'elle devrait donc avoir pleinement qualité pour agir à titre d'intimée sans être assujettie aux conditions énoncées dans l'ordonnance. Comme elle le dit au paragraphe 6 de son mémoire:

[TRADUCTION] 6. L'Alberta a un intérêt immédiat dans l'issue de l'affaire étant donné qu'elle est propriétaire du pont et de l'embranchement. En outre, l'Alberta est d'une manière générale propriétaire des ressources naturelles situées en Alberta et a une compétence constitutionnelle exclusive pour s'occuper de ces ressources naturelles comme elle le juge bon, et notamment le droit de délivrer des permis, des licences et d'une manière générale, de gérer ces ressources naturelles.

L'appelante soutient que les conditions imposées l'empêcheraient de présenter une preuve, de contre-

²Aucun appel incident n'a été interjeté dans les autres affaires maintenant en instance.

examine any witnesses adverse in interest and to make submissions.

The learned Judge below gave the following reasons for imposing the impugned conditions [at pages 141-142]:

In this case, I have come to the conclusion that the appropriate course of action is to add Alberta and Daishowa as party respondents but with very strict conditions attached to the roles they may play. This conclusion is based on the fact that the only reason to add them as respondents, instead of as intervenors, is to accord them appeal rights. It is based on a consciousness of the principle that the initiating party in a legal proceeding should normally be able to choose who is added as a party and to control the general structure of the case. It is based very heavily on the fact that the arguments on the application will be largely legal in nature (the appropriate interpretation of the (EARP) Guidelines and the respective pieces of federal legislation) as well as on the fact that all of the relevant evidence should be in the control and the knowledge of the present respondents.

Rule 1716 contemplates that such terms and conditions may be imposed, when parties are added, if it is just to do so. In the present case I think the following terms fit within that category. While Alberta and Daishowa should have the right to call evidence (i.e. to file affidavit evidence) and to cross-examine affiants of any affidavits filed in reply thereto, I do not think they should be able to add to the issues which the applicants have established as the framework of their case. They will not be given any right to file pleadings but must take the pleadings as they presently exist. With respect to the cross-examination of the applicant's affiants they will be entitled to attend as observers thereon but not to participate therein. The addition of Alberta and Daishowa as respondents should not be allowed to interfere with or delay the timetable which the applicants and the present respondents either agree upon or which the applicants convince the Court to impose. In this regard, the order adding Alberta and Daishowa as respondents will be on the express condition that they fit themselves within that timetable. In addition, I do not believe that either should be able to claim costs. Orders will issue in accordance with these reasons.

The learned Judge below relied on Rule 1716(2)(b) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]³ by way of analogy. She was of the view that the appellant's presence before the Court was not "necessary", and no attack is made on that conclusion. The ground upon which she seems to have decided to join the appellant as a party respondent

³ Rule 1716. . . .

(2) At any stage of an action the Court may, on such terms as it thinks just and either of its own motion or on application,

interroger des témoins qui lui sont défavorables et de faire des observations.

Le savant juge de première instance a exprimé les motifs suivants à l'appui des conditions imposées [aux pages 141 et 142]:

En l'espèce, j'en conclus qu'il serait approprié de constituer l'Alberta et Daishowa intimées, sous réserve de conditions strictes qui régiraient le rôle qu'elles seraient appelées à jouer. Cette conclusion est fondée sur le fait que la seule raison qui justifie de les constituer intimées plutôt qu'intervenantes est de leur accorder des droits d'appel. J'en arrive à cette conclusion en tenant compte du principe que la partie qui engage des procédures judiciaires devrait normalement être capable de choisir ceux qui seront constitués parties et d'être maîtresse de la structure générale de la cause. Je me fonde dans une très large mesure sur le fait que les arguments qui seront présentés à l'audition de la demande seront surtout de nature juridique (l'interprétation qu'il faut donner aux lignes directrices (PEEME) et aux lois fédérales respectives) et sur le fait que tous les éléments de preuve pertinents devraient être possédés et connus des intimés actuels.

La Règle 1716 prévoit que de telles modalités et conditions peuvent être imposées lorsque des personnes sont constituées parties, s'il est juste de le faire. En l'espèce, j'estime que les conditions suivantes tombent dans cette catégorie. L'Alberta et Daishowa devraient avoir le droit de présenter une preuve (c'est-à-dire de déposer une preuve par affidavit) et de contre-interroger les auteurs de tout affidavit déposé en réponse aux leurs. Cependant, je ne crois pas qu'elles puissent déborder le cadre du débat en abordant des questions qui n'ont pas déjà été établies par les requérants dans leur cause. Elles ne se verront accorder aucun droit de déposer des plaidoiries et elles doivent accepter les plaidoiries, telles qu'elles existent actuellement. En ce qui a trait au contre-interrogatoire des auteurs des affidavits des requérants, elles auront le droit d'y assister à titre d'observatrices, mais non d'y participer. L'adjonction de l'Alberta et de Daishowa en qualité d'intimées ne devrait d'aucune manière entraver ou retarder le calendrier convenu par les requérants et les intimés actuels ou celui que les requérants pourraient convaincre la Cour d'imposer. À cet égard, l'ordonnance qui constitue l'Alberta et Daishowa intimées est rendue à la condition expresse qu'elles respectent ce calendrier. En outre, je ne crois pas qu'elles puissent ni l'une ni l'autre demander de dépens. Des ordonnances seront émises conformément aux présents motifs.

Le savant juge de première instance s'est par analogie appuyé sur la Règle 1716(2)(b) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]³. À son avis, la présence de l'appelante devant la Cour n'était pas «nécessaire», conclusion qui n'est pas contestée. Le juge semble avoir décidé de constituer l'appelante partie intimée pour le motif que

³ Règle 1716. . . .

(2) La Cour peut, à tout stade d'une action, aux conditions qu'elle estime justes, et soit de sa propre initiative, soit sur demande,

was that the appellant “ought to have been joined”, though she also thought the joinder should be permitted because she believed the appellant wished “to acquire rights of appeal” (Appeal Book, page 31).

Rule 1716(2)(b) is not peculiar to practice and procedure in the Federal Court. It, or a variation of it, has been a feature of the rules governing practice and procedure in the Supreme Court of Ontario since at least 1913. It was apparently inherited from England. It is not a rule for joining an intervenor but for joining a party. There is, of course, a significant difference between the position of an intervenor in proceedings and that of a party. The intervenor, for example, must as a rule take the record as he finds it. He has no status to pursue an appeal (*Corporation of the City of Toronto v. Morencie*, [1989] 1 S.C.R. vii). On the other hand, a party joined by order of a court will normally enjoy the same rights as those of other parties including the right to adduce evidence and to make submissions. It has been said, indeed, that he holds an absolute right to cross-examine witnesses adverse in interest (see *Halton Community Credit Union Ltd. v. ICL Computers Can. Ltd.* (1985), 3 C.P.C. (2d) 252 (Ont. C.A.), at page 253).

The real question at this stage is whether the Judge below, in imposing the conditions in question, acted properly within the discretion vested in her by Rule 1716(2)(b). That discretion is undoubtedly broad—“on such terms as it thinks just”—but it is not an absolute power to be exercised with full and complete discretion. Such a broad discretion is subject to the constraint of

cette dernière «aurait dû l'être» mais croyait également que la jonction devait être autorisée étant donné qu'à son avis, l'appelante souhaitait «acquiescer des droits d'appel» (Dossier d'appel, page 31).

a

La Règle 1716(2)b n'est pas propre à la pratique et à la procédure en vigueur devant la Cour fédérale. En effet, cette Règle, ou une règle similaire, se trouve dans les règles régissant la pratique et la procédure en vigueur devant la Cour suprême de l'Ontario depuis au moins 1913. Apparemment, elle vient d'Angleterre. Elle ne vise pas à constituer une personne intervenante, mais partie. Bien sûr, il y a une différence considérable entre la situation d'un intervenant et celle d'une partie. Ainsi, l'intervenant doit en général accepter le dossier tel quel. Il n'a pas qualité pour interjeter appel (*Corporation de la ville de Toronto c. Morencie*, [1989] 1 R.C.S. vii). D'autre part, la partie qui est jointe à la suite de l'ordonnance rendue par un tribunal aura normalement les mêmes droits que les autres parties, et notamment le droit de présenter une preuve et de faire des observations. De fait, on a dit qu'elle a le droit absolu de contre-interroger les témoins qui sont défavorables à ses intérêts (voir *Halton Community Credit Union Ltd. v. ICL Computers Can. Ltd.* (1985), 3 C.P.C. (2d) 252 (C.A. Ont.), à la page 253).

Il s'agit en fait ici de savoir si en imposant les conditions susmentionnées, le juge de première instance a agi conformément au pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la Règle 1716(2)b. Ce pouvoir discrétionnaire est indubitablement étendu—(«aux conditions [que la Cour] estime justes») —mais ce n'est pas un pouvoir absolu laissé à son entière discrétion. L'exercice d'un tel pouvoir doit être fondé sur des motifs

(Continued from previous page)

(b) order any person who ought to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the action may be effectually and completely determined and adjudicated upon, to be added as a party. . . .

(Suite de la page précédente)

(b) ordonner que soit constituée partie une personne qui aurait dû être constituée partie ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer qu'on pourra valablement et complètement juger toutes les questions en litige dans l'action et statuer sur elles . . .

being exercised upon reasonable grounds.⁴ Although this Court must be slow to interfere with the exercise of a discretion such as this, it may do so on certain limited grounds including if we should find that the order is not “just and reasonable.”⁵

The section 18 application is, as I have said, brought against several federal ministers. If it succeeds, the consequences for the appellant could well be quite severe. Money the appellant has invested in the bridge and railway spur might be put in jeopardy if the mill is unable to operate or its operation is delayed significantly on account of the failure of the federal ministers to comply with the Guidelines Order, assuming that order is found to be binding upon them. The efficacy of any permits and licences issued under provincial law for construction of the mill as well as for the intake/outfall facilities on the basis of a federal exemption granted to the mill owner Daishowa Canada Co. Ltd. pursuant to the *Navigable Waters Protection Act*, might be put in question. Yet, the appellant will not be able to adduce her own evidence and advance her own arguments that the Guidelines Order is inapplicable because a federal-provincial agreement purports to leave environmental assessment of the project in the hands of the Province. She will be prevented, also, from delving fully into any aspect of the matter which may bear upon the exercise of discretion vested in the Trial Division under section 18.

The order below is somewhat of a hybrid, partaking of features both of an order joining a party *simpliciter* and, with the addition of the conditions, of an order granting intervenor status. I am

⁴ See e.g. *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433 (F.C.A.), per Heald J.A., at pp. 445-446.

⁵ See e.g. *International Business Machines Corporation v. Xerox of Canada Limited and Xerox Corporation* (1977), 16 N.R. 355 (F.C.A.); *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Indust. Can. Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40 (F.C.A.).

raisonnables⁴. Cette Cour doit hésiter à intervenir dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire comme celui-ci, mais elle peut le faire pour certains motifs précis, et notamment s'il est conclu que l'ordonnance n'est pas «juste et raisonnable»⁵.

Comme je l'ai dit, la demande a été intentée contre plusieurs ministres fédéraux. Si elle était agréée, les conséquences pour l'appelante pourraient bien être passablement graves. L'argent que l'appelante a investi en vue de la construction du pont et de l'embranchement de chemin de fer pourrait bien être en danger si l'usine n'était pas en mesure de fonctionner ou si son exploitation était longuement retardée par suite de l'omission des ministres fédéraux de se conformer au Décret sur les lignes directrices, à supposer qu'il soit conclu que ce décret les lie. L'efficacité de tout permis ou de toute licence délivrés en vertu de la loi provinciale en vue de la construction de l'usine ainsi que des installations de prise d'eau et de rejet d'effluent, compte tenu de l'exemption fédérale qui a été accordée au propriétaire de l'usine, Daishowa Canada Co. Ltd., conformément à la *Loi sur la protection des eaux navigables*, pourrait bien être remise en question. Pourtant, l'appelante ne sera pas en mesure de présenter sa propre preuve et ses propres arguments, à savoir que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas, en raison d'un accord fédéral-provincial selon lequel l'évaluation du projet, au point de vue de l'environnement, relève de la province. Elle ne pourra pas non plus examiner à fond sous quelque aspect que ce soit tout ce qui peut se rapporter à l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à la Section de première instance en vertu de l'article 18.

L'ordonnance rendue en première instance est quelque peu hybride; en effet, elle ressemble à certains égards à une ordonnance en vue de constituer une personne partie *simpliciter* et, par suite des conditions imposées, elle ressemble également

⁴ Voir par exemple *Société des droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433 (C.A.F.), le juge Heald, J.C.A., aux p. 445 et 446.

⁵ Voir par exemple *International Business Machines Corporation c. Xerox of Canada Limited et Xerox Corporation* (1977), 16 N.R. 355 (C.A.F.); *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Indust. Can. Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 40 (C.A.F.).

not at all certain that the Judge was correct in adding those conditions.⁶

We have not had drawn to our attention any case in which a court, having decided to join a party before a matter was heard, qualified the role of the new party in such fundamental ways as those found in the conditions. Those conditions go a long way, in my opinion, towards reducing the appellant's role in the proceedings to more like that of an intervenor than of a full party. They limit the appellant in the evidence she may wish to adduce, in cross-examination and in the position she may wish to adopt. They require the appellant, in effect, to take the record as she finds it and to conform to a "timetable" for the hearing of the section 18 application regardless of the impact that timetable may have on the ability of the appellant to advance her own position.⁷

The order below also deprives the appellant of costs in the section 18 proceedings even though the final decision is left to the judge hearing that application. In my view such a condition could well affect the way in which that judge exercises the discretion in the matter. It would have been better to say nothing about costs and leave the matter entirely in the hands of that judge, to be exercised in the way he or she may feel most appropriate having regard to the circumstances prevailing at the time the discretion is to be exercised. That judge is in the best position to make the decision unaffected by the views of the learned motions judge formed at the preliminary stage.

⁶ I do not think it desirable to lay down a general rule for the construction of the words of discretion in Rule 1716(2)(b). While the Rule gives no guidance as to the way the discretion should be exercised, it permits a judge, at a minimum, to require an applicant to pay the costs of the interlocutory application (see e.g. *Ayscough v. Bullar* (1889), 41 Ch.D. 341 (C.A.); *Attorney-General v. Pontypridd Waterworks Company*, [1908] 1 Ch. 388 (Ch.D.)), though it is broader than that. Such an order as to costs would not interfere with the ordinary rights the person joined may exercise as a party in the underlying proceedings.

⁷ At the hearing we were told that the section 18 application is now scheduled to be heard in early 1991. The agreed upon "timetable" seems thus to have been overtaken by events in that it was apparently drawn with a view to a date in July 1990 when the plant was expected to commence operations, which it did.

à une ordonnance visant à accorder le statut d'intervenant. Je ne suis pas du tout certain que le juge ait eu raison d'ajouter ces conditions⁶.

On ne nous a reportés à aucune affaire dans laquelle le tribunal, ayant décidé de joindre une partie avant la tenue de l'audience, a limité le rôle de la nouvelle partie d'une façon aussi fondamentale qu'en l'espèce. À mon avis, les conditions imposées réduisent de beaucoup le rôle de l'appelante de sorte que son statut ressemble davantage à celui d'une intervenante qu'à celui d'une partie à part entière. En effet, elles limitent la preuve que l'appelante peut présenter et la position qu'elle peut prendre; il en va de même pour le contre-interrogatoire. En fait, elles obligent l'appelante à accepter le dossier tel quel et à se conformer au «calendrier» établi en vue de l'audition de la demande fondée sur l'article 18 indépendamment des répercussions que celui-ci peut avoir sur sa capacité de faire valoir son propre point de vue⁷.

L'ordonnance rendue en première instance prive également l'appelante des frais de la procédure fondée sur l'article 18, bien que la décision finale à ce sujet soit laissée à la discrétion du juge qui instruit la demande. À mon avis, une telle condition pourrait bien influencer sur la manière dont ce juge exercera son pouvoir discrétionnaire. Il aurait été préférable de ne rien dire au sujet des dépens et de laisser cette question à la discrétion de ce juge, de façon qu'il exerce son pouvoir de la manière jugée opportune compte tenu des circonstances existant à ce moment-là. En effet, c'est lui qui est le mieux placé pour prendre une décision sans être influencé par l'opinion que le savant juge des requêtes s'est formée à l'étape préliminaire.

⁶ À mon avis, il n'est pas souhaitable d'établir une règle générale d'interprétation du libellé de la Règle 1716(2)(b). Cette dernière ne précise pas de quelle manière le pouvoir discrétionnaire doit être exercé, mais elle autorise tout au moins le juge à exiger que le requérant paie les frais de la demande interlocutoire (voir par exemple *Ayscough v. Bullar* (1889), 41 Ch.D. 341 (C.A.); *Attorney-General v. Pontypridd Waterworks Company*, [1908] 1 Ch. 388 (Ch.D.)), ayant cependant une portée plus générale. Une telle ordonnance concernant les frais ne doit pas porter atteinte aux droits ordinaires que la personne qui est jointe peut exercer en tant que partie à la procédure principale.

⁷ À l'audience, on nous a informés que la demande fondée sur l'article 18 doit maintenant être instruite au début de 1991. Le «calendrier» convenu semble donc avoir été modifié par les événements en ce sens qu'apparemment, l'audience devait avoir lieu en juillet 1990 lorsque l'usine commencerait à être exploitée, comme elle l'a de fait été.

In summary the order, in my view, is not "just and reasonable" because of the conditions it imposes. I would delete those conditions.

Jurisdiction

It now becomes necessary to address the submission of the respondents in their cross-appeal that the Judge below ought not to have joined the appellant because no claim for relief is made against her, and also because the Trial Division would lack jurisdiction to grant relief to the appellant under the invoked legislation (*Dene Nation v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 146 (T.D.)). The courts have sometimes joined a party defendant even though no relief would be sought against him,⁸ and have recognized also that the party joined would be enabled to resist the relief sought and be heard on the terms of any judgment.⁹ Much will depend upon the circumstances of the particular case. This Court has been willing to join a party in proceedings such as these simply because, as that party's rights will be directly affected by the outcome of the dispute, he should be enabled to assert rights of appeal (*Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] F.C. 382 (C.A.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.)). The principle enunciated by this Court in *Adidas* would appear to apply with even greater force where, as here, the section 18 application is still pending in the Trial Division.

DISPOSITION

I should add one final word before disposing of this appeal. The respondents fear that the presence of the appellant as a full party will enlarge and delay the section 18 proceedings and will add to the costs. I agree that all these things are possible but, surely, these are but consequences which may normally flow from any legal proceedings in which a third party's rights will be directly affected by the outcome. The Court has power to control its

⁸ *Gurtner v. Circuit*, [1968] 2 Q.B. 587 (C.A.).

⁹ Compare *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357 (Q.B.D.), at p. 383.

Bref, à mon avis, l'ordonnance n'est pas «juste et raisonnable» compte tenu des conditions imposées. Je supprimerai donc ces conditions.

a La question de la compétence

Il faut maintenant examiner l'argument que les intimés ont invoqué dans le cadre de l'appel incident, à savoir que le juge de première instance n'aurait pas dû constituer l'appelante partie étant donné qu'aucun redressement n'était réclamé contre elle et que la Section de première instance n'était pas compétente pour lui accorder un redressement en vertu des dispositions législatives invoquées (*La Nation dénée c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.)). Les tribunaux ont parfois constitué une personne partie défenderesse même si aucun redressement n'était réclamé contre elle⁸; ils ont également reconnu que cette partie qui était jointe serait en mesure de s'opposer au redressement demandé et de se faire entendre en ce qui concerne les conditions de tout jugement⁹. Cela dépend des circonstances de l'espèce. La présente Cour a bien voulu joindre une partie dans une procédure comme celle-ci pour le simple motif qu'étant donné que l'issue de l'affaire influencerait directement sur les droits de cette partie, cette dernière devait être en mesure de se prévaloir de son droit d'appel (*Adidas (Can.) Ltd. c. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] C.F. 382 (C.A.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.)). Le principe énoncé par la présente Cour dans l'affaire *Adidas* semble s'appliquer encore plus lorsque comme en l'espèce, la demande fondée sur l'article 18 est encore en instance devant la Section de première instance.

DÉCISION

^h Je dois ajouter une dernière remarque avant de trancher l'appel. Les intimés craignent que la présence de l'appelante en tant que partie à part entière ait pour effet d'accroître la portée de la procédure fondée sur l'article 18 et de la retarder, ainsi que d'entraîner une augmentation des frais. Je conviens que toutes ces choses sont possibles mais, à coup sûr, il ne s'agit que de conséquences qui peuvent normalement résulter d'une procédure

⁸ *Gurtner v. Circuit*, [1968] 2 Q.B. 587 (C.A.).

⁹ Comparer *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357 (Q.B.D.), à la p. 383.

own process in order to ensure that justice is done and, to that end, it may in appropriate circumstances deal with any obvious abuse of its process in a variety of ways including by the levying of costs. No such abuse is evident on the record before us.

In the result I would allow the appeal with costs and would amend the order made March 13, 1990 by deleting therefrom all of the words commencing with the words "upon the following conditions:" so that the order as amended will read:

Her Majesty the Queen in Right of Alberta is to be hereby added as a party Respondent in these proceedings.

The style of cause in this application shall be amended to reflect the adding of Her Majesty the Queen in Right of Alberta as a party Respondent.

The cross-appeal is dismissed.

IACOBUCCI C.J.: I agree.

HEALD J.A.: I concur.

judiciaire dans laquelle l'issue de l'affaire influera directement sur les droits d'une tierce partie. La Cour a le pouvoir d'exercer un contrôle sur sa procédure de façon à s'assurer que justice est faite et à cette fin, elle peut, le cas échéant, examiner tout abus évident de la procédure qui aurait d'une manière ou d'une autre été commis et notamment la question du recouvrement des frais. Or, en l'espèce aucun abus de ce genre n'est évident.

Par conséquent, j'accueille l'appel avec dépens et je modifie l'ordonnance qui a été rendue le 13 mars 1990 en supprimant tout ce qui suit l'expression [TRADUCTION] «aux conditions suivantes:» de façon que la nouvelle ordonnance soit ainsi libellée:

[TRADUCTION] Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta est par les présentes constituée partie intimée dans la procédure.

L'intitulé de la cause est modifié de façon que Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta y figure à titre de partie intimée.

L'appel incident est rejeté.

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: Je souscris à cet avis.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

A-206-90

A-206-90

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

v.

c.

Public Service Alliance of Canada (Respondent)**a Alliance de la Fonction publique du Canada (intimée)****INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Pratte, Heald and Mahoney J.J.A.—Ottawa, October 23 and November 27, 1990.

b Cour d'appel, juges Pratte, Heald et Mahoney, J.C.A.—Ottawa, 23 octobre et 27 novembre 1990.

Public Service — Jurisdiction — Whether PSSRB having jurisdiction to entertain reference pursuant to PSSRA, s. 99 concerning contracting out of data capture function resulting in loss of employment for indeterminate employees — Board ruling Work Force Adjustment Policy and collective agreement violated — S. 99 permitting reference to enforce obligation arising out of collective agreement when not obligation "enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the agreement . . . applies" — Employee right to grieve provided in s. 91 — Whether obligations arising out of collective agreement enforceable by individual — Whether obligations enforceable by union or employer mutually exclusive — Discussion of "policy grievance".

c Fonction publique — Compétence — Il échet d'examiner si la CRTFP avait compétence pour connaître d'un renvoi sous le régime de l'art. 99 de la LRTFP, au sujet de l'impartition du travail de saisie des données qui s'est traduite par le renvoi de fonctionnaires nommés pour une période indéterminée — La Commission a conclu à la violation de la Politique concernant le réaménagement des effectifs et de la convention collective — L'art. 99 autorise le renvoi pour faire exécuter une obligation issue de la convention collective, sauf l'obligation «dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire d'une unité de négociation visée par la convention» — L'art. 91 prévoit le droit pour tout fonctionnaire de présenter un grief — Il échet d'examiner si un individu peut faire exécuter des obligations issues de la convention collective — Il échet d'examiner si les obligations que peut faire exécuter le syndicat ou l'employé s'excluent l'une l'autre — Analyse du «grief de principe».

Public Service — Labour relations — Government policy to substantially reduce size of Public Service — Collective agreement incorporating Work Force Adjustment Policy whereby employer to review and terminate contracting out to facilitate redeployment of indeterminate employees whose services no longer required because of lack of work or discontinuance of function — Inconsistent with creation of surplus or laid-off personnel by contracting out jobs that they have been doing — PSSRB correctly declaring violation of Policy and collective agreement.

f Fonction publique — Relations du travail — Politique gouvernementale visant à une réduction considérable de la fonction publique — Convention collective intégrant la Politique concernant le réaménagement des effectifs et prévoyant pour l'employeur l'obligation de revoir et de mettre fin à l'impartition pour faciliter la réaffectation des fonctionnaires nommés pour une période indéterminée et dont les services ne sont plus requis faute de travail ou par suite de la suppression de la fonction — Incompatibilité entre la création d'employés excédentaires ou mis en disponibilité et l'impartition du travail qu'ils assurent — La CRTFP a conclu à bon droit à la violation de la Politique et de la convention collective.

This was an application to set aside a declaration of the Public Service Staff Relations Board on a reference pursuant to *Public Service Staff Relations Act*, section 99. The collective agreement between Treasury Board and the respondent (which represented data processors employed by the Department of National Revenue, Customs and Excise) incorporated the Work Force Adjustment Policy, which provided for the redeployment and retraining of indeterminate employees laid off pursuant to *Public Service Employment Act*, section 29. In 1985, after the Government announced its decision to reduce the size of the Public Service, the Department began contracting out the work done by data capture employees. The Board held that this contracting out violated the Work Force Adjustment Policy, and therefore the collective agreement. It held that the grievance was a policy, rather than an individual grievance and as such belonged to the bargaining agent. The

g Demande d'annulation d'une décision rendue par la Commission des relations de travail dans la fonction publique à l'égard d'un renvoi dont elle avait été saisie sous le régime de l'article 99 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique. La convention collective entre le Conseil du Trésor et l'intimée (qui représentait les préposés à la saisie des données en service au ministère du Revenu national, Douanes et Accise) intégrait la Politique concernant le réaménagement des effectifs, qui prévoyait la réaffectation et le recyclage des fonctionnaires nommés pour une période indéterminée et mis en disponibilité par application de l'article 29 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique. En 1985, après que le gouvernement eut annoncé sa décision de réduire les effectifs de la fonction publique, le Ministère a commencé à confier aux entrepreneurs de l'extérieur le travail effectué par les préposés à la saisie des données. La Commission a décidé que cette impartition contre-

issues were whether the Board had jurisdiction to deal with the reference, and if so, whether it erred in law in concluding as it did. Section 99 provides that a reference may be made to the Board to enforce an obligation arising out of a collective agreement provided that it "is not one the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the agreement . . . applies". The applicant's submission was that the question could not be referred to the Board because it related to an obligation the enforcement of which might be the subject of grievances by employees. The respondent argued that it was attempting to enforce the employer's obligation not to contract out work done by its employees, an obligation which was owed to the union rather than to the employees and which could only be enforced by the union. Subsection 91(1) gives an employee the right to grieve the interpretation or application of a collective agreement.

Held (Pratte J.A. dissenting): the application should be dismissed.

Per Mahoney J.A. (Heald J.A. concurring): The Board had jurisdiction to deal with the issue in the reference. Use of the term "policy grievance" was unfortunate as that term is not known to the Act. Unlike cases where there was unilateral adoption of a policy which might breach the rights of an employee under the collective agreement, the policy herein was mutually agreed to and the dispute did not concern its application to individual employees but rather the right of the employer to contract out services performed by members of the bargaining unit. The issue went beyond the obligation owed to an individual employee and had to do with the very existence and *raison d'être* of the bargaining agent. It has been recognized that some questions might be subject of individual grievance or reference. The nature of the relief sought is relevant to whether the proceeding should be characterized as being the enforcement of an obligation "which may be the subject of a grievance of an employee". Some of the affected employees, certainly some who were laid off, probably had a right personally to grieve on the basis of the alleged obligation not to contract out.

The Board correctly held that the employer's conduct was contrary to both the letter and spirit of the Work Force Adjustment Policy. The Policy does not prohibit contracting out but contemplates that, to facilitate redeployment of "affected", "surplus", or "laid-off" personnel, the employer will review and terminate its use of contracted services. That requirement is inconsistent with the creation of "affected", "surplus", or "laid-off" personnel, by contracting out the very jobs that they have been doing. By definition, a "Work Force Adjustment" occurs when management decides that indeterminate employees will no longer be required because of "lack of work" or a "discontinuance of a function". The services of an employee whose job has been contracted out are not required only because the job has been contracted out, not because of

venait à la Politique concernant le réaménagement des effectifs, donc à la convention collective. Elle a conclu que le grief en question était un grief de principe, et non un grief individuel, et que par conséquent il relevait de la compétence du syndicat. Il échet d'examiner si la Commission avait compétence pour connaître du renvoi et, dans l'affirmative, si elle a commis une erreur de droit dans sa décision. L'article 99 prévoit qu'on peut saisir la Commission d'un renvoi pour faire exécuter une obligation issue d'une convention collective, «sauf s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire de l'unité de négociation visée par la convention». Le requérant soutient que la question ne saurait faire l'objet d'un renvoi à la Commission puisqu'elle se rapportait à une obligation dont l'exécution pourrait faire l'objet d'un grief de la part des employés concernés. L'intimée fait valoir qu'elle cherchait à faire respecter l'obligation qui incombait à l'employeur de ne pas faire faire à l'extérieur le travail assuré par ses employés, laquelle obligation était due au syndicat et non pas aux employés et, de ce fait, ne pouvait être invoquée que par le syndicat lui-même. Le paragraphe 91(1) prévoit le droit de présenter un grief pour le fonctionnaire qui s'estime lésé par l'interprétation ou l'application de la convention collective.

Arrêt (le juge Pratte, J.C.A., dissident): la demande devrait être rejetée.

Le juge Mahoney, J.C.A. (avec l'appui du juge Heald, J.C.A.): La Commission a compétence pour connaître de la question soulevée dans le renvoi. L'emploi de l'expression «grief de principe» était malheureux car elle ne figure pas dans la Loi. À l'opposé des cas où il y a adoption unilatérale d'une politique qui pourrait porter atteinte aux droits qu'un employé tient de la convention politique, la politique dont s'agit a été convenue de part et d'autre et le litige ne porte pas sur son application à l'égard des employés individuellement, mais sur le droit de l'employeur de confier à l'extérieur l'exécution de tâches remplies par les membres de l'unité de négociation. La question va plus loin que l'obligation existant envers un fonctionnaire pris individuellement et concerne l'existence même ou la raison d'être de l'agent négociateur. Il a été établi que certaines questions pourraient faire l'objet soit d'un grief soit d'un renvoi. La nature du recours détermine la question de savoir s'il faut caractériser l'instance comme visant à l'exécution d'une obligation «qui peut faire l'objet d'un grief de la part d'un employé». Certains des employés touchés, et assurément certains de ceux qui ont été mis en disponibilité, avaient probablement le droit de présenter personnellement un grief fondé sur l'obligation supposée de ne pas recourir aux entrepreneurs de l'extérieur.

La Commission a conclu à bon droit que la conduite de l'employeur violait et la lettre et l'esprit de la Politique concernant le réaménagement des effectifs. Cette Politique n'interdit pas l'impartition mais prévoit que, pour faciliter la réaffectation des employés «touchés», «excédentaires» ou «mis en disponibilité», l'employeur réexaminera le recours aux marchés de services et y mettra fin. Cette exigence est incompatible avec la création d'employés «touchés» «excédentaires» ou «mis en disponibilité» en confiant à l'extérieur les tâches mêmes dont ils assuraient l'exécution. Par définition, il y a «réaménagement des effectifs» lorsque la haute direction décide que des employés nommés pour une période indéterminée ne seront plus requis en raison d'un «manque de travail» ou de la «suppression d'une fonction». Si les services d'un employé dont la fonction a été

lack of work or the discontinuance of a function. The work remains to be done and the function continues.

Per Pratte J.A. (dissenting): The matter referred to the Board could not be the subject of a reference under section 99. Sections 91 and 99 distinguish two kinds of obligations that may arise out of collective agreements: those that may be enforced by an individual employee filing a grievance and those that may be enforced by the union or employer by way of reference. The two classes of obligations are mutually exclusive. To classify such obligations it must be determined in whose favour each one is stipulated. The obligation sought to be enforced was not to contract out services so as to cause prejudice to indeterminate employees. It was for the benefit of those employees who alone are entitled to grieve if the employer violates that undertaking.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 29.

Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 67, s. 27), s. 98.

Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91(1), 99.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen, [1985] 2 F.C. 84; (1985), 85 CLLC 14,106; 57 N.R. 351 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Professional Institute of the Public Service v. Canada, A-64-90, Hugessen J.A., judgment dated 27/9/90, F.C.A., not yet reported.

CONSIDERED:

Queen (The) v. Lavoie, [1978] 1 F.C. 778; (1977), 18 N.R. 521 (C.A.).

REFERRED TO:

American Farm Bureau Federation v. Canadian Import Tribunal [National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)], [1990] 2 S.C.R. 1324; *Gloin v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 F.C. 307; (1977), 20 N.R. 475 (C.A.).

COUNSEL:

Harvey A. Newman and Ronald N. Snyder for applicant.

confiée à l'extérieur ne sont plus requis, c'est uniquement parce que la fonction a été confiée à l'extérieur, et non pas à cause d'un manque de travail ou de la suppression de cette fonction. La tâche reste à accomplir et la fonction continue d'exister.

Le juge Pratte, J.C.A. (dissent): La question renvoyée à la Commission ne saurait faire l'objet d'un renvoi sous le régime de l'article 99. Les articles 91 et 99 distinguent entre deux catégories d'obligations qui peuvent découler des conventions collectives: celles dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de l'intéressé et celles dont le syndicat ou l'employeur peut demander l'exécution forcée par renvoi. Ces deux catégories d'obligations s'excluent l'une l'autre. Leur classification se fait par l'identification de la partie en faveur de laquelle chacune de ces obligations est stipulée. L'obligation en cause est celle de ne pas recourir à l'impartition de façon à préjudicier aux employés nommés pour une période indéterminée. Elle a été assumée au bénéfice des employés qui, de ce fait, sont seuls habilités à présenter un grief si l'employeur violait cet engagement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 29.

Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 67, art. 27), art. 98.

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 91(1), 99.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine, [1985] 2 C.F. 84; (1985), 85 CLLC 14,106; 57 N.R. 351 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Institut professionnel de la Fonction publique c. Canada, A-64-90, le juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 27-9-90, C.A.F., encore inédit.

DÉCISION EXAMINÉE:

La Reine c. Lavoie, [1978] 1 C.F. 778; (1977), 18 N.R. 521 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

American Farm Bureau Federation c. Tribunal canadien des importations [National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des Importations)], [1990] 2 R.C.S. 1324; *Gloin c. Le procureur général du Canada*, [1978] 2 C.F. 307; (1977), 20 N.R. 475 (C.A.).

AVOCATS:

Harvey A. Newman et Ronald N. Snyder pour le requérant.

Andrew J. Raven and Dianne Nicholas for respondent.

Andrew J. Raven et Dianne Nicholas pour l'intimée.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Soloway, Wright, Ottawa, for respondent.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Soloway, Wright, Ottawa, 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*): This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application seeks to set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board on a reference made by the respondent pursuant to section 98 [R.S.C. 1970, c. P-35 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 67, s. 27)] (now section 99) of the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C., 1985, c. P-35].¹

LE JUGE PRATTE, J.C.A. (*dissent*): Par cette demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7], le requérant concluait à l'annulation d'une décision rendue par la Commission des relations de travail dans la fonction publique, sur renvoi introduit par l'intimée en application de l'article 98 [S.R.C. 1970, chap. P-35 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 67, art. 27)] (l'article 99 nouveau) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), chap. P-35].¹

The respondent was the bargaining agent for all employees of the Treasury Board in the Data Processing (DA) bargaining unit, a bargaining unit that included the employees performing data capture functions for the Department of National Revenue, Customs and Excise. The respondent and Treasury Board entered into a collective agreement in respect of that bargaining unit for a period ending on June 30, 1988, which contained a clause (article M-37.03(28)) providing that the "Work

L'intimée était l'agent négociateur de tous les employés du Conseil du Trésor appartenant à l'unité de négociation Traitement des données, dont les préposés à la saisie des données du ministère du Revenu, Douanes et Accise. L'intimée et le Conseil du Trésor ont conclu, à l'égard de cette unité de négociation, une convention collective pour la période devant prendre fin le 30 juin 1988 et prévoyant (à l'article M-37.03(28)) que la «Politique concernant le réaménagement des effectifs»

¹ This section reads thus:

99. (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral award and the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the agreement or award, and the obligation, if any, is not one the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the agreement or award applies, either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board.

(2) Where a matter is referred to the Board pursuant to subsection (1), the Board shall hear and determine whether there is an obligation as alleged and whether, if there is, there has been a failure to observe or to carry out the obligation.

(3) The Board shall hear and determine any matter referred to it pursuant to subsection (1) as though the matter were a grievance, and subsection 96(2) and sections 97 and 98 apply to the hearing and determination of that matter.

¹ Cet article porte:

99. (1) L'employeur et l'agent négociateur qui ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale peuvent, dans les cas où l'un ou l'autre cherche à faire exécuter une obligation qui, selon lui, découlerait de cette convention ou décision, renvoyer l'affaire à la Commission, dans les formes réglementaires, sauf s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire de l'unité de négociation visée par la convention ou la décision.

(2) Après avoir entendu l'affaire qui lui est renvoyée au titre du paragraphe (1), la Commission se prononce sur l'existence de l'obligation alléguée et, selon le cas, détermine s'il y a eu ou non manquement.

(3) La Commission entend et juge l'affaire qui lui est renvoyée au titre du paragraphe (1) comme s'il s'agissait d'un grief, et le paragraphe 96(2) ainsi que les articles 97 et 98 s'appliquent à l'audition et à la décision.

Force Adjustment Policy” approved by Treasury Board was to form part of the collective agreement. That policy is, in effect, a set of directives to be applied by the various departments, the Treasury Board and the Public Service Commission for the purpose of ensuring that indeterminate employees in the Public Service that are laid off pursuant to section 29 of the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33]² are treated fairly and are given a reasonable opportunity to continue their careers by being redeployed in other positions in the Public Service.

In 1985, after the Government had announced its decision to decrease the size of the Public Service by some 15,000 person years within the next five years, the Department of National Revenue notified its employees that, in accordance with that policy, it intended to reduce its personnel by contracting out the work done by its data capture employees who, as a consequence, would have to be laid off pursuant to section 29 of the *Public Service Employment Act*. Early in 1987, the Department entered into a contract with an independent contractor, Automation Centre of Ottawa Ltd., which agreed to perform the work then done by the data capture employees of the Department. At the end of 1987, the contractor’s employees had replaced those of the Department, the vast majority of whom had been redeployed to other positions in the Public Service.

On December 22, 1988, the respondent filed a reference pursuant to what is now section 99 of the

en était partie intégrante. Cette politique est en fait un ensemble de directives à appliquer par les divers ministères, le Conseil du Trésor et la Commission de la Fonction publique, afin de s’assurer que les fonctionnaires mis en disponibilité en application de l’article 29 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), chap. P-33]² sont traités de façon équitable et se voient accorder une chance raisonnable de continuer leur carrière par une réaffectation à d’autres postes de la fonction publique.

En 1985, après que le gouvernement eut annoncé sa décision de réduire la fonction publique de quelque 15 000 années-personnes au cours des cinq années à venir, le ministère du Revenu national a notifié à ses employés que, conformément à cette politique, il prévoyait de réduire son personnel en confiant aux entrepreneurs de l’extérieur les tâches assurées par ses préposés à la saisie des données, lesquels seraient mis en disponibilité en application de l’article 29 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*. Au début de 1987, ce Ministère a conclu un contrat avec un entrepreneur du secteur privé, Automation Centre of Ottawa Ltd., qui a accepté de se charger du travail effectué jusque là par les préposés à la saisie des données du Ministère. À la fin de 1987, les employés de l’entrepreneur ont remplacé ceux du Ministère, dont la plupart avaient été réaffectés à d’autres postes de la fonction publique.

Le 22 décembre 1988, l’intimée a déposé un renvoi en application de la disposition qui est

² That provision reads as follows:

29. (1) Where the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head, in accordance with the regulations of the Commission, may lay off the employee.

(2) An employee ceases to be an employee when the employee is laid off pursuant to subsection (1).

(3) Notwithstanding anything in this Act, the Commission shall, within such period and in such order as it may determine, consider a lay-off for appointment, without competition and, subject to sections 30 and 39, in priority to all other persons, to any position in the Public Service for which, in the opinion of the Commission, the lay-off is qualified.

(4) Notwithstanding subsection (2), a lay-off is entitled, during such period as the Commission may determine for any case or class of cases, to enter any competition for which the lay-off would have been eligible had he not been laid off.

² Cette disposition porte:

29. (1) L’administrateur général peut, en conformité avec les règlements de la Commission, mettre en disponibilité le fonctionnaire dont les services ne sont plus nécessaires faute de travail ou par suite de la suppression d’une fonction.

(2) Le fonctionnaire mis en disponibilité en vertu du paragraphe (1) perd sa qualité de fonctionnaire.

(3) Indépendamment des autres dispositions de la présente loi, la Commission, dans le délai et selon l’ordre qu’elle fixe à son appréciation, étudie la possibilité de nommer, sans concours et, sous réserve des articles 30 et 39, en priorité absolue, les personnes en disponibilité aux postes de la fonction publique pour lesquels elle les juge qualifiées.

(4) Nonobstant le paragraphe (2), la personne en disponibilité a le droit, durant la période fixée par la Commission pour tout cas ou catégorie de cas, de se présenter à un concours auquel elle serait admissible si elle n’était pas en disponibilité.

Public Service Staff Relations Act alleging that the Department, in contracting out the work done by its data capture employees, had contravened the Work Force Adjustment Policy. It was the respondent's contention that, under the policy, the Department was prohibited from contracting out its services if such action resulted in indeterminate employees being "affected", "surplus" or "laid off" within the meaning of the policy.³

The applicant first raised a preliminary objection to that reference and argued that the Board had no jurisdiction in the matter since the question referred to the Board by the respondent could not, under section 99, be the subject of a reference. That objection was dismissed by the Board in a decision dated June 23, 1989. In its final decision, pronounced on March 13, 1990, the Board ruled in favour of the respondent: it determined and declared that, in contracting out the work done by its data capture employees, the Department had violated the Work Force Adjustment Policy and, thereby, the collective agreement.

The applicant attacks this decision on two grounds, namely, that the Board had no jurisdiction in the matter and that, in any event, the decision under attack is founded on a misinterpretation of the Work Force Adjustment Policy.

³ The policy defines these expressions as follows:

AFFECTED EMPLOYEES: Indeterminate employees whose services will no longer be required because of WORK FORCE ADJUSTMENT situations.

WORK FORCE ADJUSTMENT: A situation which occurs when a deputy head or DELEGATED OFFICER decides that the services of one or more indeterminate employees will no longer be required beyond a specified date because of lack of work or because of the discontinuance of a fonction . . .

SURPLUS EMPLOYEE: An indeterminate employee who has been declared surplus.

SURPLUS PRIORITY: An administrative priority accorded by the PSC to SURPLUS EMPLOYEES to permit them to be appointed to other positions in the Public Service without competition or right of appeal.

LAY-OFF: Termination of employment under Section 29 of the *Public Service Employment Act*.

devenue l'article 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, en faisant valoir que le Ministère concerné avait violé la Politique concernant le réaménagement des effectifs en confiant à l'extérieur le travail de ses préposés à la saisie des données. Elle soutenait que cette politique interdisait au Ministère de faire faire le travail par le secteur privé si pareille mesure avait pour effet de faire d'employés nommés pour une période indéterminées des employés «touchés», «excédentaires» ou «mis en disponibilité» au sens de cette politique³.

Le requérant a tout d'abord opposé une exception déclinatoire de compétence au renvoi par ce motif que la Commission n'avait pas compétence en la matière puisque la question que lui renvoyait l'intimée ne pouvait, selon l'article 99, faire l'objet d'un renvoi. Cette exception fut rejetée par décision en date du 23 juin 1989 de la Commission. Dans sa décision définitive, rendue le 13 mars 1990, la Commission a fait droit à l'intimée en jugeant qu'en confiant aux entrepreneurs de l'extérieur le travail de ses préposés à la saisie des données, le Ministère a enfreint la Politique concernant le réaménagement des effectifs et, de ce fait même, la convention collective.

Le requérant conteste la décision en l'espèce par deux motifs, savoir en premier lieu que la Commission n'avait pas compétence pour connaître de la question et, en second lieu, que la décision entreprise était fondée sur une mauvaise interprétation de la Politique concernant le réaménagement des effectifs.

³ La politique définit ces expressions comme suit:

EMPLOYÉS TOUCHÉS: Les employés nommés pour une période indéterminée dont les services ne sont plus requis en raison d'un RÉAMÉNAGEMENT des effectifs.

RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS: Situation qui se produit lorsqu'un sous-chef ou son AGENT DÉLÉGUÉ décide que les services d'un ou de plusieurs employés nommés pour une période indéterminée ne sont plus requis au-delà d'une certaine date en raison d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction . . .

EMPLOYÉ EXCÉDENTAIRE: Un employé nommé pour une période indéterminée qui a été déclaré excédentaire.

PRIORITÉ D'EXCÉDENTAIRE: La priorité administrative accordée par la CFP aux EMPLOYÉS EXCÉDENTAIRES afin de leur permettre d'être nommés à d'autres postes dans la fonction publique sans concours et sans droit d'appel.

MISE EN DISPONIBILITÉ: Une cessation d'emploi en vertu de l'article 29 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*.

The applicant's jurisdictional argument is based on subsection 99(1) of the *Public Service Staff Relations Act* which clearly provides that a reference may be made to the Board for the purpose of enforcing an obligation arising out of a collective agreement only when the obligation in question "is not one the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the agreement ... applies". In this case, says the applicant, the question that the respondent referred to the Board could not be the subject of a reference because it related to an obligation the enforcement of which might be the subject of grievances by the employees concerned. The position of the respondent on this point is that, by its reference, it was seeking to enforce the employer's obligation not to contract out work done by its employees, an obligation which was owed to the union rather than to the employees and which, as a consequence, could only be enforced by the union itself. Moreover, according to the respondent, many of the employees concerned in this case might not have filed grievances since, having ceased to be employees, they had thereby lost the right to grieve.

Under subsection 99(1), a reference may be made to the Board for the purpose of enforcing an obligation arising out of a collective agreement provided that obligation "is not one the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee". On the other hand, subsection 91(1) gives the right to file a grievance to the employee who feels aggrieved by the interpretation or application, in his respect, of the collective agreement. These provisions make a clear distinction between two kinds of obligations that may arise out of collective agreements: those that may be enforced at the suit of an individual employee by filing a grievance and those that may be enforced at the request of the union or the employer by way of reference under subsection 99(1). These two classes of obligations are mutually exclusive since, under subsection 99(1), the enforcement of an obligation may not be the subject of a reference if it may be the subject of a grievance. All the obligations arising out of a collective agreement must, therefore, be classified in one or the other of these two categories. Common sense requires that

L'exception déclinatoire de compétence du requérant est fondée sur le paragraphe 99(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* qui prévoit expressément qu'une partie peut saisir la Commission d'un renvoi pour faire exécuter toute obligation découlant d'une convention collective, «sauf s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire de l'unité de négociation visée par la convention». Le requérant soutient qu'en l'espèce, la question dont l'intimée a saisi la Commission ne saurait faire l'objet d'un renvoi puisqu'elle se rapportait à une obligation dont l'exécution pourrait faire l'objet d'un grief de la part des employés concernés. L'argument de l'intimée à ce sujet est que, par ce renvoi, elle cherchait à faire respecter l'obligation qui incombait à l'employeur de ne pas faire faire à l'extérieur le travail assuré jusque-là par ses employés, laquelle obligation était due au syndicat et non pas aux employés et, de ce fait, ne pouvait être invoquée que par le syndicat lui-même. Par ailleurs, toujours selon l'intimée, un grand nombre des employés concernés n'auraient pu déposer des griefs puisque, ayant cessé d'être au service de l'administration, ils avaient perdu du même coup le droit de déposer des griefs.

Sous le régime du paragraphe 99(1), une partie peut saisir la Commission d'un renvoi pour faire exécuter une obligation découlant d'une convention collective «sauf s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire». Par ailleurs, le paragraphe 91(1) prévoit le droit de présenter un grief pour le fonctionnaire qui s'estime lésé par l'interprétation ou l'application, à son égard, de la convention collective. Ces deux dispositions distinguent nettement entre deux catégories d'obligations qui peuvent découler des conventions collectives: celles dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de l'intéressé et celles dont le syndicat ou l'employeur peut demander l'exécution forcée par renvoi sous le régime du paragraphe 99(1). Ces deux catégories d'obligations s'excluent l'une l'autre puisque selon le paragraphe 99(1), l'exécution d'une obligation ne peut faire l'objet d'un renvoi si elle peut faire l'objet d'un grief. Toutes les obligations issues d'une convention collective doivent donc être classées dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. Le bon sens veut que cette classification se

this classification be made by determining in whose favour each one of those obligations is stipulated.

In order to resolve the “jurisdictional” question raised by the applicant, it is therefore necessary to specify the real nature of the obligation that the respondent was seeking to enforce by its reference since, without knowing what that obligation was, it is impossible to say whether it was stipulated in favour of the union or the individual employees. That obligation was allegedly created by section 5.1 of the Work Force Adjustment Policy. That section enumerates the responsibilities of the Department in a work force adjustment situation:

5.1 Departments shall:

5.1.2 review their use of employees appointed for specified periods (term employees) and their use of contracted services and should terminate them where such action would facilitate the REDEPLOYMENT of AFFECTED EMPLOYEES, SURPLUS EMPLOYEES, OR LAID-OFF PERSONS;

The respondent reads this clause as imposing on the departments the firm obligation, in a “work force adjustment situation”, to terminate contract for services when this action would facilitate the redeployment of “affected employees”, “surplus employees” or “laid-off persons”. It logically follows, according to the respondent, that the departments also have the obligation not to contract out services if, as a result of the contracting out, a work force adjustment situation would be created necessitating the redeployment of indeterminate employees. Otherwise, a department would have, on the one hand, the right to contract out services so as to create a work force adjustment situation and, on the other hand, the obligation to terminate the contract creating that situation.

If the obligation here in question were merely the employer’s obligation not to contract out any services, it would clearly be an obligation stipulated in favour of the union since it would be impossible to determine who, among the employees, could be the beneficiary of such a promise. But such is not the situation. The obligation that the respondent is seeking to enforce, assuming its existence, is the obligation not to contract out services so as to cause prejudice to indeterminate

fasse par l’identification de la partie en faveur de laquelle chacune de ces obligations est stipulée.

Afin de résoudre l’exception d’incompétence opposée par le requérant, il est donc nécessaire de déterminer la nature véritable de l’obligation que l’intimée cherchait à faire exécuter par son renvoi puisque, si on ne sait pas quelle était cette obligation, il est impossible de dire si elle a été stipulée en faveur du syndicat ou des employés individuellement. Cette obligation découlerait de l’article 5.1 de la Politique concernant le réaménagement des effectifs, qui énumère les responsabilités du Ministère en cas de réaménagement des effectifs:

5.1 Les ministères doivent

5.1.2 revoir la façon dont ils utilisent les services des employés nommés pour une période déterminée et les marchés de services, et devraient y mettre fin si cela est de nature à faciliter la RÉAFFECTATION des EMPLOYÉS TOUCHÉS, des EMPLOYÉS EXCÉDENTAIRES et des PERSONNES MISES EN DISPONIBILITÉ;

L’intimée interprète cette disposition comme prévoyant pour les ministères l’obligation catégorique, en cas de réaménagement des effectifs, de mettre fin aux marchés de services lorsque pareille mesure faciliterait la réaffectation des «employés touchés», des «employés excédentaires» ou des «personnes mises en disponibilité». Il s’ensuit, toujours selon l’intimée, que les ministères sont également tenus à l’obligation de ne pas faire exécuter des services à l’extérieur si l’impartition entraîne un réaménagement des effectifs qui se traduit par une réaffectation de fonctionnaires nommés pour une période indéterminée. Autrement, un ministère aurait, d’une part, le droit de faire exécuter des services à l’extérieur de façon à provoquer un réaménagement des effectifs et, d’autre part, l’obligation de mettre fin au marché de services ayant donné lieu à cette situation.

Si l’obligation dont s’agit n’était que l’obligation qui incombe à l’employeur de ne pas recourir à l’impartition, elle serait à l’évidence une obligation stipulée en faveur du syndicat puisqu’il serait impossible de déterminer qui, parmi les employés, pourrait être le bénéficiaire de pareil engagement. Mais il n’en est rien. À supposer qu’elle existe, l’obligation dont l’intimée cherche à forcer l’exécution est celle de ne pas recourir à l’impartition de façon à préjudicier aux employés nommés pour

employees. That obligation was clearly incurred for the sole benefit of those employees. It is therefore normal that these employees, and only they, be entitled to grieve if the employer violates that undertaking.

The respondent's argument that many of the employees affected by the contracting out would not be entitled to grieve because they ceased, as a consequence of the contracting out, to be employees, has, in my view, no merit. It is now established that an employee cannot be deprived of the right to grieve by a lay-off.⁴

I am therefore of opinion that the matter that the respondent referred to the Board could not be the subject of a reference under subsection 99(1) of the *Public Service Staff Relations Act*.

I would set aside the decision under attack.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: I have had the opportunity to read in draft the reasons for judgment prepared by my brother Pratte. I find myself in respectful disagreement.

This section 28 application is brought in respect of a decision of the Public Service Staff Relations Board made on a reference under section 99 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35. The issues are, firstly, whether the Board had jurisdiction to deal with the reference at all and, secondly, if so, whether it erred in law in concluding that the employer had violated the collective agreement by contracting out certain functions theretofore performed by members of the bargaining unit. The background facts are not in dispute.

On November 4, 1984, the Government of Canada announced a policy objective of reducing

⁴ See: *Queen (The) v. Lavoie*, [1978] 1 F.C. 778 (C.A.), and *Gloin v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 F.C. 307 (C.A.).

une période indéterminée. Cette obligation était manifestement assumée au bénéfice exclusif des employés. Il est par conséquent normal que ces employés soient seuls habilités à présenter un grief si l'employeur violait cet engagement.

Je ne saurais accueillir l'argument de l'intimée, selon lequel un grand nombre des fonctionnaires touchés par l'impartition n'auraient pu présenter un grief puisqu'ils avaient perdu, par suite de cette impartition, leur qualité de fonctionnaire. Il est maintenant établi que la mise en disponibilité ne prive pas un employé de son droit de faire grief⁴.

Je conclus par conséquent que la question renvoyée par l'intimée à la Commission ne saurait faire l'objet d'un renvoi sous le régime du paragraphe 99(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.

Je me prononce pour l'annulation de la décision attaquée.

* * *

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de prendre connaissance du projet des motifs de jugement de mon collègue Pratte, et dois exprimer respectueusement mon désaccord.

Cette demande fondée sur l'article 28 vise une décision rendue par la Commission des relations de travail dans la fonction publique, à l'égard d'un renvoi dont elle avait été saisie en application de l'article 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35. Il échet d'examiner en premier lieu si la Commission a vraiment compétence pour connaître de ce renvoi et, dans l'affirmative, si elle a commis une erreur de droit pour avoir conclu que l'employeur avait violé la convention collective en confiant aux entrepreneurs de l'extérieur certaines fonctions exercées jusque-là par les membres de l'unité de négociation. Les faits de la cause sont constants.

Le 4 novembre 1984, le gouvernement du Canada a annoncé l'objectif qu'il s'était fixé de

⁴ Voir *La Reine c. Lavoie*, [1978] 1 C.F. 778 (C.A.), et *Gloin c. Le procureur général du Canada*, [1978] 2 C.F. 307 (C.A.).

the size of the Public Service. Effective April 18, 1985, the Work Force Adjustment Policy agreed upon by the National Joint Council of the Public Service was approved by Treasury Board. In his May, 1985 budget, the Minister of Finance called for a reduction of 15,000 person years from the Public Service over a five-year period. The Work Force Adjustment Policy was incorporated in a Master Agreement between Treasury Board and the Public Service Alliance of Canada with a stated expiry date of June 30, 1988. The Master Agreement formed part of the collective agreement governing the employment of data processors employed by the Department of National Revenue, Customs and Excise, at all relevant times. Among its initiatives to reduce person years, that Department contracted out the work performed by over 270 data processors employed at various locations throughout Canada.

The Work Force Adjustment Policy contained the following relevant provisions:

3. POLICY

It is the policy of the Treasury Board that indeterminate employees whose services will no longer be required because of lack of work or the discontinuance of a function and who are suitable for an appointment shall, as far as is practicable, be redeployed to positions in the Public Service which are or which become vacant and for which they are qualified in the opinion of the PSC or for which they would be able to qualify with RETRAINING under specified conditions (see Section 8).

5.1.2 Departments shall review their use of employees appointed for specified periods (term employees) and their use of contracted services and should terminate them where such action would facilitate the REDEPLOYMENT of AFFECTED EMPLOYEES, SURPLUS EMPLOYEES, or LAID-OFF PERSONS.

6.1 ... To minimize the impact of a MAJOR WORK FORCE ADJUSTMENT situation on the AFFECTED EMPLOYEES, it is imperative that a human resource plan be established as early as possible ...

6.2 Factors to consider in developing a human resource plan include, but are not restricted to, the following:

(d) placement possibilities through the termination of specified period appointments and/or contracts for services;⁵

⁵ The policy sets forth, *inter alia*, the following definitions:

(Continued on next page)

réduire les effectifs de la fonction publique. Par la suite, la Politique concernant le réaménagement des effectifs, dont était convenu le Conseil national mixte de la fonction publique, a été approuvée par le Conseil du Trésor pour entrer en vigueur à compter du 18 avril 1985. Dans son budget de mai 1985, le ministre des Finances a prévu la suppression de 15 000 années-personnes dans la fonction publique en l'espace de cinq ans. La Politique concernant le réaménagement des effectifs a été incorporée dans la convention cadre conclue par le Conseil du Trésor et l'Alliance de la Fonction publique du Canada, et qui devait expirer le 30 juin 1988. La convention cadre faisait partie de la convention collective des préposés à la saisie des données en service au ministère du Revenu national, Douanes et Accise, pendant toute la période en cause. Entre autres initiatives de compression du personnel, ce Ministère a confié aux entrepreneurs de l'extérieur le travail assuré jusque-là par plus de 270 préposés au traitement des données, en service en différents lieux à travers le Canada.

Voici les dispositions applicables de la Politique concernant le réaménagement des effectifs:

3. POLITIQUE

Le Conseil du Trésor a pour politique de réaffecter, dans la mesure du possible, à un poste vacant de la Fonction publique, les employés nommés pour une période indéterminée dont les services ne sont plus requis en raison d'un manque de travail ou de la suppression d'un poste et qui, selon la CFP, ont ou pourraient acquérir, en suivant un programme de RECYCLAGE, les qualifications nécessaires (voir la section 8).

5.1.2 Les ministères doivent revoir la façon dont ils utilisent les services des employés nommés pour une période déterminée et les marchés de services, et devraient y mettre fin si cela est de nature à faciliter la RÉAFFECTATION des EMPLOYÉS TOUCHÉS, des EMPLOYÉS EXCÉDENTAIRES et des PERSONNES MISES EN DISPONIBILITÉ;

6.1 ... Pour minimiser l'incidence d'un RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS important sur les EMPLOYÉS TOUCHÉS, il est essentiel que soit établi dans les plus brefs délais un plan d'utilisation des ressources humaines.

6.2 Voici quelques-uns des facteurs dont il faut tenir compte au moment d'établir un plan d'utilisation des ressources humaines:

d) les possibilités de placement qui résulteraient de la fin des nominations pour une période déterminée ou de marchés de services, voire des deux⁵;

⁵ La Politique comprend, entre autres, les définitions suivantes:

(Suite à la page suivante)

Subsection 99(1) of the *Public Service Staff Relations Act* provides:

99. (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral award and the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the agreement or award, and the obligation, if any, is not one the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the agreement or award applies, either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board.

My emphasis. The provision must be read with subsection 91(1), which vests an employee with the right to grieve.

91. (1) Where any employee feels aggrieved

(a) by the interpretation or application, in respect of the employee, of

(i) a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment, or

(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) as a result of any occurrence or matter affecting the terms and conditions of employment of the employee, other than a provision described in subparagraph (a)(i) or (ii),

in respect of which no administrative procedure for redress is provided in or under an Act of Parliament, the employee is entitled, subject to subsection (2), to present the grievance at each of the levels, up to and including the final level, in the grievance process provided for by this Act.

(Continued from previous page)

AFFECTED EMPLOYEES: Indeterminate employees whose services will no longer be required because of WORK FORCE ADJUSTMENT situations.

SURPLUS EMPLOYEE: An indeterminate employee who has been declared surplus.

LAI-D-OFF PERSON: A person who has been laid-off pursuant to subsection 29(1) of the *Public Service Employment Act*.

REDEPLOYMENT: The appointment of an AFFECTED EMPLOYEE, a SURPLUS EMPLOYEE, or a LAID-OFF PERSON to a position for which he or she is QUALIFIED.

WORK FORCE ADJUSTMENT: A situation which occurs when a deputy head or DELEGATED OFFICER decides that the services of one or more indeterminate employees will no longer be required beyond a specified date because of lack of work or because of a discontinuance of a function. A major WORK FORCE ADJUSTMENT situation is one in which ten or more indeterminate employees in a department, in one or more locations, are affected at the same time.

Le paragraphe 99(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* porte:

99. (1) L'employeur et l'agent négociateur qui ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale peuvent, dans les cas où l'un ou l'autre cherche à faire exécuter une obligation qui, selon lui, découlerait de cette convention ou décision, renvoyer l'affaire à la Commission, dans les formes réglementaires, sauf s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire d'une unité de négociation visée par la convention ou la décision.

C'est moi qui ai ajouté le soulignement. Cette disposition doit être interprétée à la lumière du paragraphe 91(1), qui prévoit le droit des employés de présenter un grief.

91. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et si aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d'une loi fédérale, le fonctionnaire a le droit de présenter un grief à tous les paliers de la procédure prévue à cette fin par la présente loi, lorsqu'il s'estime lésé:

a) par l'interprétation ou l'application à son égard:

(i) soit d'une disposition législative, d'un règlement—administratif ou autre—, d'une instruction ou d'un autre acte pris par l'employeur concernant les conditions d'emploi,

(ii) soit d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) par suite de tout fait autre que ceux mentionnés aux sous-alinéas a(i) ou (ii) et portant atteinte à ses conditions d'emploi.

(Suite de la page précédente)

EMPLOYÉS TOUCHÉS: Les employés nommés pour une période indéterminée dont les services ne seront plus requis en raison d'un RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS.

EMPLOYÉ EXCÉDENTAIRE: Un employé nommé pour une période indéterminée qui a été déclaré excédentaire.

PERSONNE MISE EN DISPONIBILITÉ: Une personne qui a été mise en disponibilité conformément au paragraphe 29(1) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

RÉAFFECTATION: La nomination d'un EMPLOYÉ TOUCHÉ, d'un EMPLOYÉ EXCÉDENTAIRE ou d'une PERSONNE MISE EN DISPONIBILITÉ à un poste pour lequel il est QUALIFIÉ.

RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS: Situation qui se produit lorsqu'un sous-chef ou son AGENT DÉLÉGUÉ décide que les services d'un ou de plusieurs employés nommés pour une période indéterminée ne seront plus requis au-delà d'une certaine date en raison d'un manque de travail ou de la suppression d'une fonction. Un RÉAMÉNAGEMENT DES EFFECTIFS est considéré comme important lorsque au moins dix employés nommés pour une période indéterminée dans un ministère, dans un ou plusieurs lieux de travail, sont touchés au même moment.

The qualification of subsection 91(2) is not pertinent.

The reference was stated in the following terms:

6. On the basis of [paragraphs 5.1.2 and 6.2(d)], the Applicant submits that the Respondent is prohibited from contracting out services if such action would result in affected, surplus or laid off employees.

7. The above mentioned actions of the Respondent in contracting out the duties of the data capture section resulted in several employees being "affected", "surplus" or "laid off" as contemplated by the Workforce Adjustment Policy.

8. The Applicant submits, therefore, that the Respondent has acted in violation of the collective agreement and the provisions of the Workforce Adjustment Policy by adopting a course of action, that of contracting out data capture services, which has resulted in affected, surplus and laid off employees.

Among the relief sought, and the only relief granted, was a declaration that the contracting out of the data capture function had violated the collective agreement.

The evidence was that, of 278 affected employees in the bargaining unit, 11 retired, 202 were redeployed, 56 took the cash-out option provided for in the Work Force Adjustment Policy and 9 were laid off; of the latter, 3 were laid off on an accelerated basis at their own request and 3 were redeployed after lay-off. Some of those employees had filed individual grievances pursuant to subsection 91(1). A number of those were put in evidence and were examined by the learned Vice-Chairman, who made the following, uncontested, finding of fact:

They are not precisely in connection with the above described obligation relating to contracting services as defined in the Policy. The employees merely say in their grievances that they have been given little or no training or retraining as provided in the policy or that they should not have been laid off. The grievances have to do, as argued by counsel for the bargaining agent, with the implementation of the policy and not the act of contracting out itself.

La limitation prévue au paragraphe 91(2) ne s'applique pas en l'espèce.

Le renvoi était formulé en ces termes:

6. Compte tenu des dispositions susmentionnées, la requérante soutient qu'il est interdit au défendeur de sous-traiter des services si, par suite d'une telle mesure, des fonctionnaires sont touchés, sont déclarés excédentaires ou sont mis en disponibilité.

7. Par suite des mesures susmentionnées du défendeur, à savoir le fait d'avoir sous-traité les tâches de la Section de la saisie des données, plusieurs fonctionnaires ont été «touchés», ont été déclarés «excédentaires» ou ont été «mis en disponibilité» au sens de la Politique concernant le réaménagement des effectifs.

8. Par conséquent, la requérante soutient que le défendeur a agi en violation de la convention collective et des dispositions de la Politique concernant le réaménagement des effectifs en adoptant une telle ligne de conduite, à savoir en sous-traitant les services de saisie des données, de sorte que des fonctionnaires ont été touchés, ont été déclarés excédentaires ou ont été mis en disponibilité.

L'une des mesures de réparation auxquelles concluait la requérante et la seule qui lui fût accordée, était une décision déclarant que le fait de confier aux entrepreneurs de l'extérieur la fonction de saisie des données constituait une violation de la convention collective.

Il ressort du dossier que des 278 fonctionnaires touchés de l'unité de négociation dont s'agit, 11 ont pris leur retraite, 202 ont été réaffectés, 56 ont opté pour l'indemnité d'excédentaire que prévoyait la Politique concernant le réaménagement des effectifs, et neuf ont été mis en disponibilité; de ces derniers, trois ont choisi le régime de mise en disponibilité accélérée et trois autres ont été réaffectés par la suite. Quelques-uns de ces fonctionnaires avaient déposé des griefs individuels en application du paragraphe 91(1). Certains de ces griefs, produits en preuve, ont été examinés par le distingué vice-président de la Commission, qui a tiré la conclusion suivante sur les faits, laquelle n'a pas été contestée:

Ils n'ont pas précisément trait à l'obligation susmentionnée concernant les marchés de services visés par la Politique. Dans leurs griefs, les fonctionnaires disent simplement qu'ils ont reçu une formation insuffisante ou qu'ils n'ont pas reçu de formation ou n'ont pas été recyclés comme le prévoit la Politique ou qu'ils n'auraient pas dû être mis en disponibilité. Comme le soutient l'avocate de l'agent négociateur, ces griefs concernent l'application de la Politique et non le fait qu'on a eu recours à des sous-traitants.

He concluded:

My conclusion is that the problem here is of a general nature and that the grievance here being definitely a policy grievance as against an individual grievance, it belongs to the bargaining agent. The obligation was owed not to an individual employee but rather to the employees as a whole as represented by their bargaining agent. An employee may not have asked for the enforcement of the employer's obligation to "review the use of contracted services . . ." Such an obligation goes beyond the obligation owed to an individual employee and has to do with the bargaining agent and its very existence and *raison d'être*.

His use of the term "policy grievance" may have been unfortunate. In a subsequent decision of this Court,⁶ Hugessen J.A., observed [at page 2]:

Counsel described the grievance as a "policy grievance" but that concept, however useful it may be, is not known to the Act.

On its plain meaning [subsection 99(1)] only allows a reference to the Board where the alleged breach of obligation could not be the subject of an individual grievance. In the present case the collective agreement imposes certain obligations on the employer to give vacations to its employees. Those obligations may be enforced by the employees affected, and only by them. There is not, as counsel suggested, some further obligation, to be implied from the Collective Agreement, prohibiting the employer from promulgating policies the application of which the bargaining agent considers would breach the obligations owed to the individual employees.

In my opinion, the present case is to be distinguished on its facts from that. Here, there is no question of the unilateral adoption of a policy which, if applied, might breach the rights of an individual employee under the collective agreement. Rather, we have a policy, agreed upon by the employer and bargaining agent, and a dispute, not as to its application in respect of an individual employee as contemplated by subsection 91(1), but as to its application to the right of the employer to contract out the performance of services theretofore performed by members of the bargaining unit. I agree with the learned Vice-Chairman that the issue "goes beyond the obligation owed to an individual employee" and has to do with "the very existence and *raison d'être*" of the bargaining agent.

⁶ *Professional Institute of the Public Service v. Canada*, not yet reported, decision rendered September 27, 1990, Court file no. A-64-90 (P.S.S.R.B. file no. 169-2-480).

Il a conclu en ces termes:

Je conclus qu'en l'espèce, nous faisons face à un problème d'une nature générale et qu'étant donné qu'il s'agit clairement d'un grief de principe par opposition à un grief individuel, la question relève de l'agent négociateur. L'obligation existe non envers un fonctionnaire pris individuellement, mais plutôt envers les fonctionnaires pris dans leur ensemble, ceux-ci étant représentés par l'agent négociateur. Un fonctionnaire ne peut pas demander l'exécution de l'obligation incombant à l'employeur «de revoir la façon dont il utilise les services . . .». Une telle obligation va plus loin que l'obligation existant envers un fonctionnaire pris individuellement; elle concerne l'agent négociateur et son existence même ou sa *raison d'être*.

L'emploi de l'expression «grief de principe» n'est peut-être pas très heureux. Dans une décision subséquente de la Cour de céans⁶, M. le juge Hugessen, J.C.A., s'est prononcé en ces termes [à la page 2]:

L'avocat a qualifié le grief de «grief de politique» mais cette notion, quelle que soit son utilité, est inconnue de la Loi.

Pris dans son sens ordinaire, ce texte [le paragraphe 99(1)] n'autorise la saisine de la Commission que si le manquement présumé à une obligation ne peut faire l'objet d'un grief individuel. Dans le cas présent, la convention collective impose certaines obligations à l'employeur d'accorder des vacances à ses employés. Seuls les employés visés par ces obligations peuvent les faire exécuter. Il n'existe pas, contrairement à ce qu'a affirmé l'avocat, d'obligation supplémentaire découlant de la convention collective, interdisant à l'employeur de promulguer des politiques dont l'application, selon l'agent négociateur, irait à l'encontre des obligations envers les employés individuels.

À mon avis, les faits de la cause ne sont pas les mêmes dans les deux affaires. Il n'y a pas eu en l'espèce adoption unilatérale d'une politique qui, à l'application, porterait atteinte aux droits qu'un employé tient de la convention collective. Nous sommes par contre en présence d'une politique, convenue entre l'employeur et l'agent négociateur, et d'un litige, portant non sur son application à l'égard d'un employé dans les conditions prévues au paragraphe 91(1), mais sur son application au droit de l'employeur de confier aux entrepreneurs de l'extérieur l'exécution de tâches remplies jusque-là par des membres de l'unité de négociation. Je conviens avec le vice-président de la Commission que la question «va plus loin que l'obligation existant envers un fonctionnaire pris individuellement» et concerne l'agent négociateur et «son existence même ou sa *raison d'être*».

⁶ *Institut professionnel de la Fonction publique c. Canada*, décision rendue le 27 septembre 1990, encore inédite, numéro du greffe: A-64-90; dossier n° 169-2-480 de la C.R.T.F.P.

The jurisdictional issue appears not to have been raised in *Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 84 (C.A.), which applied an earlier decision, *Queen (The) v. Lavoie*, [1978] 1 F.C. 778 (C.A.). *Lavoie* involved an individual grievance as to whether a former employee had a right to grieve his dismissal. *CATCA* was a reference concerned with the entitlement of former employees to the retroactive benefits of a collective agreement concluded after their termination. The decision did, nevertheless, recognize that similar questions might be subject of individual grievance or reference. Heald J.A., observed, at page 91:

While the section of the Act in question in *Lavoie* was section [91], which confers the right to grieve personally upon an "employee", whereas in the case at bar, the authority to refer a matter to the Board is contained in section [99], the subject matter in each case is very similar, namely, the matter of an "employee"'s right to challenge a decision made affecting his entitlement to benefits arising out of his employment relationship.

It seems to me that the nature of the relief sought is relevant to whether or not the proceeding should be characterized as being the enforcement of an obligation "which may be the subject of a grievance of an employee". In all likelihood, some of the 278 affected employees, certainly some who were laid off, had a right personally to grieve on the basis of the alleged obligation not to contract out. But what of those who had accepted the cash-out option? The bargaining agent had lost them as members as a direct result of the employer's alleged failure to observe that obligation. In my opinion, the Board had jurisdiction to deal with the issue as raised in the reference, namely, whether the provisions of the Work Force Adjustment Policy gave rise to a general obligation on the part of the employer not to contract out services if that would result in affected, surplus or laid-off employees.⁷

⁷ In reaching this conclusion, I have not found it necessary to consider *American Farm Bureau Federation v. Canadian Import Tribunal*, a decision of the Supreme Court of Canada

La question de compétence ne semble pas avoir été soulevée dans *Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84 (C.A.), qui appliquait une décision antérieure, *La Reine c. Lavoie*, [1978] 1 C.F. 778 (C.A.). L'arrêt *Lavoie* portait sur un grief individuel au sujet de la question de savoir si un ancien employé avait le droit de formuler un grief contre son renvoi. *ACCTA* était un renvoi sur la question de savoir si des anciens employés pouvaient prétendre aux prestations rétroactives figurant dans une convention collective conclue après leur cessation d'emploi. La Cour a cependant conclu par cette décision que des questions semblables pourraient faire l'objet soit d'un grief soit d'un renvoi. Le juge Heald, J.C.A., a fait l'observation suivante, à la page 91:

Bien que dans l'affaire *Lavoie* l'article applicable de la Loi en question fût l'article [91] qui confère à l'«employé» le droit de présenter un grief à titre personnel, alors qu'en l'espèce le pouvoir de renvoyer une question devant la Commission est prévu à l'article [99], les deux affaires ont un objet à peu près identique, à savoir le droit d'un «employé» de contester une décision qui porte atteinte à son droit aux avantages découlant de ses rapports avec son employeur.

Il me semble que la nature du recours détermine la question de savoir s'il faut caractériser l'instance comme visant à l'exécution d'une obligation «qui peut faire l'objet d'un grief de la part d'un employé». En toute probabilité, certains de ces 278 employés touchés, et assurément certains de ceux qui ont été mis en disponibilité, avaient le droit de présenter personnellement un grief fondé sur l'obligation supposée de ne pas recourir aux entrepreneurs de l'extérieur. Mais qu'en est-il de ceux qui ont accepté une indemnité forfaitaire? L'agent négociateur avait perdu ces membres en raison directement du défaut reproché à l'employeur de respecter cette obligation. À mon avis, la Commission avait compétence pour connaître de la question soulevée dans le renvoi, savoir si les dispositions de la Politique concernant le réaménagement des effectifs donnaient lieu à une obligation générale de la part de l'employeur de ne pas confier des tâches aux entrepreneurs de l'extérieur, si pareille mesure devait se solder par des employés touchés, excédentaires ou mis en disponibilité⁷.

⁷ En tirant cette conclusion, je n'ai pas jugé nécessaire de me référer à l'arrêt *American Farm Bureau Federation c. Tribunal canadien des importations*, rendu le 8 novembre 1990 [Natio-

As to the substantive issue, the learned Vice-Chairman, after reciting at length from the Work Force Adjustment Policy and, in my view, correctly analyzing it, concluded:

The employer had an obligation under the Policy to review and when possible terminate contracting out arrangements in order to ensure the continued employment of indeterminate employees within the Public Service. This it failed to do. It set out to reduce the number of indeterminate employees and contracted out the identical jobs being performed by the employees in order to do so.

That conclusion is amply supported by the evidence.

The entire thrust of the Work Force Adjustment Policy is that, in a work force adjustment situation, indeterminate employees whose services would no longer be required would, as far as practicable, be redeployed and, if necessary, retrained. The Policy does not prohibit contracting out but it does contemplate that, to facilitate redeployment of "affected", "surplus" or "laid-off" personnel, the employer will, *inter alia*, review and terminate its use of contracted services. That requirement is utterly inconsistent with an intention to permit the creation of "affected", "surplus" or "laid-off" personnel by contracting out the very jobs that they have been doing. By definition, a "Work Force Adjustment" occurs when management decides that one or more indeterminate employees will no longer be required because of "lack of work" or "a discontinuance of a function". It cannot, in my view, be said that the services of an employee whose job has been contracted out are not required because of lack of work or the discontinuance of a function. That employee is not required only because the job has been contracted out. The work remains to be done and the function continues. The Vice-Chairman did not err in his determination that the employ-

En ce qui concerne la question de fond, le vice-président de la Commission, après avoir cité abondamment la Politique concernant le réaménagement des effectifs et après, à mon avis, l'avoir correctement analysée, a tiré la conclusion suivante:

La Politique obligeait l'employeur à réexaminer la sous-traitance et, lorsque c'était possible, à y mettre fin afin de préserver les emplois des fonctionnaires nommés pour une période indéterminée au sein de la fonction publique. Or l'employeur a manqué à cette obligation. Il a décidé de réduire le nombre de ces fonctionnaires et, à cette fin, il a sous-traité des fonctions identiques à celles que ces derniers remplissaient.

Cette conclusion est amplement étayée par les preuves produites.

L'esprit de la Politique concernant le réaménagement des effectifs, c'est qu'en cas de réaménagement des effectifs, les employés nommés pour une durée indéterminée et dont les services ne sont plus requis seraient réaffectés dans la mesure du possible et, si nécessaire, recyclés. Cette politique n'interdit pas l'impartition mais prévoit que, pour faciliter la réaffectation des employés «touchés», «excédentaires» ou «mis en disponibilité», l'employeur réexaminera le recours aux marchés de services et y mettra fin, entre autres. Cette obligation s'oppose absolument à l'intention de permettre la création d'employés «touchés», «excédentaires» ou «mis en disponibilité» en confiant à l'extérieur les tâches mêmes dont ils assuraient l'exécution. Par définition, il y a «réaménagement des effectifs» lorsque la haute direction décide qu'un ou plusieurs employés nommés pour une période indéterminée ne seront plus requis en raison d'un «manque de travail» ou de «la suppression d'une fonction». On ne saurait, à mon avis, dire d'un employé dont la tâche a été confiée à l'extérieur que ses services ne sont plus nécessaires faute de travail ou par suite de la suppression d'une fonction. Ses services ne sont plus requis parce que la fonction a été confiée aux entrepreneurs de l'exté-

(Continued from previous page)

rendered November 8, 1990, [*National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*], [1990] 2 S.C.R. 1324] which was not, of course, subject of argument. It is, nevertheless, an emphatic reminder of the curial deference owed an "expert" tribunal in the interpretation of its constituting legislation.

(Suite de la page précédente)

nal Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des Importations), [1990] 2 R.C.S. 1324] par la Cour suprême du Canada et qui n'a, bien entendu, pas été cité en l'espèce. Cet arrêt est néanmoins un rappel vigoureux du principe de non-ingérence du judiciaire dans l'interprétation par les tribunaux administratifs spécialisés de leur propre loi organique.

er's conduct was contrary to both the letter and spirit of the Work Force Adjustment Policy.

I would dismiss this section 28 application.

HEALD J.A.: I agree.

rieur. La tâche reste à accomplir et la fonction continue d'exister. Le vice-président de la Commission n'a pas commis une erreur en concluant que la conduite de l'employeur violait et la lettre et l'esprit de la Politique concernant le réaménagement des effectifs.

a Je me prononce pour le rejet de la demande fondée sur l'article 28 en l'espèce.

b LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

A-144-90

A-144-90

Maurice Dansereau, firefighter (*Applicant*)

v.

Guy Saint-Hilaire, in his capacity as President of an Appeal Board created pursuant to subsection 31(2) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, Public Service Commission, a legal entity duly established in accordance with the provisions of the *Public Service Employment Act*, General Administrator, Department of Transport, for the purposes of application of the *Public Service Employment Act*, Montréal International Airports Systems Corporate Group (*Respondents*)

INDEXED AS: *DANSEREAU v. CANADA (PUBLIC SERVICE APPEAL BOARD) (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, MacGuigan and Décary J.J.A.—Montréal, October 4 and 5; Ottawa, October 24, 1990.

Public Service — Termination of employment — Incompetence — Public Service Appeal Board approving departmental recommendation to release longtime employee for incompetence — No warning given work unsatisfactory — Board erred in not finding lack of warning relevant — Private sector rule requiring warning of possibility of dismissal applicable to Public Service in absence of unusual or urgent circumstances — Employer's silence as to incidents occurring before date on which applicant's performance first questioned waiver of right to present evidence of earlier conduct although favourable performance appraisals not absolving employee of past conduct not specifically criticized — Record so replete with instances of bad faith, finding of no bad faith gross error.

Judicial review — Applications to review — Public Service Appeal Board approving departmental recommendation to dismiss longtime employee for incompetence although no warning given — Failure to warn vitiating decision to dismiss for incompetence — Lack of warning not proof of bad faith, but combined with other evidence may demonstrate bad faith.

This was an application to set aside the Public Service Appeal Board's approval of a departmental recommendation to dismiss the applicant for incompetence pursuant to *Public Service Employment Act*, section 31. The applicant worked as a firefighter at the Dorval airport station from 1966 to 1975 when he was promoted to crew chief. Performance appraisals

Maurice Dansereau, pompier (*requérant*)

c.

^a Guy Saint-Hilaire, en qualité de président d'un comité d'appel institué aux termes du paragraphe 31(2) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33, Commission de la fonction publique, corps politique dûment constitué aux termes des dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, l'administrateur général du ministère des Transports, aux fins de l'application de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, Réseau des aéroports internationaux de Montréal/Corporatif (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: *DANSEREAU c. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA FONCTION PUBLIQUE) (C.A.)*

^d Cour d'appel, juges Marceau, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Montréal, 4 et 5 octobre; Ottawa, 24 octobre 1990.

^e *Fonction publique — Fin d'emploi — Incompétence — Un comité d'appel de la fonction publique a entériné une recommandation ministérielle portant renvoi d'un employé de longue date pour incompétence — Aucun avertissement ne lui a été donné disant que son travail était insatisfaisant — Le comité a commis une erreur en ne concluant pas que l'absence d'un avertissement était pertinente — La règle du secteur privé selon laquelle il faut avertir un employé avant qu'il ne puisse être congédié s'applique à la fonction publique en l'absence de circonstances extraordinaires ou pressantes — Le silence de l'employeur relativement à des incidents survenus avant la date à laquelle le rendement du requérant a été remis en question pour la première fois constitue une renonciation à son droit de faire la preuve de la conduite antérieure de ce dernier, même si des évaluations du rendement favorables n'absolvaient pas l'employé d'une conduite antérieure qui n'a fait l'objet d'aucun reproche particulier — Le dossier contient tant d'éléments de mauvaise foi que la conclusion d'absence de mauvaise foi constitue une erreur grossière.*

ⁱ *Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Un comité d'appel de la fonction publique a entériné une recommandation ministérielle visant à congédier un employé de longue date pour incompétence même si celui-ci n'a reçu aucun avertissement — Cette omission viciait la décision de congédier l'employé pour incompétence — L'absence d'avertissement n'est pas une preuve de mauvaise foi mais elle peut l'être si on la considère avec d'autres éléments de preuve.*

^j Il s'agit d'une demande visant à faire annuler l'entérinement par un comité d'appel de la fonction publique d'une recommandation ministérielle proposant le renvoi du requérant pour incompétence en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Le requérant a travaillé à titre de pompier à la caserne de l'aéroport de Dorval de 1966 à 1975

indicated that applicant had met all requirements until September 1985. In 1986, there was a tragic death in applicant's family. He was absent from work from February 1, 1987 to March 24, 1988 due to a criminal charge upon which he was acquitted. When he returned to work in March 1988, he was assigned non-supervisory responsibilities. In May he resumed his duties as captain and was not warned that his performance was inadequate. In June 1988, however, he received three unsatisfactory performance reports for the period beginning September 1985. Two of these were prepared by the applicant's superior officer who had hoped that the applicant would never return to work. The Department notified the applicant that it was recommending his demotion to firefighter for incompetence in performing supervisory duties. The applicant appealed this decision. In November, 1988 the appraisal report indicated that the applicant met the standard required for firefighter. Six days before the appeal was to be heard, the Department replaced the demotion recommendation with a dismissal recommendation. The Appeal Board disallowed the amendment. The Department sent a new notice informing applicant of the decision to recommend his dismissal for incompetence. The applicant appealed but the Appeal Board upheld the dismissal recommendation, holding that mere failure to warn of the possibility of dismissal was not a basis for vacating a decision to dismiss for incompetence which is otherwise valid. The Board declined to follow another Appeal Board's decision in *Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation)* wherein it was held that an unequivocal warning is required before dismissing an employee for incompetence and that failure to warn is proof of bad faith. The applicant argued that the lack of warning alone was sufficient to vitiate the decision and also that it showed bad faith. The issues were (1) whether the lack of warning vitiated the dismissal recommendation (2) whether the Board was limited to considering events occurring after September 1985, the date when the applicant's performance was first questioned and (3) whether the Board's decision was based on erroneous findings of fact and made without considering the evidence.

Held (Marceau J.A. dissenting), the application should be allowed.

Per Décary J.A. (MacGuigan J.A. concurring): (1) The applicant was entitled to a warning before being dismissed for incompetence and the Board erred in not finding the lack of warning relevant and in not considering whether unusual or urgent circumstances could justify it. The approach in *Dickinson* should have been followed. The general rule followed in the private sector, that in the absence of unusual or urgent circumstances an employee should be given a warning before being dismissed for incompetence, particularly when he has been performing his duties for a number of years, is applicable to the Public Service. The type of warning and period for correction will vary depending on the circumstances.

To leave open the issue of whether the lack of warning itself vitiated the decision or simply established the employer's bad

alors qu'il a accédé au poste de surveillant d'équipe. Les rapports d'appréciation indiquaient que le requérant répondait à toutes les exigences depuis septembre 1985. En 1986, il y eut une mort tragique dans sa famille. Il s'est absenté du travail du 1^{er} février 1987 au 24 mars 1988 en raison d'une accusation criminelle dont il a été blanchi. Lorsqu'il est retourné au travail en mars 1988, il a été affecté à des fonctions sans responsabilité de surveillance. Il a repris ses fonctions de capitaine au mois de mai sans qu'on l'avertisse que son rendement était inadéquat. Il a toutefois reçu, en juin 1988, trois rapports de rendement insatisfaisants pour la période commençant en septembre 1985. Deux de ces rapports avaient été préparés par le supérieur du requérant qui espérait que ce dernier ne revienne jamais au travail. Le Ministère a avisé le requérant qu'il recommandait sa rétrogradation au poste de pompier en raison de son incompetence dans l'exercice de ses fonctions de surveillance. Le requérant a interjeté appel de cette décision. En novembre 1988, le rapport d'appréciation indiquait que le requérant satisfaisait aux critères requis pour la fonction de pompier. Six jours avant l'audition de l'appel, le Ministère a substitué à la recommandation de rétrogradation celle de renvoi. Le Comité d'appel a refusé l'amendement. Le Ministère a envoyé un nouvel avis informant le requérant de la décision de recommander son renvoi pour incompetence. Celui-ci a interjeté appel mais le Comité d'appel a confirmé la recommandation de renvoi, statuant que la simple omission d'avertir le requérant de la possibilité de son renvoi ne justifiait pas l'annulation d'une décision de renvoi pour incompetence qui est autrement valide. Le Comité a refusé de suivre une autre décision d'un comité d'appel dans l'affaire *Dickinson c. ministère du Revenu national (Impôt)* où il a été jugé qu'il faut donner un avertissement sans équivoque avant de renvoyer un employé pour incompetence et que le défaut d'avertissement est une preuve de mauvaise foi. Le requérant a soutenu que l'absence d'avertissement suffisait à elle seule à annuler la décision et qu'elle était en outre une preuve de mauvaise foi. Il s'agissait de savoir (1) si l'absence d'avertissement viciait la recommandation de renvoi (2) si le Comité devait uniquement tenir compte des événements survenus après le mois de septembre 1985, époque à laquelle le rendement du requérant a été remis en question pour la première fois et (3) si le Comité a rendu sa décision en se fondant sur des conclusions de fait erronées et sans tenir compte de la preuve.

Arrêt (le juge Marceau, J.C.A. étant dissident): la demande devrait être accueillie.

Le juge Décary, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge MacGuigan, J.C.A.): (1) Le requérant avait droit à un avertissement avant d'être congédié pour incompetence et le Comité a commis une erreur en ne concluant pas que l'absence d'avertissement était pertinente et en ne se demandant pas si des circonstances extraordinaires ou pressantes pouvaient justifier un tel congédiement. L'approche adoptée dans l'affaire *Dickinson* aurait dû être suivie. La règle générale suivie dans le secteur privé selon laquelle, en l'absence de circonstances extraordinaires ou pressantes, un avertissement doit être donné à un employé avant qu'il ne puisse être congédié pour cause d'incompétence, surtout lorsqu'il exerce ses fonctions depuis nombres d'années, s'applique à la fonction publique. Le type d'avertissement et la période de correction varieront au gré des circonstances.

Ne pas trancher la question de savoir si l'absence d'avertissement suffit en elle-même à vicier la décision ou si elle établit

faith which vitiated the decision, would be unhealthy for the administration of justice. The applicant argued it both ways, although the two approaches are difficult to reconcile with each other within the same administrative tribunal. Lack of warning itself is not proof of bad faith, but combined with other evidence may demonstrate that the employer was not acting in good faith, if such demonstration is necessary when the absence of warning itself vitiates a decision to dismiss for incompetence.

(2) The Board erred in allowing the employer to present evidence of incidents occurring before September 1985. The employer in the dismissal recommendation limited its allegations of incompetence to those appearing in the performance reports for the period since September 1985. By its silence as to incidents occurring prior to that date, the employer waived the right to unearth justification for its dismissal in the earlier conduct of its employee. Although a favourable performance report does not absolve all actions by an employee which were not made the subject of specific complaint, an employer can by his own actions at the time of the dismissal waive any reference to a more distant past and set up an estoppel against himself.

(3) The Appeal Board based its conclusion that there was no bad faith on erroneous findings of fact and without considering the evidence before it. The record was rife with instances of bad faith so apparent that the Board could not have concluded that there was no bad faith without gross error. The Board also erred in basing its refusal to arrive at a conclusion of bad faith on *R. v. Larsen* and *Attorney General of Canada v. Loisel*. It was not interfering in the way in which the Department intended to dispose of the ousted employee to consider whether the Department had demonstrated bad faith in the manner of dismissing the applicant.

Per Marceau J.A. (dissenting): (1) The Board did not err in finding that the lack of warning did not automatically invalidate a dismissal recommendation. A warning is required only if it can serve some useful purpose. Dismissal for incompetence, under section 31 of the Act, is usually due to some intrinsic defect in the incumbent which does not allow him to provide the expected level of service. A warning may be useful in determining whether a performance problem is one of discipline or incapacity, but a valid judgment can be made as to incompetence without resorting to a warning.

(2) Nor did the Board err in considering incidents that occurred before September 1985. The Board was not restricted to a specific and limited period of time in determining whether the employer was justified in alleging incompetence, especially as it had to ensure that the allegations were not based entirely on a reaction prompted by recent events. The general observations contained in annual performance reports do not have binding evidentiary force. The letter sent to the Public Service Commission in support of the dismissal recommendation was not an undertaking not to go beyond the facts it expressly mentions as that would be giving it a binding force which even written pleadings in a court of law do not have. The type of

simplement la mauvaise foi de l'employeur qui a vicié la décision, n'est pas des plus sain pour l'administration de la justice. Le requérant a misé sur les deux tableaux, même si les deux approches sont difficilement conciliables au sein d'un même tribunal administratif. L'absence d'avertissement n'est pas en soi une preuve de mauvaise foi mais combinée à d'autres éléments de preuve, elle peut démontrer que l'employeur n'était pas de bonne foi, si cette démonstration doit être faite lorsque le défaut d'avertissement vicie en lui-même une décision de congédier pour cause d'incompétence.

(2) Le Comité a commis une erreur en permettant à l'employeur de faire la preuve d'incidents survenus avant septembre 1985. Dans sa recommandation de renvoi, celui-ci a limité ses allégations d'incompétence à celles figurant dans les rapports d'évaluation pour la période commençant en septembre 1985. Par son silence sur les incidents survenus avant cette date, l'employeur a renoncé à son droit de déterrer dans la conduite antérieure de son employé des éléments justificatifs de sa décision de renvoi. Bien qu'un rapport de rendement favorable ne soit pas une absolution de tous les gestes posés par un employé qui n'ont fait l'objet d'aucun reproche particulier, l'employeur peut, par ses propres agissements au moment du congédiement, renoncer à recourir à un passé plus lointain et établir contre lui-même une fin de non-recevoir.

(3) Le Comité d'appel a fondé sa conclusion selon laquelle il n'y avait aucune mauvaise foi sur des conclusions de fait erronées et sans tenir compte de la preuve qui lui a été soumise. Le dossier était tissé d'éléments de mauvaise foi si manifestes que le Comité ne pouvait sans commettre une lourde erreur conclure à l'absence de mauvaise foi. Il a également commis une erreur en fondant son refus de conclure à la mauvaise foi sur les affaires *R. c. Larsen* et *Le procureur général du Canada c. Loisel*. Ce n'est pas se mêler de la façon dont le Ministère entend disposer du fonctionnaire évincé que de se demander si ledit Ministère a fait preuve de mauvaise foi dans la façon de congédier le requérant.

Le juge Marceau, J.C.A. (*dissident*): (1) Le Comité n'a pas commis d'erreur en concluant que l'absence d'avertissement n'invaliderait pas automatiquement une recommandation de renvoi. Une mise en demeure n'est requise que si elle peut avoir une fin utile. Le renvoi pour incompétence en vertu de l'article 31 de la Loi est habituellement attribuable à un défaut intrinsèque du titulaire qui ne lui permet pas de fournir la qualité de prestation de service attendue. Une mise en demeure peut servir à déterminer si un problème de rendement en est un de discipline ou d'inaptitude mais il est possible de porter un jugement valide sur l'incompétence d'un employé sans le recours à cette mise en demeure.

(2) Le Comité n'a pas commis d'erreur non plus en prenant en considération les incidents survenus avant septembre 1985. Il n'avait pas à se cantonner dans une période précise et limitée pour vérifier si l'employeur avait raison d'alléguer l'incompétence, surtout qu'il lui fallait s'assurer que les allégations ne se rattachaient pas plutôt à une réaction suscitée par des faits récents. Les remarques générales contenues dans les rapports annuels de rendement n'ont pas une force probante péremptoire. La lettre adressée à la Commission de la fonction publique à l'appui de la recommandation de renvoi ne constituait pas un engagement à ne pas aller au-delà des faits qui y étaient expressément notés car cela lui aurait attribué un effet détermi-

evidence which is admissible in a case of disciplinary dismissal differs from that which is admissible in a case of dismissal for incompetence. In the former, the acts of misconduct must be specified so that the tribunal can be satisfied that they were committed and were serious enough to warrant the penalty. In the latter, the evidence could not relate to positive facts of the same type nor be as strict and precise.

(3) The Court lacked jurisdiction to intervene under *Federal Court Act*, paragraph 28(1)(c). The Appeal Board rendered a lengthy decision in which all the facts were discussed, analysed and considered. The decision was not made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

The Board could not substitute demotion for dismissal. Once it was satisfied as to the Department's good faith, and had recognized that the ousting of the applicant from his position was justified, it was bound by the recommendation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(1)(c).
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation), [1987] ABD [8-1] 162 (P.S.C.A.B.); *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Puerto Rico (Commonwealth) v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206; (1973), 42 D.L.R. (3d) 541; 15 C.C.C. (2d) 56 (C.A.); rev'd [1975] 1 S.C.R. 228; (1973), 41 D.L.R. (3d) 549; 14 C.C.C. (2d) 209.

CONSIDERED:

Hallé v. Bell Canada (1989), 99 N.R. 149 (F.C.A.); *R. v. Larsen*, [1981] 2 F.C. 199; (1980), 117 D.L.R. (3d) 377 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203 (C.A.).

REFERRED TO:

Produits Petro-Canada Inc. v. Moalli, [1987] R.J.Q. 261; (1986), 6 Q.A.C. 114; 26 Admin. L.R. 64; 16 C.C.E.L. 18 (C.A.); *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1984), 48 O.R. (2d) 225; 13 D.L.R. (4th) 220; 12 C.R.R. 86; 5 O.A.C. 371 (C.A.); *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1983), 44 O.R. (2d) 392; 4 D.L.R. (4th) 231; 10 C.R.R. 37 (Div. Ct.); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Rifou*, [1986] 3 F.C. 486; (1986), 13 C.C.E.L. 293; 86 CLLC 14,046; 25 C.R.R.

nant que même un acte de procédure devant une cour de justice n'a pas. Le type de preuve admissible dans un cas de licenciement disciplinaire diffère de celui qui est admissible dans un cas de licenciement pour incompétence. Dans le premier cas, les actes d'inconduite doivent être précisés de façon à ce que le tribunal puisse être convaincu qu'ils ont bien été commis et que leur gravité était suffisante pour justifier la sanction. Dans le second cas, la preuve ne saurait porter sur des faits positifs du même ordre ni être aussi stricte et précise.

(3) La Cour n'avait pas compétence pour intervenir en vertu de l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Comité d'appel a rendu une décision détaillée dans laquelle tous les faits ont été discutés, analysés et pris en considération. La décision n'a pas été rendue de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

Le Comité ne pouvait pas substituer la rétrogradation au renvoi. Une fois qu'il était convaincu de la bonne foi du Ministère et qu'il reconnaissait que l'évincement du requérant de son poste était justifié, il était lié par la recommandation.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28(1)c).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 31.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Dickinson c. ministère du Revenu national (Impôt), [1987] DCA [8-1] 162 (C.A.C.F.P.); *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206; (1973), 42 D.L.R. (3d) 541; 15 C.C.C. (2d) 56 (C.A.); infirmé à [1975] 1 R.C.S. 228; (1973), 41 D.L.R. (3d) 549; 14 C.C.C. (2d) 209.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hallé c. Bell Canada (1989), 99 N.R. 149 (C.A.F.); *R. c. Larsen*, [1981] 2 C.F. 199; (1980), 117 D.L.R. (3d) 377 (C.A.); *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli, [1987] R.J.Q. 261; (1986), 6 C.A.Q. 114; 26 Admin. L.R. 64; 16 C.C.E.L. 18 (C.A.); *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1984), 48 O.R. (2d) 225; 13 D.L.R. (4th) 220; 12 C.R.R. 86; 5 O.A.C. 371 (C.A.); *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1983), 44 O.R. (2d) 392; 4 D.L.R. (4th) 231; 10 C.R.R. 37 (C. Div.); *Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou*, [1986] 3 C.F. 486; (1986), 13 C.C.E.L. 293; 86 CLLC 14,046; 25

164; 72 N.R. 12 (C.A.); *Mojica v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 458; (1976), 14 N.R. 162 (C.A.).

C.R.R. 164; 72 N.R. 12 (C.A.); *Mojica c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 458; (1976), 14 N.R. 162 (C.A.).

AUTHORS CITED

Audet, George and Bonhomme, Robert *Wrongful Dismissal in Quebec*, 2nd ed., trans. by Thomas E. F. Brady, Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Aust, Edward A. *The Employment Contract*, Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Harris, David *Wrongful Dismissal*, Rev. and Cons. Toronto: Richard De Boo, 1990.

DOCTRINE

Audet, George et Bonhomme, Robert, *Le congédiement en droit québécois*, 2^e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Aust, Edward A. *Le contrat d'emploi*, Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Harris, David *Wrongful Dismissal*, Rev. and Cons. Toronto: Richard De Boo, 1990.

COUNSEL:

François Garneau for applicant.
R. Morneau for respondent.

AVOCATS:

François Garneau pour le requérant.
R. Morneau pour l'intimé.

SOLICITORS:

Desjardins, Ducharme, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

PROCUREURS:

Desjardins, Ducharme, Montréal, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

Voici les motifs du jugement rendu en français par

MARCEAU J.A. (*dissenting*): I am sorry, but I do not share the views of my brother Décary J.A. With respect, I take the liberty of doubting whether this Court falls within either of the conditions required by section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] of its enabling Act to intervene and set aside the Appeal Board's decision. I will try to explain my viewpoint as briefly as possible.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (*dissident*): Je regrette, mais je ne partage pas les vues de mon collègue, le juge Décary, J.C.A.. Je me permets, avec égards, de contester que cette Cour soit dans l'une ou l'autre des conditions requises par l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] de sa Loi habilitante pour intervenir et annuler la décision du Comité d'appel. Je vais essayer de m'expliquer le plus rapidement possible.

1. I find no error in the Appeal Board's approach in terms of law.

1. Sur le plan du droit, je ne vois aucune erreur dans l'approche du Comité d'appel.

First, I do not think that the Board can be faulted for refusing to agree that the lack of prior notice automatically invalidated a dismissal recommendation pursuant to section 31 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33. This is what the Board said on this point:

D'une part, je ne crois pas que l'on puisse reprocher au Comité d'avoir refusé d'admettre que l'absence de préavis rendait en droit automatiquement irrégulière une recommandation de renvoi en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33. Voici ce que le Comité dit sur ce point:

It was argued that the decision to dismiss the appellant for incompetence was improper because he was never confronted with the reasons for his dismissal nor warned that he was in danger of being dismissed if he did not improve. Though it seems to be true that the appellant was not formally warned he might be dismissed if there was no improvement, I cannot allow the appeal for a reason of this kind.

On prétend que la décision de renvoyer l'appellant pour incompetence est irrégulière étant donné qu'il n'avait jamais été confronté aux raisons motivant son renvoi, ni été prévenu d'une menace de renvoi à moins d'amélioration. Même s'il apparaît exact que l'appellant n'ait pas été formellement prévenu d'une possibilité de renvoi faute d'amélioration, je ne peux faire droit à l'appel pour une raison de ce genre.

First, there is no requirement in the Act that such a warning be given before making the decision to dismiss an employee pursuant to section 31 of the Act. Second, the dismissal mentioned in that section is not a disciplinary sanction for misconduct deliberately committed by an employee who could make amends and be encouraged to do so by such a dismissal,* but the withdrawal of a position or a group of duties from an employee who is unable to adequately perform what management is entitled to expect of him, and for reasons completely beyond his deliberate control, such as some form of incapacity, inability, inaptitude, fundamental deficiency, inadequacy or lack of skill or ability. In such a case, even the most serious of warnings is not likely to significantly change the situation, since the absence of the expected performance is not attributable simply to an act of the will but to an intrinsic defect or weakness in the incumbent which does not allow him to provide the legitimately expected quality of service. I therefore consider that mere failure to warn the employee concerned does not invalidate a decision to dismiss for incompetence taken regarding him.

The appellant's representative referred to *Dickinson*, [1987] ABD [8-1] 162 (Girard), in which the appeal was allowed because the employee had not been sufficiently warned of the risk he ran of losing his job if he did not improve his performance before the decision to dismiss was made. I respect the view my colleague may have on the point, but I am not persuaded myself that mere failure to warn an employee of the possibility of dismissal if he does not improve is a basis for vacating a decision to dismiss for incompetence which is otherwise valid. Clearly, it is necessary to ensure that the employee is not really able to do properly what is expected of him, and a warning may sometimes be one of the best ways of determining whether the performance problem identified is one of discipline rather than incapacity. However, it seems to me that a reasonably valid judgment can be made on an employee's incompetence without resorting to such a warning.

I concur in this approach and I think that, in *Hallé v. Bell Canada* (1989), 99 N.R. 149 (F.C.A.), the Court has in fact ruled to this effect. The judgment in *Bell Canada* was rendered in connection with section 61.5 (now 242 [R.S.C., 1985, c. L-2 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16)]) of the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1] (as added by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21; 1980-81-82-83, c. 47, s. 27; 1984, c. 39, s. 11) as the employment in that case was in the private sector, but the reasoning, which is essentially based on the notion that a warning can only be required if it can serve some useful purpose, could not differ with respect to employment in the public sector.

* Ed. Note: This should read "warning".

D'abord, rien dans la Loi n'exige de faire une pareille mise en demeure avant de prendre la décision de renvoyer un fonctionnaire en vertu de l'article 31 de la Loi. Ensuite, le renvoi prévu à cet article n'est pas une sanction disciplinaire à des actes répréhensibles posés volontairement par un fonctionnaire qui pourrait s'amender et être incité à le faire par une telle mise en demeure, mais le retrait d'un poste ou d'un ensemble de fonctions d'un fonctionnaire n'arrivant pas à accomplir adéquatement ce que la gestion est en droit d'attendre de lui, et cela pour des motifs totalement en dehors du contrôle de sa volonté, comme une certaine forme d'impéritie, d'inhabilité, d'inaptitude, de faiblesse fondamentale, d'insuffisance, ou de manque d'adresse ou de capacité. En pareil cas, même la plus sérieuse des mises en demeure n'est pas de nature à changer significativement quoique ce soit, puisque l'absence de la performance attendue n'est pas attribuable au simple contrôle de la volonté mais à un défaut, vice ou faiblesse intrinsèque du titulaire ne lui permettant pas de fournir la qualité de prestation de service légitimement attendue. J'estime donc que le seul défaut de mettre en demeure le fonctionnaire concerné n'annule pas le bien-fondé d'une décision de renvoi pour incompetence prise à son endroit.

La représentante de l'appelant a fait référence à la décision *Dickinson*, [1987] DCA [8-1] 162 (Girard), où l'appel a été maintenu parce que l'employé n'avait pas été suffisamment prévenu du risque qu'il encourait de perdre son emploi s'il n'améliorait pas sa performance avant que la décision de le renvoyer ne soit prise. Je respecte l'opinion que mon collègue peut avoir sur le sujet, mais je ne suis pas persuadé, pour ma part, que le seul défaut d'avoir prévenu un employé d'une possibilité de renvoi s'il ne s'améliorait pas permette d'annuler une décision de renvoi pour incompetence par ailleurs bien fondée. Évidemment, il faut s'assurer que l'employé n'est réellement pas en mesure de bien faire ce qu'on attend de lui, et la mise en demeure peut parfois être un des moyens importants mis en branle pour vérifier si le problème de rendement identifié n'en serait pas un de discipline plutôt que d'inaptitude. Il m'apparaît toutefois possible de porter un jugement raisonnablement bien fondé sur l'incompétence d'un employé sans le recours à cette mise en demeure.

Je partage cette façon de voir et je crois que cette Cour, dans l'arrêt *Hallé c. Bell Canada* (1989), 99 N.R. 149 (C.A.F.), s'est justement prononcée en ce sens. Cet arrêt *Bell Canada* était rendu dans le cadre de l'article 61.5 (aujourd'hui 242 [L.R.C. (1985), chap. L-2 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.) chap. 9, art. 16)]) du *Code canadien du travail* [S.R.C. 1970, chap. L-1] (ajouté par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21; 1980-81-82-83, chap. 47, art. 27; 1984, chap. 39, art. 11), l'emploi là en étant un du secteur privé, mais le raisonnement, qui repose en somme sur l'idée qu'une mise en demeure ne saurait être requise que si elle peut être utile, ne pourrait différer à l'égard d'un emploi du secteur public.

Second, I also do not feel that the Appeal Board can be faulted for taking into consideration facts and incidents that occurred before September 1985. There is in my opinion nothing in law to compel the Board to restrict itself to a specific and limited period of time in determining whether the employer was right in claiming simple incompetence, especially as it had to ensure that the allegations were not based entirely on a reaction prompted by recent events. It is true that there were favourable annual performance reports for the years prior to 1985, and those reports had their significance, but clearly no binding evidentiary force can be given to the general observations contained in that kind of report. I also agree that there was the letter of August 27, 1989, sent to the Public Service Commission in support of the dismissal recommendation, a document which was to play a central part and be subject to detailed comment, but to see this as containing an undertaking by the employer not to go beyond the facts it expressly mentions, it would ultimately have to be given a binding force which even written pleadings in a court of law, which are always subject to amendment, do not have.

It seems to me that here again what is involved is the importance of distinguishing between the two major types of dismissal, disciplinary dismissal and that based on incompetence. As I said in *Bell Canada, supra*, while no one has any trouble distinguishing in conceptual terms between a dismissal imposed because of an employee's misconduct and a dismissal resulting from an employee's inability to perform the duties of his position with the necessary skills and competence, in practice the confusion between these two types of dismissal seems to be quite frequent. This is understandable as the employee's failure to perform his duties will often be due to both misconduct and lack of aptitude, but it can only be regretted. In my opinion, the distinction between the two types of dismissal has important consequences for the function which an adjudicator or tribunal may be required to perform in acting on the employee's complaint. In the case of a disciplinary dismissal, the adjudicator or tribunal cannot be satisfied without evidence that the alleged act or acts of misconduct were in fact committed and that they

D'autre part, je ne crois pas non plus que l'on puisse reprocher au Comité d'appel d'avoir pris en considération des faits et incidents survenus avant septembre 1985. Rien à mon sens ne forçait en droit le Comité à se cantonner dans une période de temps précise et limitée pour vérifier si l'employeur avait raison de prétendre à incompetence pure et simple, surtout qu'il lui fallait s'assurer que les allégations ne se rattachaient pas plutôt à une réaction suscitée par des faits récents. Il y avait, il est vrai, pour les années antérieures à 1985, des rapports annuels de rendement favorable et ces rapports avaient leur importance, mais il est évident qu'on ne saurait donner aux remarques générales contenues à ce genre de rapport une force probante péremptoire. Il y avait aussi, j'en conviens, la lettre du 27 août 1989, adressé à la Commission de la fonction publique à l'appui de la recommandation de renvoi, un document qui devait se voir reconnaître un rôle central et être soumise à explication soignée, mais pour en tirer une renonciation de l'employeur à aller au-delà des faits qui y étaient expressément notés il faudrait lui attribuer définitivement un effet déterminant que même un acte de procédure devant une cour de justice n'a pas, lui qui est toujours sujet à amendement.

Ce qui me paraît, ici encore, mise en cause est l'importance de distinguer entre les deux grands types de licenciement, le licenciement disciplinaire et celui basé sur l'incompétence. Comme je le disais dans la cause *Bell Canada* (*supra*), si personne n'a de peine à distinguer sur le plan des concepts entre un congédiement imposé à cause de l'inconduite de l'employé et un licenciement résultant de l'incapacité de l'employé d'exécuter les fonctions de sa tâche avec l'habileté et la compétence requises, en pratique la confusion entre les deux types de licenciement semble fort fréquente. On peut comprendre qu'il en soit ainsi, le défaut de l'employé de remplir sa tâche se rattachant souvent tout à la fois à des fautes de comportement et à des faiblesses d'aptitude, mais, on ne peut que le regretter. C'est que la distinction entre les deux types de licenciement a, à mon avis, des conséquences importantes sur le rôle qu'un arbitre ou un tribunal peut être appelé à jouer dans la mise en œuvre du recours de l'employé. Dans le cas de licenciement disciplinaire, l'arbitre ou le tribunal ne peut se satisfaire sans la preuve que l'acte ou les

were sufficiently serious to warrant the penalty, and in this context it is easy to see the function assumed by rules such as that of prior notice or the necessity to specify the acts alleged; but in the case of a dismissal for incompetence, the inquiry is of a completely different kind and the evidence to be considered could not relate to positive facts of the same type, nor be as strict and precise.

2. As regards the facts, I do not agree, and again I say so with respect, that this Court is empowered to intervene as part of its review function.

What is being suggested is that the Appeal Board should have ruled that the employer acted in bad faith in recommending that the applicant be dismissed. In support of this suggestion, certain actions by the departmental authorities are put forward: it is especially pointed out that the Department prepared and issued three appraisal reports a few weeks apart, two of them relating to earlier periods; that it deprived the applicant in practice of his responsibilities as crew chief; that it sent the applicant to a doctor for a medical check-up without telling him that the doctor in question was a psychiatrist; that it changed its demotion recommendation to a dismissal recommendation at the last minute; and that with its recommendation it sent the Commission a letter containing ambiguous statements.

My reaction is straightforward. The Appeal Board rendered a decision of some twenty long pages written with particular care. The central part of its decision consisted of reviewing the evidence in detail and explaining why it had come to the conclusion that, despite the initially surprising nature of some facts—which were explained by the highly exceptional nature of the situation as a whole—the applicant's superiors had acted in good faith. It is true that no mention was made in the decision of the letter accompanying the recommendation, but this letter concerned the proceeding before the Commission rather than relations between the applicant and his superiors or co-workers, and as it was intended to be entered in the record it was certainly not written with any view to

actes d'inconduite reprochés ont bien été commis et que leur gravité était suffisante pour justifier la sanction, et l'on voit tout de suite, dans cette optique, le rôle que l'on peut attribuer à des règles comme celle du préavis ou de la nécessité de préciser les actes reprochés. Mais dans le cas de licenciement pour cause d'incompétence, la vérification à assurer est de toute autre espèce et la preuve à considérer ne saurait porter sur des faits positifs de même ordre, ni être aussi stricte et précise.

2. Sur le plan des faits, je n'admets pas, je le dis toujours avec égards, que cette Cour, dans l'exercice de son rôle de révision, soit habilitée à intervenir.

Ce que l'on affirme, c'est que le Comité d'appel aurait dû statuer que l'employeur avait agi de mauvaise foi en recommandant le renvoi du requérant. Et pour appuyer l'affirmation, on remet en lumière certains agissements des autorités du Ministère; on relève principalement qu'il a préparé et émis trois rapports d'évaluation à quelques semaines d'intervalle, deux d'entre eux se rapportant à des périodes antérieures; qu'il a enlevé au requérant, en pratique, ses responsabilités de chef d'équipe; qu'il a dirigé le requérant chez un médecin pour vérification médicale sans lui indiquer qu'il s'agissait d'un psychiatre; qu'il a, à la dernière minute, changé sa recommandation de rétrogradation en recommandation de renvoi; qu'il a fait parvenir à la Commission, avec sa recommandation, une lettre qui contenait des affirmations équivoques.

Ma réaction est simple. Le Comité d'appel a rendu une décision de quelque vingt longues pages écrites de façon particulièrement soignée. La partie centrale de sa décision a consisté à reprendre en détail la preuve et à expliquer pourquoi il en était venu à la conclusion que, malgré le caractère à première vue étonnant de certains faits—qui s'expliquait par le caractère fort exceptionnel de la situation d'ensemble—les supérieurs du requérant avaient agi de bonne foi. Il est vrai qu'il n'est pas fait mention dans la décision de la lettre accompagnatrice de la recommandation, mais cette lettre se rapportait à la procédure devant la Commission plutôt qu'aux relations entre le requérant et ses supérieurs ou compagnons de travail, et destinée qu'elle était à être versée au dossier, elle n'avait

deception. However, quite apart from this letter to which I myself, as I have already said and I repeat with respect, attach no conclusive effect, all the facts cited above were discussed, analysed and taken into consideration.

The Board rendered this decision at the conclusion of a hearing which lasted six days, during which it was able to hear and question thirteen witnesses, twelve of them called by the employer, the applicant's superiors, personnel officers, co-workers and union representative, and only one by the applicant, a person who was obviously from outside and identified as "a salesman".

I simply cannot see, and once again I say this with respect, how this Court, which does not even have the transcript of this testimony before it, can maintain that the Board's finding made in good faith is erroneous, that it was "made", to use the language of paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act* itself, "in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it" and that a conclusion of bad faith must be substituted for it.

I should mention one final point. I too was somewhat troubled by the finality of a dismissal and considered whether the Board should not have imposed a demotion instead. Had the Department changed its recommendation belatedly; had the applicant's superiors not admitted in one appraisal report that he could perform the duties of an ordinary firefighter satisfactorily; did most of the evidence regarding incapacity not relate to the position of crew chief? On reflection, however, I realize that the Board could not make a substitution itself. Once it had no further doubts as to the Department's good faith, as it found the explanations given to be satisfactory, and once it recognized that the ousting of the applicant from the position of team leader which he had occupied was justified on the evidence, the Board was bound by the recommendation. That is the position adopted by this Court in two leading cases, *R. v. Larsen*, [1981] 2 F.C. 199 and *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203, and from which it has never since departed. I admit that the textual argument put forward in support of these decisions may be not fully persuasive, but the argument based on the general scheme of the Act

certaines pas été écrite en vue de tromper qui que ce soit. Mais à part cette lettre à laquelle je n'attache pour ma part, je l'ai dit déjà et je le répète avec respect, aucun caractère déterminant, tous les faits cités plus haut sont discutés, analysés et pris en considération.

Or cette décision, le Comité l'a rendue aux termes d'une audition qui a duré six jours au cours desquels il a pu entendre et interroger treize témoins, douze convoqués par l'employeur: supérieurs du requérant, agents de personnel, compagnons de travail, responsable syndical, et un seul par le requérant, une personne manifestement de l'extérieur identifiée comme «un vendeur».

Je ne vois tout simplement pas, encore une fois je le dis avec égards, comment cette Cour, qui ne dispose même pas de la transcription de ces témoignages, puisse prétendre que la conclusion de bonne foi du Comité est erronée, qu'elle a été «tirée» pour utiliser les termes mêmes de l'alinéa 28(1)c de la *Loi sur la Cour fédérale*, «de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance» et qu'il faut lui substituer une conclusion de mauvaise foi.

Il me faut toucher un dernier point. J'ai été, moi aussi, quelque peu troublé par le caractère définitif d'un licenciement et me suis demandé si le Comité n'aurait pas dû imposer au lieu une rétrogradation. Le Ministère n'avait-il pas changé sa recommandation sur le tard; les supérieurs du requérant n'avaient-ils pas reconnu, dans un rapport d'évaluation, qu'il pouvait remplir des tâches de simple pompier de façon satisfaisante; l'essentiel de la preuve d'incapacité n'avait-il par porté sur la tâche de chef d'équipe? À la réflexion, j'ai réalisé cependant que le Comité ne pouvait opérer de lui-même la substitution. Dès lors qu'il ne mettait plus en doute la bonne foi du Ministère, jugeant satisfaisantes les explications fournies, et qu'il reconnaissait que l'évincement du requérant du poste de chef d'équipe qui était le sien était, selon la preuve, justifié, le Comité était lié par la recommandation. C'est la position que cette Cour a adopté dans deux arrêts de principe. *R. c. Larsen*, [1981] 2 C.F. 199 et *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203, et de laquelle elle n'a jamais depuis dérogé. L'argument de texte invoqué au soutien de ces décisions n'est peut-être pas pleinement convaincant, je le reconnais, mais l'ar-

and the insoluble practical consequences which a different position would have seem unanswerable. In any case, I do not think there is any reason to repudiate the authority of these decisions now. If they were wrong, in view of their obvious importance it would have been easy for Parliament to intervene and it has had ample time to do so.

I am accordingly of the opinion that this Court is not within the conditions required to give effect to this application to set aside the Board's decision.

* * *

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

DÉCARY J.A.: The Court has before it an application to set aside made pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* from a decision made by a Public Service Appeal Board chaired by the respondent Saint-Hilaire. That decision approved the recommendation to dismiss the applicant for incompetence made by the General Administrator, Department of Transport, pursuant to section 31 of the *Public Service Employment Act* ("the Act").

FACTS

The main facts are not really at issue. The applicant was hired by the Department of Transport in 1966 as a firefighter at the Dorval airport station. He was promoted to the position of fire officer (captain) in 1975. In 1988 the title of this position was changed to fire crew chief. Until September 1985 the applicant's appraisal reports indicated that his performance met all the requirements and it does not appear that any warning, reprimand or notice of any kind was given to him until, in June 1988, he received his performance report for the period beginning September 1985. In July 1986 the applicant's daughter died under tragic circumstances. From February 1, 1987 to March 24, 1988 the applicant was absent from work on account of a criminal charge, of which he was cleared on March 23, 1988 as the result of a motion of nonsuit made after the Crown had completed its evidence. The hearing before the Appeal Board disclosed that the applicant's superior offi-

gument tiré de l'économie générale de la Loi et des conséquences pratiques insolubles qu'une position différente pourrait engendrer paraît irréfutable. De toute façon, je ne crois pas qu'il y ait lieu de répudier maintenant l'autorité de ces décisions. Si elles étaient mal fondées, étant donné leur importance évidente, il aurait été facile au Parlement d'intervenir et il aurait eu amplement le temps de le faire.

Ainsi, je suis d'avis que cette Cour n'est pas dans les conditions pour donner effet à cette demande d'annulation de la décision du Comité.

* * *

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Nous sommes saisis d'une demande d'annulation présentée en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* à l'encontre d'une décision rendue par un comité d'appel de la fonction publique présidé par l'intimé Saint-Hilaire. Cette décision entérinait la recommandation de renvoi pour incompetence du requérant formulée par l'administrateur général du ministère des Transports en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* («la Loi»).

LES FAITS

Les principaux faits ne portent pas vraiment à litige. Le requérant a été embauché par le ministère des Transport en 1966 en qualité de pompier à la caserne de l'aéroport de Dorval. Il a accédé au poste d'officier pompier (capitaine) en 1975. Le titre de ce poste était changé, en 1988, en celui de surveillant d'équipe de pompiers. Les rapports d'appréciation du requérant, jusqu'à septembre 1985, étaient à l'effet que son rendement répondait à toutes les exigences et il n'appert pas que quelque mise en garde, réprimande ou mise en demeure de quelque nature que ce soit lui ait été adressée avant qu'il reçoive, en juin 1988, son rapport de rendement visant la période commençant en septembre 1985. En juillet 1986, la fille du requérant décédait tragiquement. Du 1^{er} février 1987 au 24 mars 1988, le requérant s'absentait de son travail en raison d'une accusation criminelle dont il a été blanchi le 23 mars 1988 à la suite d'une motion de non-lieu présentée après que la

cer, Chief Authier, and some of his colleagues who had followed the trial hoped that the applicant would never return to work. In February 1988, while he was awaiting the outcome of the criminal proceedings, the applicant received an order to go to the office of a certain Dr. Brunet for a medical examination, but was not told that this doctor was a psychiatrist. The psychiatric examination disclosed nothing abnormal in the applicant.

The applicant returned to work on March 25, 1988 and was then assigned to duties without supervisory responsibilities to facilitate his resumption of work. On May 16, 1988 he resumed his usual duties of captain, and was not told that his competence was less than expected or that he had problems needing correction.

Barely a month later the applicant received, in the space of one week, namely on June 14, 15 and 22, 1988, three performance reports for the periods September 1985—August 1986, September 1986—January 1987 and March 1988—June 1988 respectively. These reports, two of which are identical in all respects, indicated for the first time in his career performance below the required standard. Two of these reports were prepared by Chief Authier. None of them were submitted to the review committee, despite the favourable reports which the applicant had received until September 1985. "Performance appraisal summaries" for the applicant were attached to these reports, but these summaries were neither dated nor signed.

On receipt of the third report on June 22, 1988, the Department forthwith and without further notice removed the applicant from his duties as crew chief and assigned him to the duties of an ordinary fireman. On October 27, 1988 the Department informed him that it had decided to recommend that he be demoted to the position of firefighter because of his incompetence in performing the supervisory duties of his position as captain. The applicant then appealed this decision. On November 18, 1988 the applicant's superior, in an appraisal report, concluded that his performance met the standard required for the position of firefighter.

Couronne eût complété sa preuve. L'enquête devant le Comité d'appel a révélé que le supérieur en titre du requérant, le chef Authier, et certains de ses collègues qui avaient suivi le procès espéraient que le requérant ne revienne jamais au travail. En février 1988, alors qu'il attendait le dénouement des procédures criminelles, le requérant reçut l'ordre de se présenter pour fins d'examen médical au cabinet d'un certain docteur Brunet, sans qu'on ne lui précisât que ce docteur était un psychiatre. L'examen psychiatrique ne révéla rien d'anormal chez le requérant.

Le requérant est retourné au travail le 25 mars 1988 et il fut alors affecté à des fonctions sans responsabilité de surveillance afin de faciliter sa réintégration. Le 16 mai 1988, il reprit ses fonctions habituelles de capitaine, sans qu'on ne lui indiquât que sa compétence laissait à désirer ou qu'il avait des lacunes à corriger.

À peine un mois plus tard, le requérant reçut, en l'espace d'une semaine, soit les 14, 15 et 22 juin 1988, trois rapports de rendement visant respectivement les périodes septembre 1985—août 1986, septembre 1986—janvier 1987 et mars 1988—juin 1988. Ces rapports, dont deux sont en tous points identiques, indiquaient, pour la première fois de sa carrière, un rendement inférieur aux exigences requises. Deux de ces rapports avaient été préparés par le chef Authier. Aucun d'eux n'avait été soumis au comité de révision, contrairement aux rapports favorables que le requérant avait reçus jusqu'en septembre 1985. Des «résumés de l'évaluation du rendement» du requérant étaient joints à ces rapports, mais ces résumés n'étaient ni datés ni signés.

Sur réception du troisième rapport, le 22 juin 1988, le Ministère retirait immédiatement et sans autre avis au requérant ses fonctions de chef d'équipe et lui assignait des fonctions de simple pompier. Le 27 octobre 1988, le Ministère l'avisait de sa décision de recommander sa rétrogradation au poste de pompier en raison de son incompetence à accomplir les fonctions de surveillance de son poste de capitaine. Le requérant en appelait alors de cette décision. Le 18 novembre 1988, le supérieur du requérant, dans un rapport d'appréciation, concluait que son rendement correspondait aux exigences requises pour la fonction de pompier.

On April 19, 1989, six days before the appeal of the demotion recommendation was heard and without further explanation or warning, the Department changed its mind and informed the applicant that the demotion recommendation had been altered and replaced by a dismissal recommendation. On April 25, 1989, at the hearing of the appeal, the Appeal Board disallowed the amendment and suggested that the Department start from scratch, which the Department at once did by sending the applicant on April 27, 1989 a notice dated the previous day officially informing him of the decision taken to recommend his dismissal from the Public Service for "incompetence in performing the duties of the position of [captain]". Also on April 27, 1989, in a more extensive document a copy of which was not given to the applicant, the Department sent his dismissal recommendation to the Public Service Commission.¹

Le 19 avril 1989, six jours avant l'audition de l'appel relatif à la recommandation de rétrogradation et sans autre explication ni avertissement, le Ministère se ravisait et informait le requérant que la recommandation de rétrogradation était modifiée et remplacée par une recommandation de renvoi. Le 25 avril 1989, lors de l'audition de l'appel, le Comité d'appel refusait l'amendement et suggérait au Ministère de recommencer à zéro, ce que le Ministère fit aussitôt en transmettant au requérant, le 27 avril 1989, un avis daté de la veille l'informant officiellement de la décision prise de recommander son renvoi de la fonction publique pour «incompétence à accomplir les fonctions du poste de (capitaine)». Ce même 27 avril 1989, dans un document plus étoffé dont le requérant ne reçut pas copie, le Ministère transmettait à la Commission de la fonction publique sa recommandation de renvoi¹.

¹ The relevant passages of this document read as follows:

Reasons for recommendation:

Mr. Dansereau has held his present position since February 6, 1975. The three last appraisal reports prepared regarding him indicate unsatisfactory performance (copies already sent to you). The reports cover the periods from September 1, 1985 to August 30, 1986, September 1986 to January 31, 1987 and March 25 to June 22, 1988.

The reports indicate that:

- Mr. Dansereau does not discharge his responsibility of directing and superintending the daily activities of his crew;
- Mr. Dansereau is unable to direct and give training courses;
- during a short period of five and a half weeks an incident occurred in which Mr. Dansereau made serious mistakes, jeopardizing the safety of his employees;
- there has been no improvement in Mr. Dansereau's performance since the previous appraisal reports in which his performance was below the standard required by the position;
- although technically he attained a satisfactory level of performance, Mr. Dansereau demonstrated problems of integration and interpersonal relations with his colleagues: he thus created a work atmosphere which could compromise his safety and that of the other firefighters in the crew.

In view of this situation, we have no alternative but to recommend his dismissal pursuant to s. 31 of the *Public Service Employment Act*. Mr. Dansereau was told of our decision and his right to appeal it on April 26, 1989 (copy of letter attached), and we attach hereto an acknowledgment of receipt indicating that the letter was hand delivered to Mr. Dansereau on April 27, 1989.

¹ Les extraits pertinents de ce document se lisent comme suit:

Motifs de la recommandation:

Monsieur Dansereau occupe son poste actuel depuis le 6 février 1975. Les trois (3) derniers rapports d'appréciation préparés à son égard démontrent un rendement insatisfaisant (copies déjà en votre possession). Les rapports couvrent les périodes du 1^{er} sept. 1985 au 30 août 1986, de sept. 1986 au 31 janvier 1987, et du 25 mars 1988 au 22 juin 1988.

Les rapports révèlent que:

- M. Dansereau n'assume pas sa responsabilité de diriger et surveiller les activités quotidiennes de son équipe;
- M. Dansereau est incapable de diriger et donner des cours de formation;
- durant une courte période de 5 semaines et demie, il est arrivé un incident où M. Dansereau a fait des erreurs graves, mettant en cause la sécurité de ses employés;
- aucune amélioration du rendement de M. Dansereau ne fut reflétée depuis les rapports d'évaluation précédents où son rendement était inférieur aux exigences requises par le poste.
- quoique celui-ci atteint un niveau de rendement acceptable du côté technique, M. Dansereau démontre des problèmes d'intégration et de relations interpersonnelles avec ses collègues. Il crée ainsi un climat de travail pouvant compromettre sa sécurité et celle des autres pompiers dans l'équipe.

Face à cette situation, nous n'avons d'autre alternative que de recommander son renvoi et ce, en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi de la Fonction publique (sic)*. Monsieur Dansereau fut informé de notre décision et de son droit d'en appeler de celle-ci le 26 avril 1989 (copie de la lettre ci-jointe) et nous joignons à la présente copie, un accusé de réception attestant que la lettre aurait été livrée en main propre à Monsieur Dansereau le 27 avril 1989.

The applicant appealed to an Appeal Board from the decision to recommend his dismissal. In the decision now before the Court, the Appeal Board upheld the dismissal recommendation.

ARGUMENTS

The applicant submitted several grounds for review, which I will group as follows:

1. the Appeal Board erred in law in finding that the lack of a warning did not by itself make the dismissal recommendation arbitrary or wrongful;
2. the Appeal Board erred in law in taking into consideration facts and incidents that occurred before September 1985, when the applicant's performance had never been questioned by the employer until that date;
3. the Appeal Board based its decision on erroneous findings of fact and without taking into account the evidence before it, in not holding that the applicant's employer acted in bad faith in recommending his dismissal;

and, if none of these three arguments is accepted,

4(a) the Appeal Board exceeded its jurisdiction by approving the dismissal recommendation without any evidence to indicate that the applicant was incompetent as a firefighter, the position he held at the time the recommendation was made;

4(b) the Appeal Board refused to exercise its jurisdiction by refusing to exercise the discretion conferred on it by paragraph 31(3)(b) of the Act and suggest that the dismissal recommendation be made a recommendation for demotion.

1. Lack of warning

In its decision the Appeal Board acknowledged that the applicant was never formally warned that he might be dismissed if he did not improve his performance. Worse still, not only was the applicant never told before June 1988 that his performance did not meet the requirements of his position, but in fact up to that date he was always told that his performance was satisfactory.

Le requérant en a appelé à un Comité d'appel de la décision de recommander son renvoi. Le Comité d'appel, dans la décision attaquée devant nous, a confirmé la recommandation de renvoi.

LES ARGUMENTS

Le requérant a soumis plusieurs motifs de révision, que je regrouperai comme suit:

1. le Comité d'appel aurait erré en droit en statuant que l'absence d'avertissement ne rendait pas par le fait même arbitraire ou abusive la recommandation de renvoi;
2. le Comité d'appel aurait erré en droit en prenant en considération des faits et des incidents survenus avant septembre 1985, alors que le rendement du requérant n'avait jusqu'alors jamais été remis en question par l'employeur;
3. le Comité d'appel aurait fondé sa décision sur des conclusions de faits erronées et sans tenir compte des éléments de preuve devant lui, en ne statuant pas que l'employeur du requérant avait agi de mauvaise foi en recommandant son renvoi;

et, dans l'hypothèse où aucun de ces trois moyens n'était retenu:

4a) le Comité d'appel aurait outrepassé sa compétence en entérinant la recommandation de renvoi en l'absence de toute preuve indiquant que le requérant était incompetent comme pompier, poste qu'il occupait au moment de la recommandation;

4b) le Comité d'appel aurait refusé d'exercer sa compétence en refusant d'exercer la discrétion que lui conférerait l'alinéa 31(3)b) de la Loi et de suggérer de transformer la recommandation de renvoi en une recommandation de rétrogradation.

1. L'absence d'avertissement

Le Comité d'appel a reconnu, dans sa décision, que le requérant n'avait jamais été formellement prévenu d'une possibilité de renvoi s'il n'améliorait pas son rendement. Pis encore, non seulement le requérant n'a-t-il jamais été informé, avant juin 1988, que son rendement ne rencontrait pas les exigences de son poste, mais de plus avait-il toujours été informé jusque-là que son rendement était satisfaisant.

Counsel for the applicant submitted that this was a fatal defect in the dismissal recommendation, and he based his contention on *Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation)*² in which an Appeal Board, with considerable precedent and government practice in support, concluded as follows [at pages 164-177]:

The sole issue for determination was whether Mr. Dickinson received or was entitled to receive notice of the deputy head's intention to recommend his demotion based on incompetence

As noted, the appellant's sole argument, apart from leading evidence to the effect that portions of the work review were incorrect, was to the effect that the department proceeded with this recommendation in bad faith in failing to bring problem areas to the appellant's attention, offering him an opportunity to improve and warning him of the consequences for failing to do so.

Of critical importance, however, is the question of notice or warning which is in the realm of fundamental fairness. True, this inquiry affords the appellant a full right to be heard and the question of his possible competence in the future is not within the jurisdiction of this board of inquiry. Nevertheless, the concept of warning an employee of the consequences of continued unacceptable performance is more than a formality or a courtesy to be extended only to employees who are otherwise well-liked; it is elementary fairness. The department acknowledged that such warnings, followed by a period during which performance will be monitored are usually given but that the extraordinary circumstances of this case required immediate removal without warning. I find that no such circumstances existed. In point of fact, I find it particularly disturbing to note the inconsistency between that contention on the one hand and the fact that the department waited from the first week in December to the third week in January to find that circumstances of which it was fully aware at the earlier date warranted precipitous and hasty removal at the latter date. Such a period, i.e. seven to eight weeks, could equally have served as a notice period whereby the appellant's shortcomings could have been pointed out to him with the clear warning that if they were not overcome by the end of that period his demotion would be recommended.

In my view, what is required of the employer is a clear and unequivocal warning of the consequences of the continuation of specified unsatisfactory performance.

In the field of employer-employee relations such warnings have long been recognized as essential

C'est là, de soutenir le procureur du requérant, un vice fatal à la recommandation de renvoi, et il appuie sa prétention sur l'affaire *Dickinson c. ministère du Revenu national (Impôt)*², où un ^a Comité d'appel, force jurisprudence et pratique gouvernementale à l'appui, avait conclu ce qui suit [aux pages 164 à 177]:

La seule question à considérer consiste à déterminer si M. Dickinson avait reçu ou avait le droit de recevoir un avis concernant l'intention du sous-chef de recommander sa rétrogradation pour incompétence.

Comme nous l'avons déjà vu, le seul argument de l'appellant, hormis son témoignage principal selon lequel certains éléments de l'évaluation de travail étaient erronés, concernait le fait que ^c le ministère avait fait preuve de mauvaise foi devant cette recommandation, car il ne lui avait pas signalé les problèmes, ce qui lui aurait donné l'occasion de se reprendre, et ne l'avait pas averti des conséquences éventuelles.

^d Le point crucial, cependant, concerne l'avertissement qui touche le cœur même du principe de la justice élémentaire. Il est vrai que la présente enquête prévoit que l'appellant a le droit absolu d'être entendu et que la question de son potentiel ne relève pas du présent comité d'enquête. Néanmoins, le fait d'avertir un employé des conséquences qu'il encourt s'il continue à agir de façon inacceptable représente plus qu'une formalité ou qu'une politesse dont on en fait [sic] profiter que les employés appréciés par ailleurs; c'est un principe de justice élémentaire. Le ministère a reconnu que normalement, on sert ce genre d'avertissement que l'on fait suivre d'une période au cours de laquelle le travail est contrôlé, mais il a soutenu que dans des circonstances extraordinaires comme en l'espèce, il fallait déplacer l'appellant malgré que cet avertissement n'avait pas été donné au préalable. Or, je ne vois pas de circonstances extraordinaires. En fait, je trouve particulièrement troublant de constater l'incohérence entre cette allégation d'une part et le fait que le ministère ait attendu depuis la première semaine de décembre jusqu'à la troisième semaine de janvier pour constater que les circonstances qu'il connaissait parfaitement début décembre justifiaient le renvoi fin janvier. Une telle période, soit de sept à huit semaines, aurait tout aussi bien pu servir de période d'avertissement au cours de laquelle on aurait exposé ses faiblesses à l'appellant en lui faisant comprendre que s'il ne les surmontait pas avant la fin de la période, sa rétrogradation serait recommandée.

ⁱ J'estime qu'il incombe à l'employeur de donner à l'employé un avertissement clair et sans équivoque des conséquences qu'il encourt s'il continue à accomplir son travail d'une façon non satisfaisante et spécifiée.

^j Dans le domaine des relations employeur-employé, l'importance fondamentale de ces avertissements est reconnue depuis longtemps

² [1987] ABD [8-1] 162.

² [1987] DCA [8-1] 162.

As can be seen from the foregoing, an unequivocal warning is a primary requirement prior to taking action in the nature of a demotion or dismissal in the field of labour relations as it equally is, in my experience, a universal practice in the federal Public Service. I am not aware of any case under section 31 where such a warning was not given, and in other similar appeals I have heard involving this department in general and Mr. Ladd and Mrs. Brown in particular, such a warning has invariably been given as indeed the department acknowledged. Again, I see no compelling or extraordinary circumstances justifying the omission of such a warning in the case before me.

Whether the failure to give such a warning, be it an obligation imposed by common practice or consistent with fundamental fairness as set out in the common law, can be seen as related to the "statutory or other legal obligation" as referred to in *Ahmad*, it does indeed represent "proof of bad faith on the part of those whose observations and judgement are in question." To reiterate, the appellant was never confronted with the information on which the department relied in recommending his demotion and not warned of the consequences of failing to improve. This is not to say that the appellant was entitled to some form of inquiry before any such recommendation was made but rather that he was entitled to be put on notice of his peril. Therefore, while the evidence as a whole is consistent with incompetence, it is unknown what the result might have been had the appellant been reasonably and fairly treated in terms of the required clear and unequivocal warning related to identified problems, particularly when such problems were largely attitudinal, and the attendant consequences.

In the case at bar the Appeal Board refused to follow *Dickinson* and dismissed the applicant's argument in the following language:

I respect the view my colleague may have on the point, but I am not persuaded myself that mere failure to warn an employee of the possibility of dismissal if he does not improve is a basis for vacating a decision to dismiss for incompetence which is otherwise valid. Clearly, it is necessary to ensure that the employee is not really able to do properly what is expected of him, and a warning may sometimes be one of the best ways of determining whether the performance problem identified is one of discipline rather than incapacity. However, it seems to me that a reasonably valid judgment can be made on an employee's incompetence without resorting to a warning.

It is not clear whether in *Dickinson* the dismissed employee relied on the argument that no warning was given directly—which would of itself vitiate the decision—or indirectly—which would establish the employer's bad faith and this would vitiate his decision. In the case at bar counsel for the applicant, if I have understood his arguments correctly, is playing it both ways.

Comme on peut le voir dans ce qui précède, il est essentiel, dans les champs [sic] des relations de travail, de donner un avertissement sans équivoque avant de prendre des mesures comme la rétrogradation ou la destitution; il s'agit également, d'après mon expérience, d'une pratique universelle dans la Fonction publique fédérale. Je ne connais aucun cas d'application de l'article 31 où ce genre d'avertissement n'a pas été donné, et dans les appels du même genre que j'ai entendus et auxquels participait ce ministère en général, et M. Ladd et M^{me} Brown en particulier, l'employé a toujours reçu ce genre d'avertissement, comme le ministère l'a d'ailleurs reconnu. Encore une fois, je ne vois aucune circonstance pressante ou extraordinaire justifiant le fait de pas avoir donné cet avertissement en l'espèce.

Que le fait de donner cet avertissement, même s'il s'agit d'une obligation imposée par l'usage ou des principes fondamentaux de justice du droit commun, constitue ou non une «directive légale ou juridique» comme il est exposé dans *Ahmad*, il est certain que le fait de ne pas le donner constitue une «preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause». Rappelons que l'appellant n'a jamais eu connaissance des renseignements sur lesquels se fondait le ministère pour recommander sa rétrogradation et qu'il n'a pas été averti des conséquences qu'il encourait s'il ne remédiait pas à la situation. Je ne veux pas dire ici que l'appellant avait droit à une enquête avant la formulation de cette recommandation, mais plutôt qu'il avait le droit d'être avisé du danger qu'il courait. Ainsi, même si la preuve dans son ensemble ne dément pas la thèse de l'incompétence, on en sait pas [sic] quel aurait été le résultat si l'appellant avait été traité de façon juste et raisonnable, c'est-à-dire si on l'avait averti clairement et sans équivoque des problèmes décelés, d'autant plus qu'il s'agissait surtout de problèmes d'attitude et des conséquences qui s'y rattachaient.

Le Comité d'appel a refusé de suivre, en l'espèce, la décision *Dickinson* et a rejeté l'argument du requérant dans les termes suivants:

Je respecte l'opinion que mon collègue peut avoir sur le sujet, mais je ne suis pas persuadé, pour ma part, que le seul défaut d'avoir prévenu un employé d'une possibilité de renvoi s'il ne s'améliorait pas permette d'annuler une décision de renvoi pour incompetence par ailleurs bien fondée. Évidemment, il faut s'assurer que l'employé n'est réellement pas en mesure de bien faire ce qu'on attend de lui, et la mise en demeure peut parfois être un des moyens importants mis en branle pour vérifier si le problème de rendement identifié n'en serait pas un de discipline plutôt que d'inaptitude. Il m'apparaît toutefois possible de porter un jugement raisonnablement bien fondé sur l'incompétence d'un employé sans le recours à cette mise en demeure.

Il n'est pas clair si, dans *Dickinson*, l'employé congédié avait eu recours à l'argument d'absence d'avertissement de façon directe—cette absence vicierait en elle-même la décision—ou de façon indirecte—cette absence établirait la mauvaise foi de l'employeur, laquelle vicierait la décision de ce dernier. Dans le cas présent, le procureur du requérant, si j'ai bien compris ses prétentions, mise sur les deux tableaux.

The presence of two approaches neither of which seems manifestly unreasonable but which are difficult to reconcile with each other within the same administrative tribunal, on a matter as fundamental as that of the employer government's duty to give an employee warning before dismissing him for incompetence, is not a very healthy sign in the administration of justice and is an invitation to resolve the issue which cannot be refused by a tribunal exercising a superintending and reforming power, as does this Court here.³

With respect, in my opinion the approach preferred in *Dickinson* should in its general outline be followed rather than that followed in the case at bar.

In addition to the precedents cited in *Dickinson* reference should also be made to those cited by David Harris,⁴ who lays down the general rule that in the absence of unusual or urgent circumstances an employee should be given a warning before being dismissed for incompetence. The requirement that such a warning should be given is all the more compelling when the employee in question has been performing his duties for a number of years. The same rules have been applied by the Quebec courts.⁵

Though developed in a non-governmental context, I consider that these rules are also applicable in cases of dismissal from the federal Public Service for incompetence, and whatever the precise legal nature of the relations between the employer government and the Public Service employee. As appears in *Dickinson*, the federal government itself gives effect to these rules when it dismisses an employee for incompetence.

La présence de deux orientations dont aucune ne serait manifestement déraisonnable mais qui seraient l'une et l'autre difficilement conciliables, au sein d'un même tribunal administratif, relativement à une question aussi fondamentale que celle de l'obligation du gouvernement employeur de donner un avertissement à un employé avant de le congédier pour cause d'incompétence, n'est pas des plus saines en termes d'administration de la justice et constitue une invitation à trancher le débat que ne saurait refuser un tribunal exerçant, comme nous le faisons en l'espèce, un pouvoir de surveillance et de contrôle³.

Avec déférence, j'estime que l'approche privilégiée dans l'affaire *Dickinson* devrait, dans ses grandes lignes, être suivie de préférence à celle retenue en l'espèce.

Outre la jurisprudence citée dans l'affaire *Dickinson*, il y a lieu, en effet, de consulter celle citée par David Harris⁴, qui établit la règle générale qu'à moins de circonstances extraordinaires ou pressantes, un avertissement doit être donné à un employé avant qu'il ne puisse être congédié pour cause d'incompétence. L'obligation de donner un tel avertissement se fait encore plus impérative lorsque l'employé en question exerce ses fonctions depuis nombre d'années. Les mêmes principes ont été dégagés par la jurisprudence québécoise⁵.

Bien que développés dans un cadre non-gouvernemental, je suis d'avis que ces principes sont également applicables dans les cas de renvoi pour cause d'incompétence de la fonction publique fédérale, et ce quelle que soit la nature juridique précise des relations entre l'employeur-gouvernement et l'employé-fonctionnaire. Le gouvernement fédéral, tel qu'il appert de l'affaire *Dickinson*, met lui-même ces principes en pratique lorsqu'il congédie un employé pour cause d'incompétence.

³ See *Produits Petro-Canada Inc. v. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.), at pp. 226-228; *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1984), 48 O.R. (2d) 225 (C.A.) and (1983), 44 O.R. (2d) 392 (Div. Ct.), at p. 399.

⁴ *Wrongful Dismissal*, Toronto, De Boo, 1990, at pp. 3-138 et seq.

⁵ E. A. Aust, *The Employment Contract*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988, at p. 92; G. Audet and R. Bonhomme, *Wrongful Dismissal in Quebec*, 2nd ed., Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988, at p. 69.

³ Voir: *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.) aux p. 266-268; *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1984), 48 O.R. (2d) 225 (C.A.) et (1983), 44 O.R. (2d) 392 (C. Div.), à la p. 399.

⁴ *Wrongful Dismissal*, Toronto, De Boo, 1990 aux p. 3-138 et seq.

⁵ E. A. Aust, *Le contrat d'emploi*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988 à la p. 91; G. Audet et R. Bonhomme, *Le congédiement en droit québécois*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988 à la p. 51.

I therefore conclude on this point for the purposes of the case at bar that when an employee who has performed the same duties for several years consistently receives satisfactory performance reports and is not the subject of any serious criticism by his employer, a presumption results that he has the necessary competence to perform the said duties and, in the absence of unusual or urgent circumstances, the employer cannot dismiss him for incompetence without telling him of the mistakes he is alleged to have made, without giving him an opportunity to correct them and without indicating to him the risk of dismissal he runs if they are not corrected. Of course, each case will be decided on its own merits and the type of warning and period for correction will vary depending on the circumstances.⁶ In the case at bar the applicant, having to his credit satisfactory performance reports and a career which until then had been without serious reproach in duties he had performed for over ten years, should in the absence of unusual or urgent circumstances have been given a warning before being dismissed, and the Appeal Board erred in law in not finding this lack of a warning to be relevant and not considering whether unusual or urgent circumstances could justify it.

At the same time, I do not think that the lack of a warning is in itself proof of bad faith, but I believe that such a lack combined with other evidence may serve to demonstrate that the employer was not in good faith, if indeed such demonstration must be made when the absence of a warning in itself vitiates a decision to dismiss for incompetence.

2. Reference to earlier incidents

Counsel for the applicant submitted that the respondent erred in law in taking into consideration facts and incidents which occurred prior to September 1985, since the applicant's performance had never been questioned by the employer until

⁶ The judgment of this Court in *Hallé v. Bell Canada* (1989), 99 N.R. 149, rendered in the different context of a complaint for unjust dismissal filed pursuant to section 242 of the *Canada Labour Code*, in my opinion means not that as a general rule as warning is not necessary, but that there is no standard formula and that an employer does not have to follow "the dismissal procedure described in its internal directives to the letter".

Aussi, je conclus sur ce point, pour les fins du présent dossier, que lorsqu'un employé qui a exercé les mêmes fonctions pendant plusieurs années reçoit de façon constante des rapports de rendement satisfaisants et n'est l'objet d'aucune critique sérieuse de la part de son employeur, il se dégage une présomption qu'il a la compétence voulue pour exercer lesdites fonctions et l'employeur, sauf circonstances extraordinaires ou pressantes, ne saurait le congédier pour cause d'incompétence à moins qu'il ne l'ait informé des lacunes qui lui sont reprochées, qu'il ne lui ait donné la possibilité de les corriger et qu'il ne lui ait indiqué les dangers de congédiement auxquels il s'exposait s'il ne les corrigeait pas. Chaque cas, bien sûr, en sera un d'espèce et le type d'avertissement ainsi que la période de correction varieront au gré des circonstances⁶. Dans le cas présent, le requérant, fort de rapports de rendement satisfaisants et d'une carrière jusque-là sans reproches sérieux dans des fonctions qu'il occupait depuis plus de dix ans, aurait dû, à moins de circonstances extraordinaires ou pressantes, recevoir un avertissement avant d'être congédié, et le Comité d'appel a erré en droit en ne jugeant pas pertinent ce défaut d'avertissement ou en ne se demandant pas si des circonstances extraordinaires ou pressantes pouvaient le justifier.

Par ailleurs, je ne crois pas qu'un défaut d'avertissement fasse en lui-même preuve de mauvaise foi, mais je crois que ce défaut, combiné à d'autres éléments, pourrait servir à démontrer que l'employeur n'était pas de bonne foi, si tant est que cette démonstration doive être faite lorsque le défaut d'avertissement vicie en lui-même une décision de congédier pour cause d'incompétence.

2. Le recours à des incidents antérieurs

Le procureur du requérant soumet que l'intimé a erré en droit en prenant en considération des faits et des incidents survenus antérieurement à septembre 1985, puisque le rendement du requérant n'avait jusqu'alors jamais été remis en ques-

⁶ L'arrêt de cette Cour dans *Hallé c. Bell Canada* (1989), 99 N.R. 149, prononcé dans le contexte différent d'une plainte pour congédiement injuste déposée en vertu de l'article 242 du *Code canadien du travail*, signifie, à mon avis, non pas qu'un avertissement, règle générale, n'est pas nécessaire, mais qu'il n'existe pas de formule-type et qu'un employeur n'a pas à suivre «à la lettre la procédure de congédiement décrite dans ses directives internes».

that time and, on the contrary, had always been found to be satisfactory. It is in a way a kind of estoppel which is being set up against the respondent Department.

This argument is based on conclusions arrived at by David Harris⁷ after a review of the applicable case law. However, while it is true as Harris observes that

It is a fundamental principle that a master who knowingly accepts a certain standard of performance of misconduct is said to condone such cause, and is thereby prohibited from relying upon such behaviour as grounds for dismissal.

it is also true, as he himself points out further on, that

Even if the misconduct is shown to be forgiven, such misbehaviour becomes relevant at a future date, should further misconduct be demonstrated. Condonation is always subject to an implied condition of continued good behaviour.

I do not think, then, that a favourable performance report can be regarded as absolution for all actions by an employee which may have been open to complaint in the period covered by the report and which were not made the subject of any specific complaint. That would be giving performance reports an undue importance and finality. The fact that performance was satisfactory as a whole, that no specific complaint was made, does not mean that the report may not have passed over some action not worthy of mention at the time which with the passage of time and occurrence of subsequent events takes on a completely different aspect. For example, when a decision to dismiss an employee is made on the basis of a series of actions that, taken in isolation, would not justify dismissal or even, initially, being mentioned in a performance report, it would be placing an impossible burden on the employer to prohibit him from presenting evidence of earlier actions on the ground that he did not dismiss the employee at that time or that no mention was made of them in his earlier performance reports. When incompetence is the cause of dismissal, it is rarely apparent all at once, and just as an employee of long standing generally has the right, as I concluded earlier, to be told of his mistakes before being dismissed, so an employer should have the right to go back over incidents in the employee's record which have become relevant, provided he does not

tion par l'employeur et avait au contraire toujours été jugé satisfaisant. C'est, en quelque sorte, une forme d'*estoppel*, de fin de non-recevoir qui est opposée au Ministère intimé.

^a Cette prétention s'appuie sur les conclusions auxquelles en arrive David Harris⁷ après une revue de la jurisprudence pertinente. Mais s'il est exact, comme le constate Harris, que

^b [TRADUCTION] Un principe fondamental veut que l'employeur qui accepte sciemment une certaine norme de mauvaise conduite est considéré la tolérer, et qu'il ne peut par conséquent l'invoquer comme motif de renvoi.

il est également exact, comme il le souligne lui-même plus loin, que

Même s'il est démontré que l'on a pardonné la mauvaise conduite, celle-ci devient pertinente plus tard s'il était démontré qu'elle s'est manifestée de nouveau. L'absolution est toujours assujettie à la condition implicite d'un amendement durable.

^d Je ne crois pas, en effet, qu'on puisse voir dans un rapport de rendement favorable une absolution de tous les gestes qui auraient pu être reprochés à l'employé au cours de la période visée par le rapport et qui n'ont fait l'objet d'aucun reproche particulier. Ce serait là donner à des rapports de rendement une importance et une finalité démesurées. Qu'un rendement ait été dans son ensemble satisfaisant, qu'aucun reproche précis n'ait été adressé, ne signifient pas qu'il ne se soit pas glissé quelque geste non alors digne de mention qui ne puisse avec le temps et la survenance de gestes subséquents prendre une toute autre dimension. Lorsque, par exemple, la décision de congédier un employé est prise en raison d'une accumulation de gestes qui, pris isolément, ne justifieraient pas un renvoi ni même, au départ, une mention dans un rapport de rendement, ce serait rendre le fardeau de l'employeur impossible que de l'empêcher de faire la preuve de gestes antérieurs au motif qu'il n'avait pas alors congédié l'employé ou qu'il n'en avait pas fait état dans ses rapports de rendement précédents. L'incompétence, quand elle est cause de renvoi, se manifeste rarement d'un seul coup, et de même un employé de longue date a-t-il généralement le droit, comme je le concluais plus haut, d'être informé de ses lacunes avant d'être congédié, de même l'employeur devrait-il avoir le droit de retracer des incidents devenus pertinents dans le dossier de l'employé, du moins dans un passé pas

⁷ *Supra*, note 4, at pp. 3-159 *et seq.*

⁷ *Supra*, note 4 aux p. 3-159 *et s.*

go back too far. Systematically prohibiting an Appeal Board from going back in time would amount to shielding from any decision to dismiss for incompetence an employee whose incompetence, as is generally the case, becomes apparent or takes shape gradually.

Having said that, an employer can still by his own actions at the time of the dismissal waive any reference to a more distant past and set up an estoppel against himself. In the case at bar, in the dismissal recommendation it sent to the Public Service Commission on April 27, 1989 the employer of its own accord limited its allegations of incompetence to those appearing in the performance reports for the period since September 1985. By the silence it maintained at that time regarding incidents which allegedly occurred prior to September 1985, the employer waived the right to unearth justification for its dismissal decision in the earlier conduct of its employee, and the Appeal Board erred in law in allowing the employer to present evidence at the appeal hearing of incidents which occurred before September 1985.

3. Bad faith

In *Ahmad*⁸ this Court expressed the following opinion:

Whether or not a person is competent or incompetent for a post is a matter of opinion, and, in the absence of any special legal direction, all that the law can imply with regard thereto is that it must be honestly formed, and that it must, in the first instance at least, be based upon the observation, by those under whom he works, of the manner in which the person whose competence is in question carries out his duties . . . in my view, in the absence of

(b) proof of bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question,

a board of review established under section 31 would not be justified in deciding that a deputy head's recommendation should not be acted upon . . . [My emphasis.]

The employer's bad faith cannot be presumed and an employee seeking to present evidence of it has an especially difficult task to perform. It is not as such a sign of bad faith in an employer to build a file on an employee and to prepare for a dismissal

⁸ *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644 (C.A.), at pp. 646-647.

trop lointain. Empêcher systématiquement un Comité d'appel de remonter dans le temps, équivaldrait à mettre à l'abri de toute décision de renvoi pour cause d'incompétence l'employé dont l'incompétence, et ce sera généralement le cas, se manifeste ou prend forme graduellement.

Cela dit, l'employeur n'en peut pas moins, par ses propres agissements au moment du congédiement, renoncer à recourir à un passé plus lointain et établir contre lui-même une fin de non-recevoir. En l'espèce, dans la recommandation de renvoi qu'il adressait à la Commission de la fonction publique, le 27 avril 1989, l'employeur a de lui-même restreint ses motifs d'incompétence à ceux qui apparaissaient dans les rapports de rendement visant la période écoulée depuis septembre 1985. Par le silence qu'il a alors gardé relativement à des incidents qui se seraient produits antérieurement à septembre 1985, l'employeur renonçait à déterrer dans la conduite antérieure de son employé des éléments justificatifs de sa décision de renvoi, et le Comité d'appel a erré en droit en permettant à l'employeur, lors de l'audition de l'appel, de faire la preuve d'incidents survenus avant septembre 1985.

3. La mauvaise foi

Cette Cour, dans l'arrêt *Ahmad*⁸, exprimait l'opinion qui suit:

Qu'une personne soit compétente ou incompétente pour un poste est une question d'opinion; en l'absence de directives juridiques spéciales, tout ce qu'on peut légalement demander à ce sujet est que l'opinion ait été formée d'une manière honnête et que, au départ au moins, elle soit fondée sur l'observation par les supérieurs hiérarchiques de la personne dont la compétence est mise en question, de la façon dont cette dernière remplit ses fonctions . . . À mon avis, en l'absence

b) de la preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause,

un comité de révision établi conformément à l'article 31 ne pourrait pas à bon droit décider qu'il ne doit donner aucune suite à une recommandation d'un sous-chef . . . [Mes soulignements.]

La mauvaise foi de l'employeur ne se présume pas et l'employé qui cherche à en faire la preuve entreprend une tâche particulièrement difficile. Ce n'est pas, en soi, chez un employeur, signe de mauvaise foi que de monter un dossier contre un

⁸ *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644, aux pp. 646 et 647.

sal over a long period. As the Appeal Board properly pointed out, "it is not bad faith or discrimination to seek to remove from his duties an employee who is not considered competent to perform them". However, the file must still be built "honestly" and without "bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question".

Having failed before the Appeal Board in his attempt to establish his employer's bad faith, the applicant had an onerous task in convincing this Court that it could review the Appeal Board's decision. I do not have to point out that this Court instinctively recoils from any intervention on questions of fact. In exercising the power to review and set aside conferred on the Court by paragraph 28(1)(c) of its enabling Act⁹ we will only intervene

... when the case is one of so gross an error in the appreciation of the case presented as to indicate not merely a misjudgment of the effect of marginal evidence but a disregard of material before the tribunal of such a nature as to amount to an error of law or to give rise to an inference that some erroneous principle has been followed ...¹⁰

After a searching examination of the Appeal Board's decision and the exhibits in the record I have come to the conclusion, for the following reasons, that the applicant's argument is valid and the record is shot through with instances of bad faith so numerous and so apparent that the Appeal Board could not have concluded that there was no bad faith, as it did, without making a gross error.

⁹ 28. (1) ... the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order ... made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, on the ground that the board, commission or tribunal

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

¹⁰ *Puerto Rico (Commonwealth) v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206 (C.A.), at p. 1208, Thurlow J [as he then was]. This judgment was reversed on other grounds in [1975] 1 S.C.R. 228 [*Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*]. The statements quoted have been adopted by this Court, *inter alia* in *Mojica v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 458, at p. 461. See also *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Rifou*, [1986] 3 F.C. 486, at p. 497.

employé et de préparer de longue date un congédiement. Ainsi que le souligne à juste titre le Comité d'appel, «ce n'est pas de la mauvaise foi ou de la discrimination que de chercher à évincer de ses fonctions un employé que l'on n'estime pas compétent à les exercer». Encore faut-il, toutefois, que le dossier soit monté «de manière honnête» et sans «mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause».

b

Ayant échoué devant le Comité d'appel dans sa tentative d'établir la mauvaise foi de l'employeur, le requérant avait fort à faire pour convaincre cette Cour qu'elle pouvait remettre en question la décision du Comité d'appel. Je n'ai pas à rappeler notre réticence viscérale à intervenir sur des questions d'appréciation des faits. Dans l'exercice du pouvoir de révision et d'annulation que nous confère l'alinéa 28(1)c) de notre Loi constitutive⁹, nous n'interviendrons que

... lorsque l'erreur commise dans l'appréciation du dossier soumis est si lourde qu'elle ne constitue pas seulement une erreur de jugement quant à l'effet d'une preuve marginale, mais un tel mépris des éléments de preuve présentés à la Cour que cela revient à une erreur de droit ou porte à conclure qu'on a fait application d'un principe erroné, ...¹⁰

Après un examen minutieux de la décision du Comité d'appel et des pièces au dossier, j'en arrive à la conclusion, pour les raisons qui vont suivre, que la prétention du requérant est bien fondée et que le dossier est tissé d'éléments de mauvaise foi si nombreux et si manifestes que le Comité d'appel ne pouvait sans commettre une lourde erreur conclure, comme il l'a fait, à l'absence de mauvaise foi.

⁹ 28. (1) ... la Cour d'appel est compétente pour les demandes de révision et d'annulation d'une décision ou ordonnance ... rendue par un office fédéral ou à l'occasion de procédures en cours devant cet office au motif que celui-ci, selon le cas:

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

¹⁰ *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206 (C.A.), à la p. 1208, M. le juge Thurlow [tel était son titre]. Cet arrêt a été infirmé, mais pour d'autres motifs, à [1975] 1 R.C.S. 228 [*Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*]. Les propos cités ont été repris par cette Cour, notamment dans *Mojica c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 458, à la p. 461. Voir aussi *Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou*, [1986] 3 C.F. 486, à la p. 497.

Nowhere in its decision did the Appeal Board refer to the letter of April 29, 1989, which I have reproduced in note 1: yet this letter is conclusive in more than one respect. It confined the grounds of the recommendation to those stated in the last three performance reports; it did not tell the Public Service Commission that these three reports were prepared in the space of one week and that the first of the reports was not given to the applicant until some two years after the period covered; it charged that the applicant had failed to improve his performance, based on reports which he had not been given; it did not tell the Commission that the applicant was currently doing satisfactory work in the position of an ordinary firefighter; it indicated to the Commission that there was no alternative but dismissal when on the basis of the very same documents, and so for the same reasons, demotion rather than dismissal was the solution still being adopted eight days before.

In view of the performance reports prior to September 1985, concluding that the applicant's performance met all the requirements, the Appeal Board could not conclude as it did several times that "the appellant's performance problems did not begin when he was charged, but long before", that "the preceding shows, in my view, that long before the criminal charges against the appellant the Department was concerned by his performance and competence problems" and that "it is clear to me that well before the appellant's legal troubles his superiors seriously doubted his competence". Nowhere in the part of its decision where it weighed the evidence did the Appeal Board refer to these performance reports.

In view of the evidence that the applicant's superior, Chief Authier, hoped he would not return to work at the station and that two of the performance reports unfavourable to the applicant after his return to work were prepared by this very Chief Authier, the Appeal Board could not conclude that "these were persons whose essential honesty has not been questioned and whose judgment could usually be relied on, and no argument has been presented to show why they would have

Le Comité d'appel n'a nulle part fait état, dans sa décision, de la lettre du 29 avril 1989 que j'ai reproduite à la note 1. Cette lettre, pourtant, est déterminante à plus d'un égard. Elle restreint les motifs de la recommandation à ceux énoncés dans les trois derniers rapports de rendement; elle n'informe pas la Commission de la fonction publique que ces trois rapports ont été préparés en l'espace d'une semaine et que le premier de ces rapports n'a été remis au requérant qu'environ deux ans après la période visée; elle reproche au requérant de n'avoir pas amélioré son rendement en fonction de rapports qui ne lui avaient pas été remis; elle n'informe pas la Commission du fait qu'actuellement le requérant accomplit un travail satisfaisant dans le poste de simple pompier; elle indique à la Commission qu'il n'existe aucune autre alternative que le renvoi, alors que sur la foi d'exactement les mêmes documents, donc pour les mêmes motifs, la rétrogradation plutôt que le renvoi était la solution encore retenue huit jours plus tôt.

Devant les rapports de rendement antérieurs à septembre 1985, qui concluaient que le rendement du requérant répondait à toutes les exigences, le Comité d'appel ne pouvait pas conclure, comme il l'a fait à plusieurs reprises, que «les problèmes de compétence de l'appelant n'ont pas commencé avec son accusation, mais bien avant», que «ce qui précède montre, à mon avis, que bien avant les accusations de l'appelant au criminel le Ministère était préoccupé par ses problèmes de performance et de compétence», qu'«il est clair pour moi que dès avant les démêlés judiciaires de l'appelant ses supérieurs doutaient sérieusement de sa compétence». Nulle part, dans cette partie de sa décision qui constitue son appréciation de la preuve, le Comité d'appel n'a-t-il fait référence à ces rapports de rendement.

Devant la preuve que le supérieur du requérant, le chef Authier, espérait qu'il ne reprenne plus le travail à la caserne et que deux des rapports de rendement défavorables au requérant, après son retour au travail, avaient été préparés par ce même chef Authier, le Comité d'appel ne pouvait pas conclure qu'«il s'agit en l'espèce de personnes dont l'honnêteté foncière n'a pas été mise en doute et au jugement desquelles on devait normalement pouvoir se fier, et on n'a fait valoir aucun motif

been likely to distort their assessment of the facts in this case”.

Additionally, the Appeal Board erred in using the judgments of this Court in *R. v. Larsen*¹¹ and *Attorney General of Canada v. Loiseau*¹² as a basis for refusing to draw any conclusion whatever from the way in which the Department ousted the applicant from his position. What those cases held was, in *Larsen*, that an Appeal Board could not substitute a demotion recommendation for a dismissal recommendation, and in *Loiseau*, that an Appeal Board could not impose on a deputy head, before recommending dismissal of an incompetent employee, the duty to seriously consider the possibility of a transfer rather than a dismissal. In the case at bar one of the questions which the Appeal Board should have asked itself was the following: if the employer did what it did and is assumed to be entitled to do what it did, did it act in good faith? Contrary to what the Appeal Board maintained, it is not “becoming involved in the question of whether the Department could have demoted him rather than dismissed him” nor “interfering in the way in which the Department intended to dispose of the ousted employee” to consider whether the Department, having first demoted the applicant to a position in which it thought he was competent and subsequently changed its mind about the demotion a few days from the appeal hearing, and then dismissed him for the same reasons as those which led it to demote him, demonstrated bad faith in so doing.

At the hearing counsel for the respondents argued that the decision to dismiss rather than to demote was made because of events that occurred on November 17, 1988. On November 18, 1988 a special report was prepared on the applicant's performance in his duties as firefighter, and this report which was favourable to the applicant did not even mention those events. The employer moreover did not explain why it waited until April 1989 before deciding to dismiss on the basis of events that occurred in November 1988.

expliquant pourquoi dans ce cas elles auraient pu être portées à fausser leur appréciation de la réalité».

^a Par ailleurs, le Comité d'appel a erré en se fondant sur les arrêts de cette Cour dans *R. c. Larsen*¹¹ et *Le procureur général du Canada c. Loiseau*¹², pour refuser de tirer quelque conclusion que ce soit de la façon dont le Ministère a évincé le requérant de son poste. Ce que ces arrêts ont décidé, c'est, dans *Larsen*, qu'un Comité d'appel ne pouvait substituer une recommandation de rétrogradation à une recommandation de renvoi et, dans *Loiseau*, qu'un Comité d'appel ne pouvait imposer à un sous-chef, avant de recommander le renvoi d'un employé incompetent, l'obligation de considérer sérieusement la possibilité d'une mutation plutôt que d'un renvoi. Dans le cas présent, l'une des questions que devait se poser le Comité d'appel était la suivante: l'employeur ayant fait ce qu'il a fait et étant par hypothèse en droit de faire ce qu'il a fait, l'a-t-il fait de bonne foi? Ce n'est pas, contrairement à ce que soutient le Comité d'appel, «s'immiscer dans la question de savoir si le Ministère aurait pu le rétrograder plutôt que le renvoyer» ni «se mêler de la façon dont le Ministère entend disposer du fonctionnaire évincé», que de se demander si le Ministère, ayant d'abord rétrogradé le requérant dans un poste à l'égard duquel il le jugeait compétent, s'étant ensuite ravisé à quelques jours de l'audition de l'appel relatif à la rétrogradation et l'ayant alors congédié pour les mêmes motifs que ceux qui l'avaient amené à le rétrograder, a fait preuve, ce faisant, de mauvaise foi.

^h À l'audience, le procureur des intimés a soutenu que la décision de congédier plutôt que de rétrograder avait été prise en raison d'événements qui se seraient produits le 17 novembre 1988. Or, le 18 novembre 1988, un rapport spécial était préparé sur le rendement du requérant dans ses fonctions de pompier, et ce rapport, favorable au requérant, ne faisait même pas état de ces événements. L'employeur n'a d'ailleurs pas expliqué pourquoi il aurait attendu jusqu'en avril 1989 avant de décider de congédier sur la base d'événements survenus en novembre 1988.

¹¹ [1981] 2 F.C. 199 (C.A.).

¹² [1981] 2 F.C. 203 (C.A.).

¹¹ [1981] 2 C.F. 199 (C.A.).

¹² [1981] 2 C.F. 203 (C.A.).

In the case at bar, the Department's actions left the applicant in a very strange position. If he had done nothing to appeal the demotion recommendation, he would still be a firefighter working for the Department today. As he appealed it, and as the Department countered the appeal with a recommendation for dismissal, the applicant is now deprived both of his position as captain and of his duties as firefighter, though his performance in the latter duties was regarded as satisfactory by the employer, which has nevertheless deprived him of them. That undoubtedly was a fact which should have been considered by the Appeal Board.

Furthermore, when we assess the following findings—the change in the Department's attitude regarding the applicant's competence as soon as criminal charges were laid against him, charges on which his immediate superior and a number of his co-workers wanted to see him convicted; the disguised attempt to conduct a psychiatric assessment; the sudden preparation within the space of a few days of three unfavourable performance reports, none of which was reviewed, two of which are in all respects identical and which cover a period of nearly three years; the sudden demotion without warning on receipt of the third report; the sudden and unexplained change of the demotion recommendation, six days before the appeal against the demotion was heard, to one of dismissal on the basis of the same documents and reasons; the absence of any warning in relation to the dismissal; the evidence of the applicant's competence in the position from which he was initially to be demoted; the reference at the hearing before the Appeal Board to events in a distant past which the applicant had not been told of until that time; the sending to the Public Service Commission without the applicant's knowledge, to justify the dismissal recommendation, of a letter the content of which bore little relation to the facts—there can be no other conclusion but that the Appeal Board based its conclusion that there was no bad faith on erroneous findings of fact and without taking into account the evidence before it.

En l'espèce, de par les agissements du Ministère, le requérant se trouve dans une situation bien curieuse. S'il n'en avait point appelé de la recommandation de rétrogradation, il serait encore aujourd'hui un pompier à l'emploi du Ministère. Comme il en a appelé, et comme le Ministère a contré cet appel par une recommandation de renvoi, le requérant se retrouve aujourd'hui privé et de son poste de capitaine et de ses fonctions de pompier, même si son rendement, dans ces dernières fonctions, a été jugé satisfaisant par l'employeur qui ne l'en prive pas moins. C'est là, sûrement, un fait sur lequel le Comité d'appel aurait dû se pencher.

De plus, quand on fait le bilan des constatations suivantes: le changement d'attitude du Ministère relativement à la compétence du requérant dès que sont portées contre lui des accusations criminelles à l'égard desquelles son supérieur immédiat et de nombreux collègues de travail souhaitaient qu'il fût reconnu coupable; la tentative déguisée d'expertise psychiatrique; la préparation subite, à quelques jours d'intervalle, de trois rapports de rendement défavorables dont aucun n'a fait l'objet de révision, dont deux sont en tous points identiques et qui couvrent une période de près de trois années; la rétrogradation subite et sans avertissement dès réception du troisième rapport; la modification subite et inexplicquée, six jours avant l'audition de l'appel relatif à la rétrogradation, de la recommandation de rétrogradation en une de renvoi, et ce sur la base des mêmes documents et motifs; l'absence de tout avertissement relativement au renvoi; la preuve de la compétence du requérant dans le poste où on a d'abord voulu le rétrograder; le recours, lors de l'audition devant le Comité d'appel, à des événements d'un passé lointain dont le requérant n'avait jusque-là jamais été informé; l'envoi à la Commission de la fonction publique, à l'insu du requérant, pour justifier la recommandation de renvoi, d'une lettre dont la teneur n'est pas des plus conforme à la réalité . . . , force est de conclure que le Comité d'appel a fondé sa conclusion d'absence de mauvaise foi sur des conclusions de fait erronées et sans tenir compte des éléments de preuve devant lui.

4. Excess of jurisdiction or refusal to exercise jurisdiction

In view of the conclusion I have arrived at on the applicant's first three arguments, it will not be necessary for me to consider the fourth.

JUDGMENT

For these reasons, I consider that this section 28 application should be allowed, the decision of the Appeal Board should be set aside and the matter referred back to a differently constituted Appeal Board for reconsideration, on the basis of the evidence already obtained, including the testimony heard, and any other evidence which the new Board may find useful, taking into account the reasons in this judgment.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

4. L'excès de compétence ou le refus d'exercer compétence

^a Vu la conclusion à laquelle j'en arrive relativement aux trois premiers moyens du requérant, il ne m'est pas nécessaire de me pencher sur ce quatrième moyen.

DISPOSITIF

^b Pour ces motifs je suis d'avis que cette demande faite en vertu de l'article 28 devrait être accueillie, que la décision du Comité d'appel devrait être annulée et que l'affaire devrait être renvoyée à un Comité d'appel différemment constitué pour qu'il ^c procède, sur la base de la preuve déjà accumulée y inclus les témoignages entendus et toute autre preuve que le nouveau Comité pourrait juger utile, à un nouvel examen qui tienne compte des motifs de la présente décision.

^d MACGUIGAN, J.C.A.: J'y souscris.

T-1288-88

T-1288-88

Her Majesty the Queen (Plaintiff)

v.

Helen E. McLaren (Defendant)

INDEXED AS: CANADA v. McLAREN (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, September 19, 1990.

Income tax — Income calculation — Deductions — Child care expenses — Reassessment disallowing deduction — Husband's income nil — Income Tax Act, s. 63(2) permitting deduction of child care expense when taxpayer's income exceeding income of supporting person of child in specific circumstances, none of which applicable — S. 63(2) not applicable where income of supporting person nil — "Income" in ordinary, grammatical sense and in context of Act implying positive sum.

This was an appeal from a decision of the Tax Court which allowed the taxpayer's appeal from a notice of reassessment. In 1983 the taxpayer deducted \$535 as child care expenses. Her husband had no income in 1983. *Income Tax Act*, subsection 63(2) allows a deduction where a taxpayer's income exceeds the income of a supporting person of the child in specific circumstances, none of which applied here. The Tax Court held that subsection 63(2) does not apply when a "supporting person" has no income. The issue was whether subsection 63(2) disentitles a taxpayer from claiming the child care deduction when his or her supporting person had no income.

Held, the action should be dismissed.

The word "income" in subsection 63(2), when read both in its grammatical and ordinary sense and in its context in the Act, means the existence of a positive sum. Where the supporting parent has no income, subsection 63(2) does not apply and one reverts to paragraph 63(1)(b) and the taxpayer may claim the deduction. This is consistent with the legal concept employed by the *Income Tax Act*. Subsection 5(1), which defines income from an office or employment, subsection 9(1), which determines income from business or property, and subsection 39(1), which defines capital gain, all involve the receipt of a positive or net amount. The use of "income for a taxation year" and "income for that year" together with the phrase "(on the assumption that both incomes are computed...)" presumes that each of the parties received income within the meaning of the Act. Moreover, the entirety of section 3, which is the closest thing to a definition of "income" under the Act, consists of a process of reduction from one amount to another until one reaches a final amount which represents the taxpayer's income for the year. The explicit use of the words "remainder, if any"

Sa Majesté la Reine (demanderesse)

c.

a

Helen E. McLaren (défenderesse)RÉPERTORIÉ: CANADA c. McLAREN (1^{re} INST.)

b Section de première instance, juge MacKay—
Ottawa, 19 septembre 1990.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Frais de garde d'enfants — La déduction a été refusée dans une nouvelle cotisation — L'époux n'a eu aucun revenu — L'art. 63(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet la déduction des frais de garde d'enfants lorsque le revenu du contribuable dépasse celui de la personne assumant les frais d'entretien des enfants dans certains cas, dont aucun ne s'applique en l'espèce — L'art. 63(2) ne s'applique pas lorsque le revenu de la personne assumant les frais d'entretien des enfants est égal à zéro — Le mot «revenu» dans son sens ordinaire et grammatical et dans le contexte de la Loi présuppose l'existence d'un montant positif.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel que la contribuable a interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation. En 1983, la contribuable a déduit une somme de 535 \$ au titre de frais de garde d'enfants. Son époux n'a eu aucun revenu en 1983. Le paragraphe 63(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet une déduction lorsque le revenu du contribuable dépasse celui de la personne assumant les frais d'entretien des enfants dans certains cas précis, dont aucun ne s'applique en l'espèce. La Cour canadienne de l'impôt a décidé que le paragraphe 63(2) ne s'applique pas lorsque la «personne assumant les frais d'entretien des enfants» n'a aucun revenu. La question en litige est celle de savoir si le paragraphe 63(2) interdit au contribuable de réclamer la déduction des frais de garde d'enfants lorsque la personne assumant les frais d'entretien des enfants n'a aucun revenu.

g

Jugement: l'action devrait être rejetée.

Le mot «revenu» du paragraphe 63(2), lorsqu'il est lu tant dans son sens grammatical et ordinaire que dans le contexte de la Loi, présuppose l'existence d'un montant positif. Lorsque la personne assumant les frais d'entretien des enfants n'a pas de revenu, le paragraphe 63(2) ne s'applique pas; il faut alors s'en remettre à l'alinéa 63(1)(b) et le contribuable a droit à la déduction. Cette interprétation est compatible avec le concept juridique employé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 5(1), qui définit le revenu tiré d'une charge ou d'un emploi, le paragraphe 9(1), qui permet de calculer le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien, et le paragraphe 39(1), qui définit le gain en capital, présupposent tous la réception d'un montant positif ou d'un montant net. L'utilisation des mots «revenu pour une année d'imposition» et «revenu pour cette année» ainsi que de l'expression «(en présument que les deux revenus sont calculés...)" présuppose que chacune des parties a reçu un revenu au sens de la Loi. En outre, l'ensemble de l'article 3, qui est la disposition se rapprochant le plus d'une définition du mot «revenu» selon la Loi, décrit la démarche qui

in the final phrase of the section mandates the existence of something positive before the taxpayer can be said to have income for the purposes of the Act. A fundamental premise underlying the *Income Tax Act* is that "income" means the "net accretion of economic power". That concept does not apply where there is no income. There is no indication in subsection 63(2) that the use of "income" was intended to be different from that used throughout the rest of the Act. If a provision is not aptly worded to carry out the intent of its drafter, the courts should not be precluded from allowing the taxpayer to take advantage of the benefits of the provision as worded.

Section 63 was amended to apply equally to both male and female taxpayers as result of a Human Rights Tribunal finding that it was discriminatory because it excluded men from the deduction unless they were unmarried, separated or had a wife who was incapable of caring for the children. The distinction between higher and lower income earners in the current provision is predicated on the taxpayer and the supporting person each having income for the taxation year as provided in accordance with section 3. That income, the "remainder, if any" after following the steps of section 3 must be "a net accretion of economic power", not merely no income.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 2(2) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 1), 3, (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 1; c. 42, s. 1; 1984, c. 1, s. 2), 4(1), 5(1), 9(1), 39(1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 15; 1976-77, c. 4, s. 9; c. 42, s. 3; 1979, c. 5, s. 11; 1980-81-82-83, c. 48, s. 16; c. 140, s. 18; 1984, c. 1, s. 13), 56(1)(s) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 25; c. 140, s. 26), (u) (as added by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 26), 63 (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 25; c. 45, s. 22), 122.2 (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 65), 178(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1985, c. 45, s. 75).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Fiset (N.) v. M.N.R., [1988] 1 C.T.C. 2335; (1988), 88 DTC 1223 (T.C.C.); *Canterra Energy Ltd. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 89; (1986), 87 DTC 5019; 71 N.R. 394 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Tahsis Company Ltd. v. R., [1980] 2 F.C. 269; [1979] CTC 410; (1979), 79 DTC 5328 (T.D.); *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; (1985),

consiste à déduire un montant d'un autre jusqu'à l'obtention d'un montant final qui représente le revenu du contribuable pour l'année. L'utilisation explicite des mots «si reste il y a» dans la dernière phrase de l'article présuppose clairement l'existence d'un montant positif avant que l'on puisse dire que le contribuable a eu un revenu aux fins de la Loi. Une des conditions fondamentales sous-jacentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est le fait que le mot «revenu» signifie «l'accroissement net du pouvoir économique». Ce concept ne s'applique pas lorsqu'il n'y a pas de revenu. Aucun élément du paragraphe 63(2) n'indique que le mot «revenu» devrait avoir un sens différent de celui qu'il a tout au long de la Loi. Si une disposition n'est pas rédigée de façon à donner suite à l'intention du législateur, les tribunaux devraient pouvoir permettre au contribuable de se prévaloir des avantages de la disposition telle qu'elle est libellée.

L'article 63 a été modifié de façon à s'appliquer également tant aux hommes qu'aux femmes, à la suite de la décision par laquelle le Tribunal des droits de la personne a jugé que la disposition était discriminatoire, parce qu'elle ne permettait pas aux hommes de bénéficier de la déduction, sauf s'ils n'étaient pas mariés, s'ils étaient séparés ou que leur épouse était incapable de s'occuper des enfants. La distinction faite entre les personnes qui gagnent un revenu supérieur et inférieur dans la disposition actuelle présuppose que le contribuable et la personne assumant les frais d'entretien ont tous deux un revenu pour l'année d'imposition au sens de l'article 3. Ce revenu, le «reste, si reste il y a», après les calculs faits selon l'article 3, doit correspondre à un «accroissement net du pouvoir économique»; il ne peut s'agir d'un revenu inexistant.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 2(2) (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 1), 3, (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 1; chap. 42, art. 1; 1984, chap. 1, art. 2), 4(1), 5(1), 9(1), 39(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 15; 1976-77, chap. 4, art. 9; chap. 42, art. 3; 1979, chap. 5, art. 11; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 16; chap. 140, art. 18; 1984, chap. 1, art. 13), 56(1)s) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 25; chap. 140, art. 26), u) (ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 26), 63 (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 25; chap. 45, art. 22), 122.2 (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 65), 178(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58; 1985, chap. 45, art. 75).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Fiset (N.) c. M.N.R., [1988] 1 C.T.C. 2335; (1988), 88 DTC 1223 (C.C.I.); *Canterra Energy Ltd. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 89; (1986), 87 DTC 5019; 71 N.R. 394 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Tahsis Company Ltd. c. R., [1980] 2 C.F. 269; [1979] CTC 410; (1979), 79 DTC 5328 (1^{re} inst.); *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46;

21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Bailey et al. v. M.N.R.* (1980), 1 C.H.R.R. 193 (H.R.T.).

AUTHORS CITED

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982, "remainder".
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983.
Report of the Royal Commission on Taxation, Vol. 1, Ottawa: Queen's Printer, 1966 (Chair: K. M. Carter).
Shorter Oxford English Dictionary, vol. I, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1986, "income".
Webster's Third New International Dictionary of the English Language, (Unabridged), Springfield, Massachusetts: Merriam—Webster Inc., 1986, "income".

COUNSEL:

Max J. Weder for plaintiff.
Werner H. G. Heinrich for defendant.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.
Freeman & Company, Vancouver, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACKAY J.: This is an appeal by the plaintiff Her Majesty The Queen from a decision of the Tax Court of Canada, dated February 22, 1988, [[1988] 1 C.T.C. 2371] which allowed the defendant taxpayer's appeal from a notice of reassessment of income tax made by the Minister of National Revenue in 1985 for the taxation year 1983.

Counsel for the parties submitted an agreed statement of facts which provides as follows:

1. The defendant resides in the Municipality of North Vancouver in the Province of Vancouver.
2. The defendant's income for 1983 was \$43,851.
3. The defendant's husband in 1983 was Martin McLaren.
4. The defendant's husband had no income in 1983.

(1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Bailey et al. v. M.N.R.* (1980), 1 C.H.R.R. 193 (T.D.P.).

DOCTRINE

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982, «remainder» («reste»);
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983.
Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité, tome 1, Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966 (prés.: K. M. Carter).
Shorter Oxford English Dictionary, vol. I, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1986, «income» («revenu»);
Webster's Third New International Dictionary of the English Language, (Unabridged), Springfield, Massachusetts: Merriam—Webster Inc., 1986, «income» («revenu»).

AVOCATS:

Max J. Weder pour la demanderesse.
Werner H. G. Heinrich pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.
Freeman & Company, Vancouver, pour la défenderesse.

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

LE JUGE MACKAY: Il s'agit d'un appel interjeté par la demanderesse Sa Majesté la Reine à l'égard de la décision en date du 22 février 1988 [[1988] 1 C.T.C. 2371] par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de la défenderesse relativement à un avis de nouvelle cotisation établi par le ministre du Revenu national en 1985 pour l'année d'imposition 1983.

Les avocats des parties ont déposé un exposé conjoint des faits qui peut se résumer comme suit:

1. La défenderesse demeure dans la municipalité de North Vancouver, en Colombie-Britannique.
2. Le revenu de la défenderesse pour 1983 s'élevait à 43 851 \$.
3. En 1983, l'époux de la défenderesse était Martin McLaren.
4. En 1983, l'époux de la défenderesse n'a eu aucun revenu.

5. The defendant's children were under fourteen years of age in 1983.

6. In 1983 the children were ordinarily in the custody of the defendant.

7. The defendant's husband was a supporting person of the children within the meaning of subsection 63(3) of the *Income Tax Act*.

8. The defendant's husband was not a person within the meaning of sub-paragraphs 63(2)(b)(iii), (iv), (v) or (vi) of the *Income Tax Act*.

9. The defendant paid the amount of \$535 on account of child care expenses incurred with respect to the children.

10. The defendant deducted the child care expenses incurred by her in computing her income for her 1983 taxation year.

11. By notice of reassessment dated March 18, 1985, the Minister of National Revenue reassessed the defendant to disallow the deduction for child care expenses claimed by her in respect of her 1983 taxation year in the amount of \$535.

12. In so reassessing the defendant, the Minister of National Revenue proceeded on the basis that the defendant's income for 1983 of \$43,851 exceeded the income for 1983 of a supporting person of the eligible children for whom the child care expenses were claimed.

The authority for deducting child care expenses is found in section 63 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended [S.C. 1984, c. 1, s. 25; c. 45, s. 22]. I set forth the relevant portions of the section:

63. (1) Subject to subsection (2), there may be deducted in computing the income of a taxpayer for a taxation year the aggregate of all amounts each of which is an amount paid in the year as or on account of child care expenses in respect of an eligible child of the taxpayer for the year

(a) by the taxpayer, where he is a taxpayer described in subsection (2) and the supporting person of the child for the year is a person described in subparagraph (2)(b)(vi), or

(b) by the taxpayer or a supporting person of the child for the year, in any other case,

5. En 1983, les enfants de la défenderesse étaient âgés de moins de quatorze ans.

6. En 1983, les enfants étaient habituellement sous la garde de la défenderesse.

7. L'époux de la défenderesse était une personne assumant les frais d'entretien des enfants au sens du paragraphe 63(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

8. L'époux de la défenderesse n'était pas une personne au sens des sous-alinéas 63(2)b)(iii), (iv), (v) ou (vi) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

9. La défenderesse a payé une somme de 535 \$ au titre de frais de garde d'enfants engagés à l'égard des enfants.

10. Dans le calcul de son revenu pour son année d'imposition 1983, la défenderesse a déduit les frais de garde des enfants qu'elle avait engagés.

11. Dans un avis de nouvelle cotisation en date du 18 mars 1985, le ministre du Revenu national a refusé la déduction que la défenderesse avait réclamée au titre de frais de garde d'enfants pour son année d'imposition 1983, soit la somme de 535 \$.

12. Pour établir cette nouvelle cotisation à l'égard de la défenderesse, le ministre du Revenu national s'est fondé sur le fait que le revenu de celle-ci pour l'année 1983, soit 43 851 \$, dépassait le revenu en 1983 d'une personne assumant les frais d'entretien des enfants admissibles pour lesquels les frais de garde d'enfants ont été réclamés.

La disposition qui permet de déduire les frais de garde d'enfants est l'article 63 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, et ses modifications [S.C. 1984, chap. 1, art. 25; chap. 45, art. 22]. Voici les extraits pertinents de cette disposition:

63. (1) Sous réserve du paragraphe (2), il peut être déduit dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition le total des montants dont chacun représente un montant payé dans l'année à titre ou au titre de frais de garde d'enfants pour un enfant admissible du contribuable pour l'année

a) par le contribuable, lorsqu'il est un contribuable visé au paragraphe (2) et que la personne assumant les frais d'entretien de l'enfant pour l'année est une personne visée au sous-alinéa (2)b)(vi), ou

b) par le contribuable ou la personne assumant les frais d'entretien de l'enfant pour l'année, dans tout autre cas,

to the extent that

(c) the amount is not included in computing the amount deductible under this subsection by an individual (other than the taxpayer), and

(d) the amount is not an amount (other than an amount that is included in computing a taxpayer's income and that is not deductible in computing his taxable income) in respect of which any taxpayer is or was entitled to a reimbursement or any other form of assistance,

and the payment of which is proven by filing with the Minister one or more receipts each of which was issued by the payee and contains, where the payee is an individual, that individual's Social Insurance Number; but not exceeding the amount, if any, by which

(e) the least of

(i) \$8,000,

(ii) the product obtained when \$2,000 is multiplied by the number of eligible children of the taxpayer for the year in respect of whom the child care expenses were incurred, and

(iii) $\frac{2}{3}$ of the taxpayer's earned income for the year

exceeds

(f) the aggregate of all amounts each of which is an amount deducted, in respect of the eligible children of the taxpayer that are referred to in subparagraph (e)(ii), under this subsection for the year by an individual (other than the taxpayer) to whom subsection (2) is applicable for the year.

(2) Where the income for a taxation year of a taxpayer who has an eligible child for the year exceeds the income for that year of a supporting person of that child (on the assumption that both incomes are computed without reference to this section and paragraphs 56(1)(s) and (u)), the amount that may be deducted by the taxpayer under subsection (1) for the year as or on account of child care expenses shall not exceed the lesser of

(a) the amount that would, but for this subsection, be deductible by him for the year under subsection (1); and

(b) the product obtained when the lesser of

(i) \$240, and

(ii) \$60 multiplied by the number of eligible children of the taxpayer for the year in respect of whom the child care expenses were incurred

is multiplied by the number of weeks in the year during which the child care expenses were incurred and throughout which the supporting person was a person described in one or more of the following subparagraphs:

(iii) a person in full-time attendance at a designated educational institution (within the meaning assigned by paragraph 110(9)(a)),

(iv) a person certified by a qualified medical practitioner to be a person who

(A) by reason of mental or physical infirmity and confinement throughout a period of not less than 2 weeks in the year to bed, to a wheelchair or as a patient in a hospital, an asylum or other similar institution, was incapable of caring for children, or

dans la mesure où le montant

c) n'est pas inclus par un autre particulier dans le calcul du montant déductible en vertu du présent paragraphe,

a d) n'est pas un montant (sauf un montant qui est inclus dans le calcul du revenu d'un particulier et qui n'est pas déductible dans le calcul de son revenu imposable) à l'égard duquel un particulier a droit, ou avait droit, à un remboursement ou à une autre forme d'aide,

b et dont le paiement est établi en produisant auprès du Ministre un ou plusieurs reçus délivrés par le bénéficiaire du paiement et portant, lorsque celui-ci est un particulier, le numéro d'assurance sociale de ce particulier; le total ne doit pas être supérieur à l'excédent éventuel

e) du moins élevé des montants suivants:

(i) \$8,000,

c (ii) le produit de \$2,000 par le nombre d'enfants admissibles du contribuable pour l'année pour lesquels les frais de garde d'enfants ont été supportés, ou

(iii) $\frac{2}{3}$ du revenu gagné par le contribuable pour l'année

d sur

f) le total des montants dont chacun représente un montant déduit, à l'égard des enfants admissibles du contribuable visés au sous-alinéa e)(ii), en vertu du présent paragraphe pour l'année par un particulier (autre que le contribuable) à qui le paragraphe (2) s'applique pour l'année.

e (2) Lorsque le revenu, pour une année d'imposition, d'un contribuable qui a un enfant admissible pour l'année est supérieur au revenu, pour cette année, d'une personne assumant les frais d'entretien de cet enfant (en présumant que les deux revenus sont calculés sans tenir compte du présent article et des alinéas 56(1)s) et u)) le montant que le contribuable peut déduire en vertu du paragraphe (1) pour l'année à titre ou au titre de frais de garde d'enfants ne doit pas être supérieur au moins élevé des montants suivants:

a) le montant qu'il pourrait, sans le présent paragraphe, déduire pour l'année en vertu du paragraphe (1); ou

g b) le produit du moins élevé des montants suivants:

(i) \$240, ou

(ii) \$60 multiplié par le nombre d'enfants admissibles du contribuable pour l'année pour lesquels les frais de garde d'enfants ont été engagés

h par le nombre de semaines de l'année au cours desquelles les frais de garde d'enfants ont été engagés et tout au long desquelles la personne assumant les frais d'entretien était visée dans un ou plusieurs des sous-alinéas suivants:

(iii) une personne qui fréquente à plein temps un établissement d'enseignement désigné (au sens de l'alinéa 110(9)a)),

i (iv) une personne déclarée par un médecin qualifié comme une personne qui,

(A) en raison d'une infirmité mentale ou physique et de l'obligation, pendant au moins 2 semaines de l'année, de garder le lit, de demeurer dans un fauteuil roulant ou d'effectuer un séjour dans un hôpital, un asile ou tout autre établissement semblable, a été dans l'incapacité de s'occuper de ses enfants, ou

(B) by reason of mental or physical infirmity, was in the year, and is likely to be for a long-continued period of indefinite duration, incapable of caring for children,

(v) a person confined to a prison or similar institution throughout a period of not less than 2 weeks in the year, or

(vi) a person living separate and apart from the taxpayer, throughout a period of not less than 90 days commencing in the year, by reason of a breakdown of their marriage or similar domestic relationship.

(2.1) For the purposes of this section, where, in any taxation year, the income of a taxpayer who has an eligible child for the year and the income of a supporting person of the child are equal (on the assumption that both incomes are computed without reference to this section and paragraphs 56(1)(s) and (u)), no deduction shall be allowed under this section to the taxpayer and the supporting person in respect of the child unless they jointly elect to treat the income of one of them as exceeding the income of the other for the year.

“Child care expense”, “eligible child” and “supporting person” are all defined in subsection 63(3) of the Act. There is no dispute that the claimed \$535 is within the definition of child care expense and that in 1983, the children for whom the expenses were incurred were eligible children and that Martin McLaren, the defendant’s husband, was a supporting person, in accord with the Act.

The issue before this Court raises a question of statutory interpretation: does subsection 63(2) disentitle a taxpayer from claiming the child care deduction when his or her supporting person had nil income for the relevant taxation year? When the question was considered by the Tax Court, His Honour Judge Taylor answered it in the negative. He gave the following explanation for his decision to allow the taxpayer’s appeal from the reassessment at page 2372:

As I see it, the point at issue has been determined by this Court in a recent judgment of Chief Judge Couture—*Normand Fiset v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2335; [88 D.T.C. 1223], in which the Chief Judge reached the conclusion that under circumstances where the “supporting person” had no income, that subsection 63(2) of the Act did not apply.

It has been the position of the plaintiff since the issuance of the reassessment that the essential nature of subsection 63(2) is comparative. Simply put, this means that where the income of the

(B) en raison d’une infirmité mentale ou physique, a été dans l’année et sera vraisemblablement, pendant une longue période indéfinie, dans l’incapacité de s’occuper de ses enfants,

(v) une personne qui a effectué dans l’année un séjour d’au moins 2 semaines dans une prison ou une autre institution semblable, ou

(vi) une personne vivant séparée du contribuable, pendant une période d’au moins 90 jours commençant dans l’année, à la suite d’une rupture de leur mariage ou de leur vie commune.

(2.1) Pour l’application du présent article, lorsque, dans une année d’imposition quelconque, le revenu d’un contribuable qui a un enfant admissible pour l’année et le revenu de la personne assumant les frais d’entretien de l’enfant sont égaux (en présumant que les deux revenus sont calculés sans tenir compte du présent article et des alinéas 56(1)s) et u)) aucune déduction n’est permise en vertu du présent article au contribuable ni à la personne assumant les frais d’entretien de l’enfant, sauf s’ils choisissent conjointement de traiter le revenu de l’un d’eux comme étant plus élevé que celui de l’autre pour l’année.

Les expressions «frais de garde d’enfants», «enfant admissible» et «personne assumant les frais d’entretien» sont toutes définies au paragraphe 63(3) de la Loi. Il est admis que le montant de \$535 réclamé est un montant qui répond à la définition des frais de garde d’enfants, que, en 1983, les enfants pour lesquels les frais ont été engagés étaient des enfants admissibles et que, Martin McLaren, l’époux de la défenderesse, était une personne assumant les frais d’entretien conformément à la Loi.

Le débat devant notre Cour soulève donc une question d’interprétation législative: le paragraphe 63(2) refuse-t-il au contribuable le droit de réclamer la déduction pour frais de garde d’enfants lorsque la personne assumant les frais d’entretien n’avait aucun revenu au cours de l’année d’imposition pertinente? Le juge Taylor, de la Cour canadienne de l’impôt, a répondu à cette question par la négative. Accueillant l’appel interjeté par la contribuable à l’égard de la nouvelle cotisation, il a donné l’explication suivante, à la page 2372:

Selon moi, la question en litige a été tranchée par cette Cour dans un jugement récent du juge en chef Couture, *Normand Fiset c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2335; [88 D.T.C. 1223], où ce dernier en arrive à la conclusion que lorsque la «personne assumant les frais d’entretien» n’a pas de revenu, le paragraphe 63(2) de la Loi ne s’applique pas.

La demanderesse a soutenu, depuis l’établissement de la nouvelle cotisation, que la disposition du paragraphe 63(2) est essentiellement comparative de par sa nature. En termes simples, cela

taxpayer exceeds that of the supporting person, and where none of the limiting circumstances set out in subparagraphs (iii)-(vi) apply, no deduction may be claimed by the taxpayer. The plaintiff submits that to enter into a debate as to whether “income”, for the purposes of section 63, constitutes a positive amount merely confuses the issue. It is the plaintiff’s contention that in this instance the defendant’s income is greater than zero and therefore the deduction must be disallowed. This logically follows, states the plaintiff, because where the supporting person does not fall within any of the situations outlined in subparagraphs 63(2)(b)(iii) to (vi), the product obtained in paragraph 63(2)(b) is zero, and the subsection as a whole excludes any deduction which exceeds the lesser of the amounts calculated in paragraphs 63(2)(a) and (b).

In support of its contention, the plaintiff refers to section 3 [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 1; c. 42, s. 1; 1984, c. 1, s. 2] of the Act, which stipulates the method for determining a taxpayer’s income:

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is his income for the year determined by the following rules:

(a) determine the aggregate of amounts each of which is the taxpayer’s income for the year (other than a taxable capital gain from the disposition of a property) from a source inside or outside Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, his income for the year from each office, employment, business and property;

(b) determine the amount, if any, by which

(i) the aggregate of

(A) the aggregate of his taxable capital gains for the year from dispositions of property other than listed personal property,

(B) his taxable net gain for the year from dispositions of listed personal property, and

(C) the amount, if any, by which

(I) the aggregate of his taxable capital gains for the year from indexed security investment plans

exceeds

(II) the aggregate of his allowable capital losses for the year from indexed security investment plans,

exceeds

(ii) the amount, if any, by which his allowable capital losses for the year from dispositions of property other than

signifie que, lorsque le revenu du contribuable est supérieur à celui de la personne assumant les frais d’entretien et qu’aucune des circonstances restrictives indiquées aux sous-alinéas (iii) à (vi) ne s’applique, le contribuable ne peut réclamer aucune déduction. La demanderesse allègue que l’examen de la question de savoir si le «revenu» aux fins de l’article 63 constitue un montant positif ne fait qu’embrouiller la question. Selon la demanderesse, en l’espèce, le revenu de la défenderesse est supérieur à zéro et la déduction doit donc être refusée. Cette conclusion est logique, d’après la demanderesse, puisque, lorsque la personne assumant les frais d’entretien n’est pas visée par l’une ou l’autre des situations décrites aux sous-alinéas 63(2)(b)(iii) à (vi), le produit obtenu à l’alinéa 63(2)(b) est égal à zéro et l’ensemble du paragraphe exclut toute déduction qui dépasse le moindre des montants calculés aux alinéas 63(2)(a) et (b).

À l’appui de cette prétention, la demanderesse cite l’article 3 [mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 1; chap. 42, art. 1; 1984, chap. 1, art. 2] de la Loi, qui prescrit la méthode à suivre pour calculer le revenu du contribuable:

3. Le revenu d’un contribuable pour une année d’imposition, aux fins de la présente Partie, est son revenu pour l’année, déterminé selon les règles suivantes:

a) en calculant le total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l’année (autre qu’un gain en capital imposable résultant de la disposition d’un bien), dont la source se situe à l’intérieur ou à l’extérieur du Canada, y compris, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien;

b) en calculant la fraction, si fraction il y a,

(i) du total

(A) du total de ses gains en capital imposables pour l’année tirés de la disposition de biens, autres que des biens personnels désignés,

(B) de son gain net imposable pour l’année tiré de la disposition de biens personnels désignés, et

(C) de l’excédent éventuel

(I) du total de ses gains en capital imposables pour l’année tirés de régimes de placements en titres indexés

sur

(II) le total de ses pertes en capital déductibles pour l’année résultant de régimes de placements en titres indexés,

qui est en sus

(ii) de la fraction, si fraction il y a, de ses pertes en capital déductibles pour l’année, résultant de la disposition de

listed personal property exceed his allowable business investment losses for the year;

(c) determine the amount, if any, by which the aggregate determined under paragraph (a) plus the amount determined under paragraph (b) exceeds the aggregate of the deductions permitted by subdivision e in computing the taxpayer's income for the year (except such of or such part of those deductions, if any, as have been taken into account in determining the aggregate referred to in paragraph (a));

(d) determine the amount, if any, by which the remainder determined under paragraph (c) exceeds the aggregate of

(i) the aggregate of amounts each of which is his loss for the year from an office, employment, business or property or his allowable business investment loss for the year, and

(ii) the amount, if any, by which the amount determined under subclause (b)(i)(C)(II) exceeds the amount determined under subclause (b)(i)(C)(I); and

(e) determine the amount, if any, by which the remainder determined under paragraph (d) exceeds the lesser of

(i) the amount, if any, by which the amount determined under subparagraph (b)(ii) exceeds the aggregate determined under subparagraph (b)(i), and

(ii) \$2,000, or if the taxpayer is a corporation, nil;

and the remainder, if any, obtained under paragraph (e) is the taxpayer's income for the year for the purposes of this Part.

The plaintiff points out that what one is left with at the end of the process described in section 3 is the taxpayer's income. It is this amount which must be determined for the purposes of section 63 and this can incorporate the figure zero. It is the plaintiff's submission that the Tax Court, both in this case and *Fiset, supra*, [*Fiset (N.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2335] erred by focusing instead on whether there was income from a source, such as employment, and it is this misconception which leads the Court to the conclusion that "income" must be a positive amount. The plaintiff also argues that the Tax Court erred in finding that the word "remainder" at the end of the section 3 formula implies a positive amount. According to the plaintiff, if one accepts the dictionary definition put forward by the defendant that "remainder" is the number left after subtraction or division, then when one divides 63 by 9, the result is 7 and the remainder zero. Thus, zero is a number like any other, except that it holds a very important place in the numerical system.

biens autres que des biens personnels désignés, qui est en sus des pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise pour l'année, subies par le contribuable;

c) en calculant la fraction, si fraction il y a, du total établi selon l'alinéa a) plus le montant établi selon l'alinéa b), qui est en sus du total des déductions permises par la sous-section e lors du calcul du revenu du contribuable pour l'année, (sauf les déductions ou la partie de ces déductions, si déductions il y a eu, dont il a été tenu compte lors du calcul du total visé à l'alinéa a));

d) en calculant l'excédent éventuel du reste établi selon l'alinéa c) sur le total

(i) du total des montants dont chacun représente sa perte pour l'année résultant d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise ou d'un bien, ou sa perte déductible au titre d'un placement d'entreprise pour l'année, et

(ii) de l'excédent éventuel du montant établi selon la sous-disposition b)(i)(C)(II) sur le montant établi selon la sous-disposition b)(i)(C)(I); et

e) en calculant la fraction, si fraction il y a, du reste établi selon l'alinéa d), qui est en sus du moins élevé des deux montants suivants:

(i) la fraction, si fraction il y a, du montant établi selon le sous-alinéa b)(ii), qui est en sus du total établi selon le sous-alinéa b)(i), ou

(ii) \$2,000 ou, si le contribuable est une corporation, un montant égal à zéro;

et le reste, si reste il y a, ainsi obtenu selon l'alinéa e) constitue le revenu du contribuable pour l'année aux fins de la présente Partie.

La demanderesse souligne que le montant obtenu à la fin de la démarche décrite à l'article 3 est le revenu du contribuable. C'est ce montant qui doit être calculé aux fins de l'article 63 et ce montant peut comprendre le nombre zéro. Toujours selon la demanderesse, la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur, tant dans la présente cause que dans l'arrêt *Fiset*, précité [*Fiset (N.) c. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2335], en se demandant plutôt s'il y avait un revenu tiré d'une source, comme un revenu d'emploi, et c'est cette conception erronée qui a incité la Cour à conclure que le «revenu» doit être un montant positif. La demanderesse fait également valoir que la Cour canadienne de l'impôt a eu tort de conclure que le mot «reste» à la fin de l'article 3 sous-entend un montant positif. Selon la demanderesse, si on accepte la définition du dictionnaire proposée par la défenderesse, selon laquelle le «reste» est le nombre obtenu après une soustraction ou une division, alors, lorsqu'on divise 63 par 9, on obtient comme résultat le nombre 7 et un reste égal à zéro. Ainsi, zéro est un nombre comme tous les autres, sauf qu'il tient une place très importante dans le système numérique.

Moreover, when one turns to the definition of taxable income in subsection 2(2) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 1] of the Act, which states that “taxable income of a taxpayer for a taxation year is his income for the year plus the addition and minus the deductions permitted by Division C”, it is the plaintiff’s contention that a taxpayer with zero income can and should fit into this equation. It only makes sense, according to the plaintiff, that a taxpayer can start with zero income and then only where he or she has zero taxable income in the result, does he or she not pay any tax. In order to be logically consistent with the overall object and purpose of the Act as a whole, income must include the number zero. For it would be absurd, to the plaintiff’s way of thinking, if one were to follow the reasoning of the Tax Court and hold that pursuant to section 63, the taxpayer with the higher income can claim the child care deduction where the supporting person has no income and yet when the supporting person has income in the positive amount of \$1, the deduction is then claimed only by the supporting person. That result counsel for the plaintiff characterizes as not logically consistent or rational.

The plaintiff refers also to other provisions of the Act. Paragraphs 56(1)(s) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 25; c. 140, s. 26] and (u) [as added by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 26] rely on a comparison of incomes for the purpose of allocating, between a taxpayer and his or her spouse, certain amounts paid as social assistance payments and home insulation or energy conversion grants, as income. In these instances, where the taxpayer is married or residing with his or her spouse at the time the payment is received, the amount can only be attributed as income of the taxpayer, if his or her income for the year is less than the spouse’s income for the year, otherwise it is attributed to the spouse where he or she has income for the year which is less than that of the taxpayer. The obvious intent of these provisions is said to be that if you are a married couple, the person with the lower income includes the designated amounts as income. The plaintiff asserts that it would fly in the face of parliamentary intent if the interpretation of income as found by the Tax Court in this case was applied to these

Qui plus est, lorsqu’on examine la définition du revenu imposable qui apparaît au paragraphe 2(2) [mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 1] de la Loi, selon lequel «Le revenu imposable d’un contribuable pour une année d’imposition est son revenu pour l’année plus l’addition et moins les déductions permises par la section C», le contribuable n’ayant aucun revenu peut et devrait appartenir à cette définition. Il n’est que logique, selon la demanderesse, qu’un contribuable puisse commencer avec un revenu égal à zéro et ce n’est que lorsque son revenu imposable est égal à zéro qu’il ne paie aucun impôt. Pour en arriver à une interprétation qui soit logiquement compatible avec le but général de l’ensemble de la Loi, il faut inclure dans le revenu le nombre zéro. En effet, il serait absurde, selon la demanderesse, de suivre le raisonnement de la Cour canadienne de l’impôt et de dire que, conformément à l’article 63, le contribuable ayant le revenu le plus élevé peut réclamer la déduction pour frais de garde d’enfants lorsque la personne assumant les frais d’entretien n’a aucun revenu alors que, lorsque cette personne a un revenu positif (par exemple, 1 \$), seule ladite personne réclame la déduction. De l’avis de la demanderesse, ce résultat n’est ni rationnel ni compatible avec le but de la Loi.

La demanderesse cite également d’autres dispositions de la Loi. Selon les alinéas 56(1)s) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 25; chap. 140, art. 26] et u) [ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 26], c’est une comparaison des revenus qui permet de répartir entre le contribuable et son conjoint certains montants versés à titre de prestations d’aide sociale et de subventions pour l’isolation domiciliaire ou la conversion de l’énergie. Dans ces cas-là, lorsque le contribuable est marié ou qu’il demeure avec son conjoint au moment où le paiement est reçu, le montant en question ne pourra être attribué au revenu du contribuable que si le revenu de celui-ci pour l’année est inférieur à celui de son conjoint pour l’année; si tel n’est pas le cas, il sera attribué au conjoint dont le revenu pour l’année est inférieur à celui du contribuable. Le but évident de ces dispositions serait d’imposer à la personne dont le revenu est le moins élevé l’obligation d’inclure les montants désignés comme revenus, dans le cas d’un couple marié. La demanderesse est d’avis que l’on irait à l’encontre de l’intention du législateur si

provisions. I am not persuaded that the allocation, as income, of payments in accord with paragraphs 56(1)(s) and 56(1)(u) is comparable to the entitlement to claim deductions under subsections 63(1) and (2), nor that the interpretation of "income" as found by the Tax Court in this case would be contrary to the intent of Parliament in the two other paragraphs mentioned. As I see it the result would then be that payments there referred to would be allocated to the taxpayer as income where the spouse has no income and the payments would be taxable, which seems consistent with the general intent of Parliament.

The plaintiff refers as well to section 122.2 (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 65), dealing with a child tax credit calculated as that provision specifies by a formula including "the aggregate of all amounts each of which is the income for the year of the individual or a supporting person of an eligible child". Again, I am not persuaded that the definition of income found by the Tax Court in reference to subsection 63(2) would be adverse to the intent of Parliament apparent in section 122.2.

Finally, the plaintiff also canvasses the legislative history of the provision. Initially, the benefit provided by section 63 was directed principally toward women. A man could only claim the deduction if he was not married, or was separated from his wife, or his wife was mentally or physically incapable of caring for children, or his wife was in prison. Thus, Parliament was basically granting a form of assistance to women in order that they could work outside the home. The current wording of the legislation apparently resulted from concern that it was discriminatory in its original form, and now the focus is simply on the lower income person. Thus, the plaintiff points out that the object and purpose of section 63 is, and always has been, comparative only. It was never Parliament's intention to grant the normal breadwinner, the one parent earning income in a family, a deduction for child care expense. For this intention the plaintiff relies on the fact that the various subsections and subparagraphs of the provision severely limit not

l'on appliquait à ces dispositions l'interprétation du revenu que la Cour canadienne de l'impôt a faite en l'espèce. Je ne suis pas convaincu que l'attribution, à titre de revenu, des paiements conformément aux alinéas 56(1)s) et 56(1)u) peut se comparer au droit de réclamer les déductions selon les paragraphes 63(1) et (2) ou que l'interprétation du revenu que la Cour canadienne a faite en l'espèce serait contraire à l'intention du Parlement dans les deux autres paragraphes mentionnés. Selon moi, les paiements dont il est question dans ces dispositions seraient attribués au contribuable à titre de revenu lorsque le conjoint n'a pas de revenu et les paiements seraient imposables, ce qui semble compatible avec l'intention générale du Parlement.

La demanderesse cite également le paragraphe 122.2 (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 65), qui porte sur le crédit d'impôt pour enfants calculé, d'après cette disposition, selon une formule incluant le «total de tous les montants dont chacun représente le revenu pour l'année du particulier ou de la personne qui était la personne assumant les frais d'entretien d'un enfant admissible». Encore là, je ne suis pas convaincu que la définition de revenu que la Cour canadienne a faite relativement au paragraphe 63(2) irait à l'encontre de l'intention du Parlement qui est manifeste à l'article 122.2.

Enfin, la demanderesse invoque également l'évolution de la disposition. À l'origine, l'article 63 devait bénéficier principalement aux femmes. Les hommes ne pouvaient réclamer la déduction que s'ils n'étaient pas mariés, s'ils étaient séparés de leurs épouses ou si celles-ci étaient physiquement ou mentalement incapables de s'occuper des enfants ou qu'elles étaient en prison. Le Parlement accordait donc fondamentalement une forme d'aide aux femmes pour leur permettre de travailler en dehors du foyer. Comme l'on craignait qu'elle ne soit discriminatoire, cette disposition a été modifiée et la disposition actuellement en vigueur vise simplement la personne ayant le revenu le plus bas. La demanderesse fait donc valoir que l'article 63 est et a toujours été uniquement une disposition comparative. Le Parlement n'a jamais voulu accorder au gagne-pain habituel, soit le parent qui gagne le revenu dans une famille, une déduction pour frais de garde d'enfants. En effet, dit la demanderesse, les divers paragraphes

only the situations within which the deduction may be claimed, but also the actual amount of the deduction itself.

The defendant, on the other hand, submits that the object of the provision in question is to generally enable the earning of income by either the taxpayer or the supporting person. Counsel for the defendant finds support for his position by turning to subsection 63(1), which he submits cannot be completely ignored in the analysis of the meaning of subsection 63(2). For although it is subject to subsection 63(2), subsection (1) is still the first step to entitlement to the child care deduction and thus serves as an important indication of Parliament's intent in this regard. Paragraphs 63(1)(a) and (b), according to the defendant, clearly evidence the fact that someone, either the taxpayer or the supporting person, at least initially, is entitled to claim the deduction. The defendant submits that subsection 63(2) merely shifts this entitlement to the supporting person with income that is lower than that of the taxpayer, and one must return to paragraph 63(1)(b) in order to calculate the actual amount of the claim. Thus, subsection 63(2) is at best a limitation provision and not a means for disentitlement altogether.

Counsel for the defendant also urges support for his contention that the child care deduction was not intended to be lost by noting subsection 63(2.1) which provides for the situation where both the taxpayer and the supporting person have incomes which are equal. In that case the taxpayer and the supporting person must jointly elect the income of one to exceed that of the other in order to claim the deduction. Accordingly, the defendant maintains that Parliament's intention here is clear. Child care expenses, by definition, are expenses incurred to earn income and the aim of section 63 is to grant a credit for this type of expenditure to the taxpayer or to the supporting person.

Counsel for the defendant also refers to section 3 of the Act, but does so in support of his position

et sous-alinéas de la disposition restreignent grandement non seulement les situations à l'égard desquelles la déduction peut être réclamée, mais aussi le montant de la déduction elle-même.

^a Pour sa part, la défenderesse soutient que le but général de la disposition en question est de permettre tant au contribuable qu'à la personne assumant les frais d'entretien de gagner un revenu. À l'appui de sa thèse, l'avocat de la défenderesse invoque le paragraphe 63(1), que l'on ne peut ignorer complètement, selon lui, dans l'analyse du sens du paragraphe 63(2). Bien qu'il soit assujéti au paragraphe 63(2), le paragraphe (1) indique néanmoins la première étape relative au droit de déduire les frais de garde d'enfants et représente donc une indication importante de l'intention du Parlement à cet égard. De l'avis de la défenderesse, les alinéas 63(1)a) et b) indiquent clairement qu'une personne, que ce soit le contribuable ou la personne assumant les frais d'entretien, a le droit, du moins au départ, de réclamer la déduction. La défenderesse estime que le paragraphe 63(2) a simplement pour effet de transférer ce droit à la personne qui assume les frais d'entretien et dont le revenu est inférieur à celui du contribuable, et il faut se reporter à l'alinéa 63(1)b) pour calculer le montant réel de la déduction. Ainsi, le paragraphe 63(2) est, tout au plus, une disposition restrictive et non une disposition qui a pour effet de refuser un droit.

Soutenant que le législateur n'avait pas l'intention d'annuler le droit à la déduction des frais de garde d'enfants, l'avocat de la défenderesse invoque aussi le paragraphe 63(2.1), qui porte sur la situation où le contribuable et la personne assumant les frais d'entretien ont un revenu égal. Dans ce cas-là, le contribuable et la personne assumant les frais d'entretien doivent décider conjointement de traiter le revenu de l'un d'eux comme étant plus élevé que celui de l'autre afin de réclamer la déduction. En conséquence, la défenderesse soutient que l'intention du Parlement en l'espèce est claire. Les frais de garde d'enfants, par définition, sont les frais qui sont engagés pour gagner un revenu et le but de l'article 63 est d'accorder un crédit pour ce type de frais au contribuable ou à la personne qui assume les frais d'entretien.

^j L'avocat de la défenderesse cite lui aussi l'article 3 de la Loi, mais il le fait à l'appui de sa

that income cannot include zero. The defendant notes that, contrary to the view expressed by the plaintiff, the section 3 process only commences where there is an amount in the form of income for the year from an office, employment, a business or property. The existence of income from a source is a basic consideration. In this case, the defendant points out that the supporting person had no such income, but this contention is disputed and indeed there is no evidence other than the agreed fact that the supporting person here had no income; the result of the full application of section 3, not a result with reference to any specific source. The defendant further urges that after one has proceeded through the steps of section 3, the use of the phrase "remainder, if any" at the end of the section presupposes that if there is no amount in remainder, there is no income for the purposes of the Act. The defendant refers to *The Concise Oxford Dictionary of Current English* which defines the word "remainder" as a "residue, remaining persons or things; number left after subtraction or division." "[R]emainder, if any", submits the defendant, means there must be something positive left.

The defendant relies on the decision of this Court in *Tahsis Company Ltd. v. R.*, [1980] 2 F.C. 269, at page 273 for the proposition that if the legislators had intended the interpretation proposed by the plaintiff, it would have been easy enough for Parliament to have made this intention clear. The Federal Court in that case was asked to interpret a provision of the *Income Tax Act* dealing with currency rate fluctuations. The Court found that as the provision clearly indicated fluctuations after 1971 should be taken into account, an intention to consider earlier fluctuations could not be inferred from the subsection because such an objective could easily have been clearly stipulated. According to the defendant, this premise applies equally to this case, especially when Parliament has elsewhere in the Act evidenced an intention that where there is no income that be taken into account. Subsection 4(1) of the Act provides for income or loss from a source or from sources in a place and it includes specific reference to "the taxpayer's income or loss, as the case may be, computed in accordance with this Act on the

thèse selon laquelle le revenu ne peut inclure le nombre zéro. La défenderesse souligne que, contrairement à l'opinion de la demanderesse, la démarche prévue à l'article 3 ne débute que lorsqu'il y a un montant sous forme de revenu tiré pour l'année d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise ou d'un bien. L'existence d'un revenu tiré d'une source est une condition essentielle. En l'espèce, la défenderesse souligne que la personne assumant les frais d'entretien n'avait aucun revenu de cette nature, mais cet argument est contesté et il n'y a effectivement aucune preuve à ce sujet, si ce n'est l'admission selon laquelle la personne assumant les frais d'entretien en l'espèce n'avait aucun revenu à la suite de l'application complète de l'article 3 et non à l'égard d'une source précise. La défenderesse ajoute qu'une fois que les étapes de l'article 3 sont franchies, les mots «si reste il y a» à la fin de l'article présupposent que, s'il n'y a pas de reste, il n'y aura pas de revenu aux fins de la Loi. La défenderesse cite *The Concise Oxford Dictionary of Current English* où l'on définit le mot «reste» («remainder») comme étant [TRADUCTION] «un élément restant, personnes ou choses qui restent; nombre obtenu après une soustraction ou une division». Selon la défenderesse, les mots «si reste il y a» signifient qu'un montant positif doit rester.

La défenderesse se fonde sur la décision qu'a rendue notre Cour dans *Tahsis Company Ltd. c. R.*, [1980] 2 C.F. 269, à la page 273, pour dire que, si le législateur avait souhaité que l'interprétation proposée par la demanderesse soit adoptée, il aurait été facile pour lui de l'indiquer clairement. Dans cette affaire-là, la Cour d'appel fédérale devait interpréter une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* portant sur les fluctuations des taux de change. La Cour a décidé que, étant donné que la disposition indiquait clairement qu'il fallait tenir compte des fluctuations survenues après 1971, on ne pouvait déduire, à la lecture du paragraphe en question, une intention de tenir compte des fluctuations antérieures, parce qu'il aurait été facile d'indiquer clairement cet objectif. Selon la défenderesse, cette prémisse s'applique de la même façon en l'espèce, notamment lorsqu'on tient compte du fait que le Parlement a indiqué ailleurs dans la Loi son intention que l'on tienne compte de l'absence de revenu, le cas échéant. Le paragraphe 4(1) de la Loi porte sur le revenu ou la perte tiré d'une ou de plusieurs sources à un

assumption that he had during the taxation year no income or loss except from that source or no income or loss except from those sources, as the case may be". Thus, the defendant argues that there are in fact two concepts referred to in the Act. One involves income and where, as in subsection 63(2), a comparison of two incomes is drawn, this presupposes the existence of two amounts. The second involves no income, which Parliament has indicated in section 4 is another concept altogether.

Finally, counsel for the defendant puts forth an alternative argument. He submits that if the wording employed in the section is ambiguous, it is clear from the case law that the issue must be resolved in favour of the taxpayer. In this regard, he relies on the statement made by the Supreme Court of Canada in *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, at page 72:

Such a determination is, furthermore, consistent with another basic concept in tax law that where the taxing statute is not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness in the statute should be resolved in favour of the taxpayer.

Both parties are in agreement that the applicable principle for guidance in the interpretation of the *Income Tax Act* is that stated by E. A. Driedger in *Construction of Statutes*, 2nd ed., (1983), at page 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

It is my opinion that the word "income", both in its ordinary usage and that employed in the context of the Act imputes the existence of a positive amount. Dictionary definitions refer to "income" as an annual and recurring gain derived from labour or capital. *Webster's Third New International Dictionary of the English Language*, Unabridged, (1986), for example, defines "income" as "a gain or recurrent benefit that is usually measured in money and for a given period of time, derives from capital, labor, or a combination of both, includes gains from transactions in capital

endroit déterminé et renvoie explicitement au «revenu ou [à] la perte, selon le cas, du contribuable, calculée conformément à la présente loi, en supposant que ce contribuable n'a eu, durant l'année d'imposition, aucun revenu ni perte, sauf ce qui provenait de cette source, ni aucun revenu ou perte, sauf ce qui provenait de ces sources, selon le cas» Ainsi, selon la défenderesse, il est question de deux concepts dans la Loi. L'un porte sur le revenu et lorsque, comme c'est le cas au paragraphe 63(2), une comparaison entre deux revenus est faite, cela présuppose l'existence de deux montants. Le second porte sur l'absence de revenu, ce qui, comme le Parlement l'a indiqué à l'article 4, est un concept tout à fait différent.

Enfin, l'avocat de la défenderesse invoque un argument subsidiaire. Il soutient que, lorsque le texte de la disposition est ambigu, il est clair, d'après la jurisprudence, que le litige doit être tranché en faveur du contribuable. Sur ce point, il cite les remarques qu'a formulées la Cour suprême du Canada dans *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, à la page 72:

Une telle décision est de plus conforme à un autre concept fondamental de droit fiscal portant que, si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable.

Les deux parties admettent que le principe applicable aux fins de l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est celui qu'a énoncé E. A. Driedger dans *Construction of Statutes*, 2^e éd. (1983), à la page 87:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut pour l'interprétation d'une loi: les mots doivent être interprétés selon le contexte, dans leur acception logique courante en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur.

À mon avis, le mot «revenu», tant selon son sens courant que son sens dans le contexte de la Loi, présuppose l'existence d'un montant positif. Selon les définitions du dictionnaire, le «revenu» est un gain annuel et régulier tiré du travail ou du capital. Ainsi, dans le *Webster's Third New International Dictionary of the English Language*, non abrégé, (1986), le mot «revenu» est défini comme étant [TRADUCTION] «un gain ou avantage régulier qui se mesure habituellement en argent et se rapporte à une période donnée, qui découle du capital, du travail ou d'une combinaison des deux,

assets, but excludes unrealized advances in value". *The Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed., 1986) defines "income" in the sense of that word we are concerned with here, as "That which comes in as the periodical produce of one's work, business, lands, or investments (commonly expressed in terms of money); annual or periodical receipts accruing to a person or corporation; revenue."

These definitions of "income" are generally consistent with the legal concept employed by the *Income Tax Act* as canvassed by Chief Judge Couture of the Tax Court in his decision in *Fiset*, *supra*. At the risk of repeating his review of the Act's provisions, I would simply note that subsection 5(1), which defines income from an office or employment, subsection 9(1), which determines income from business or property, and subsection 39(1) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 15; 1976-77, c. 4, s. 9; c. 42, s. 3; 1979, c. 5, s. 11; 1980-81-82-83, c. 48, s. 16; c. 140, s. 18; 1984, c. 1, s. 13] which defines a capital gain, all involve the receipt of a positive or net amount which is derived from a source within the taxation year. I agree with the Chief Judge that subsection 63(2) itself in using the words "income for a taxation year" and "income for that year" together with the phrase "(on the assumption that both incomes are computed . . .)" clearly presumes that each of the parties received income within the meaning of the Act in the taxation year. Moreover, the entirety of section 3, which is the closest thing to a definition of "income" under the Act, consists of a process of reduction from one amount to another until one reaches a final amount which is said to represent the taxpayer's income for the year. The very explicit use of the words "remainder, if any" in the final phrase of the section clearly mandates the existence of something positive before the taxpayer can be said to have income for the purposes of the Act. It seems clear to me that a fundamental premise underlying the *Income Tax Act* is that "income" means the "net accretion of economic power", a definition suggested in *Canada Report of the Royal Commission on Taxation*, (Carter Commission) (1966), vol. 1, at pages 9-10. That

et comprend les gains tirés d'opérations relatives à des immobilisations, mais exclut les accroissements en valeur non réalisés». Dans le *Shorter Oxford English Dictionary* (3^e éd., 1986), le «revenu» est défini, quant au sens qui nous intéresse en l'espèce, comme étant [TRADUCTION] «Un montant tiré du produit périodique du travail, des activités, des biens-fonds ou des investissements d'une personne (lequel montant est habituellement exprimé en termes monétaires); montants qui reviennent annuellement ou périodiquement à une personne ou une entreprise; produits».

Ces définitions du «revenu» sont généralement compatibles avec le concept juridique que l'on trouve dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que le juge en chef Couture, de la Cour canadienne de l'impôt, a analysé dans la décision qu'il a rendue dans l'arrêt *Fiset*, précité. Au risque de répéter les commentaires qu'il a formulés au sujet des dispositions de la Loi, je soulignerai simplement que le paragraphe 5(1), qui définit le revenu tiré d'une charge ou d'un emploi, le paragraphe 9(1), qui définit le revenu tiré d'un bien ou d'une entreprise, et le paragraphe 39(1) [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 15; 1976-77, chap. 4, art. 9; chap. 42, art. 3; 1979, chap. 5, art. 11; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 16; chap. 140, art. 18; 1984, chap. 1, art. 13], qui définit un gain en capital, exigent tous la réception d'un montant positif ou d'un montant net tiré d'une source au cours de l'année d'imposition. À l'instar du juge en chef, je suis d'avis que le paragraphe 63(2) lui-même, où l'on utilise les mots «revenu, pour une année d'imposition» et «revenu, pour cette année» ainsi que l'expression «(en présument que les deux revenus sont calculés . . .)» présuppose clairement que chacune des parties a reçu un revenu au sens de la Loi au cours de l'année d'imposition. En outre, l'ensemble de l'article 3, qui est la disposition se rapprochant le plus d'une définition du mot «revenu» selon la Loi, décrit la démarche qui consiste à déduire un montant d'un autre jusqu'à l'obtention d'un montant final qui représente le revenu du contribuable pour l'année. L'utilisation explicite des mots «si reste il y a» dans la dernière phrase de l'article présuppose clairement l'existence d'un montant positif avant que l'on puisse dire que le contribuable a eu un revenu aux fins de la Loi. Il m'apparaît évident que l'une des conditions fondamentales sous-jacen-

concept does not apply where there is no income or income is zero.

Turning then to the section in question, there is no clear indication that the use of the term "income" in subsection 63(2) was intended to be anything different than that used throughout the rest of the Act. To my mind, this in itself is significant. As the defendant pointed out, had Parliament intended that in section 63 "income" includes zero, it would have been an easy matter to have made this intention evident. The section does provide for numerous other possible contingencies and considerable thought went into the wording of this provision. Inherent in the section are a variety of situations, for example, where supporting persons of the child are not the child's parents in a strictly legal sense or where families are separated. Often the proper application to a particular fact situation will involve an analysis of the interaction of more than one paragraph of the section. Even with respect to who may in fact claim the child care expense, care must be taken to read the wording employed in paragraphs 63(1)(a) and (b) in conjunction with that of subsection 63(2). Subsection 63(1) indicates that the deduction may be claimed by either the taxpayer or another supporting person of the child. In general, while only one person can deduct child care expense, either a taxpayer or a supporting person may claim the expense. However, subsection 63(2) limits a claim by the taxpayer to a portion of the expenses incurred for the year based on the number of weeks the supporting person with income has lower income than the taxpayer and satisfies the conditions outlined in subparagraphs 63(2)(b)(iii) through (vi). To the extent the latter conditions are not met for a full year, a claim to deduct the expense is shifted to the supporting person with income which is less than that of the taxpayer.

tes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est le fait que le mot «revenu» signifie [TRADUCTION] «l'accroissement net du pouvoir économique», comme l'a suggéré la Commission Carter dans le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, (1966), tome 1, aux pages 9 et 10. Ce concept ne s'applique pas lorsqu'il n'y a pas de revenu ou que le revenu est égal à zéro.

b En ce qui a trait à la disposition dont il est question en l'espèce, aucun élément n'indique clairement que le mot «revenu» du paragraphe 63(2) devait avoir un sens différent de celui qu'il a tout au long de la Loi. À mon avis, ce fait en soi est important. Comme la défenderesse l'a souligné, si le Parlement avait voulu que le mot «revenu» de l'article 63 inclue le montant zéro, il aurait été facile pour lui de le dire clairement. Beaucoup d'autres situations possibles sont envisagées dans la disposition et la rédaction de l'article a été soigneusement pensée. La disposition s'applique à diverses situations, notamment le cas où les personnes assumant les frais d'entretien de l'enfant ne sont pas les parents de celui-ci au sens juridique strict, ou le cas des familles séparées. Bien souvent, l'application appropriée de la disposition à une situation particulière nécessitera une analyse de l'interaction de plusieurs alinéas de la disposition. *f* Même pour déterminer qui peut effectivement réclamer la déduction pour frais de garde d'enfants, il faut lire le texte des alinéas 63(1)*a* et *b*) de concert avec celui du paragraphe 63(2). Le paragraphe 63(1) indique que la déduction peut être réclamée par le contribuable ou une autre personne assumant les frais d'entretien de l'enfant. En général, bien qu'une seule personne puisse déduire les frais de garde d'enfants, le contribuable ou la personne assumant les frais d'entretien peut réclamer la déduction. Cependant, le paragraphe 63(2) limite la déduction par le contribuable à une partie des frais engagés au cours de l'année selon le nombre de semaines au cours desquelles la personne assumant les frais d'entretien a eu un revenu inférieur à celui du contribuable et a respecté les conditions énoncées aux sous-alinéas 63(2)(iii) à (vi). Dans la mesure où ces dernières conditions ne sont pas respectées pour l'année complète, la déduction des frais est transférée à la personne assumant les frais d'entretien dont le revenu est inférieur à celui du contribuable.

Therefore, one cannot help but wonder how the legislators could have failed to have considered the scenario presently before this Court. Even if there was a failure to adequately express an intention that income, as it pertains to child care expenses, includes zero, I must agree with the Court of Appeal in its reasoning in *Canterra Energy Ltd. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 89, at page 95 that if a provision is not aptly worded to carry out the intent of its drafter, the courts should not be precluded from allowing the taxpayer to take advantage of the benefits of the provision as worded.

With respect to the overall object and purpose of section 63, the parties have each asserted differing views in this regard in support of their respective arguments. The background to section 63 in its prior form was considered at length by the Canadian Human Rights Tribunal in *Bailey et al. v. M.N.R.* (1980), 1 C.H.R.R. 193. The Tribunal found that the section was discriminatory because it excluded men from the benefit of the deduction, unless they were unmarried, separated or had a wife who was incapable of caring for the children because of physical or mental infirmity or confinement to prison. It was as a result of this decision that section 63 was amended to apply equally to both male and female taxpayers. The distinction drawn between higher and lower income earners in the current provision, in my view, is clearly predicated on the taxpayer and the supporting person each having income for the taxation year as provided in accordance with section 3. In each case that income, the "remainder, if any" after following the steps of section 3 must be "a net accretion of economic power", not merely zero or no income.

I conclude that the word "income" found in subsection 63(2) of the *Income Tax Act*, when read both in its grammatical and ordinary sense, and in its context in the Act, means the existence of a positive sum. Where the supporting person has no income, subsection 63(2) does not apply and one reverts to paragraph 63(1)(b) and the taxpayer may claim the deduction. In my view, this

En conséquence, on ne peut faire autrement que se demander comment le législateur aurait pu omettre d'envisager le scénario présenté en l'espèce devant notre Cour. Même s'il y a eu omission d'indiquer de façon appropriée que le revenu se rapportant aux frais de garde d'enfants comprend le montant zéro, je dois souscrire au raisonnement que la Cour d'appel a adopté dans *Canterra Energy Ltd. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 89, à la page 95, et selon lequel, si une disposition n'est pas rédigée de façon à donner suite à l'intention du législateur, les tribunaux devraient pouvoir permettre au contribuable de se prévaloir des avantages de la disposition telle qu'elle est libellée.

En ce qui a trait au but général de l'article 63, chacune des parties a fait valoir des opinions différentes à cet égard au soutien de sa thèse. Dans *Bailey et al. v. M.N.R.* (1980), 1 C.H.R.R. 193, le tribunal canadien des droits de la personne a examiné longuement le fondement législatif de l'article 63 précédemment en vigueur. Le tribunal a jugé que l'article était discriminatoire, parce qu'il ne permettait pas aux hommes de bénéficier de la déduction, sauf s'ils n'étaient pas mariés, s'ils étaient séparés ou que leur épouse était incapable de s'occuper des enfants parce qu'elle souffrait d'une infirmité physique ou mentale ou était incarcérée. C'est à la suite de cette décision que l'article 63 a été modifié de façon à s'appliquer également tant aux hommes qu'aux femmes. À mon sens, la distinction faite entre les personnes qui gagnent un revenu supérieur et inférieur dans la disposition actuelle présuppose manifestement que le contribuable et la personne assumant les frais d'entretien ont tous deux un revenu pour l'année d'imposition au sens de l'article 3. Dans chaque cas, ce revenu, le «reste, si reste il y a», après les calculs faits selon l'article 3, doit correspondre à [TRADUCTION] «un accroissement net du pouvoir économique»; il ne peut s'agir d'un revenu inexistant ou d'un montant égal à zéro.

J'en viens à la conclusion que le mot «revenu» du paragraphe 63(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lorsqu'on le lit tant dans son sens grammatical et ordinaire que dans le contexte de la Loi, présuppose l'existence d'une somme positive. Lorsque la personne assumant les frais d'entretien n'a pas de revenu, le paragraphe 63(2) ne s'applique pas; il faut alors se reporter à l'alinéa 63(1)(b) et le

finding does not result in any repugnancy or inconsistency with the object and spirit of the Act as a whole, nor with the intention of Parliament.

For the foregoing reasons, this action is dismissed and the matter is referred back to the Minister of National Revenue for reassessment in a manner not inconsistent with these reasons. This is an appeal to which subsection 178(2) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 75] of the *Income Tax Act* applies and the defendant is entitled to recover costs of this action.

contribuable peut réclamer la déduction. À mon avis, cette conclusion ne donne lieu à aucune répugnance ou incompatibilité avec l'objet et l'esprit de la Loi ou avec l'intention du Parlement.

^a Pour les motifs exposés ci-dessus, l'action est rejetée et le cas est déféré au ministre du Revenu national pour que celui-ci établisse une nouvelle cotisation d'une façon compatible avec les présents motifs. Il s'agit d'un appel auquel s'applique le paragraphe 178(2) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58; 1984, chap. 45, art. 75] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la défenderesse a le droit de recouvrer les dépens de la présente action.

T-18-88

T-18-88

Sky Charter Limited and S.T.S. Holdings Limited
(Applicants/Plaintiffs)

Sky Charter Limited et S.T.S. Holdings Limited
(requérantes/demandereses)

v.

a c.

Canadian Aviation Safety Board (Respondent/
Defendant)

Le Bureau canadien de la sécurité aérienne
(intimé/défendeur)

INDEXED AS: SKY CHARTER LTD. v. CANADA (AVIATION
SAFETY BOARD) (T.D.)

b RÉPERTORIÉ: SKY CHARTER LTD. c. CANADA (BUREAU DE LA
SÉCURITÉ AÉRIENNE) (1^{re} INST.)

Trial Division, MacKay J.—Toronto, June 19,
1989; Ottawa, September 11, 1990.

c Section de première instance, juge MacKay—
Toronto, 19 juin 1989; Ottawa, 11 septembre
1990.

Air law — Owners of cockpit voice recorder, surrendered to Canadian Aviation Safety Board after aircraft incident, entitled to return of recording or complete transcript upon request when investigation completed under Canadian Aviation Safety Board Act, s. 21 — Right to recover not barred by privilege accorded to recording under ss. 33 and 34 — No conflict between privilege and owners' right to recover — Privilege to assure access to recordings for investigation of aircraft accidents while maintaining pilots' privacy — Potential abuse of employees' rights by owner outside Board's concern.

d *Droit aérien — Les propriétaires d'un enregistreur de conversations de poste de pilotage, remis au Bureau canadien de la sécurité aérienne après un incident aérien, ont droit à la restitution de l'enregistrement ou à la transcription complète de celui-ci, à leur demande, lorsque l'enquête est complétée en vertu de l'art. 21 de la Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne — La protection conférée à l'enregistrement par les art. 33 et 34 ne constitue pas une fin de non-recevoir à l'égard du droit à la restitution — La protection ne s'oppose pas au droit des propriétaires à la restitution — La protection a pour but d'assurer que les enregistrements soient accessibles aux fins d'enquête des accidents aériens tout en protégeant la vie privée des pilotes — La possibilité que les propriétaires abusent des droits des employés ne concerne pas le Bureau.*

This was an application for a declaration that the plaintiffs are entitled to the return of a tape recording or a transcript of its entire contents. The plaintiffs owned a Lear jet including the cockpit voice recorder (CVR) and flight data recorder (FDR). The jet sustained substantial damage in attempting to land at Pearson. Upon its demand, the plaintiffs turned over the CVR and FDR to the Canadian Aviation Safety Board. Although the Board's investigation has been completed, it has refused repeated requests to return the tapes. Section 21 of the *Canadian Aviation Safety Board Act* provides that anything seized under paragraph 19(1)(c) shall be returned to the owner as soon as possible after it has served the purpose for which it was seized, unless the owner consents otherwise in writing. The plaintiffs have commenced an action for damages arising from the incident, alleging negligence on the part of Crown servants. They believe that the tape could have obviated the need for that action or could assist in its preparation. The issue was whether the Board, having seized the tape from a CVR for purposes of investigating an incident or accident, following conclusion of its investigation can refuse to return the tape or a transcript of the complete tape to the owner who has requested its return. The defendant argued that the special privilege accorded to a CVR under the Act, sections 33 and 34 bars release of the tape. Those sections provide that the Board may release the recording or information from it only to a peace officer, coroner, or person carrying out investigations on the order of a court or coroner after examination of the recording *in camera* and after the Board has had an opportunity to make representations about release and release is warranted because the public interest in the proper administration of justice outweighs the

e Il s'agit d'une requête en jugement déclaratoire portant que les demandereses ont le droit de récupérer une bande d'enregistrement ou la transcription complète de celle-ci. Les demandereses sont propriétaires d'un jet Lear, y compris l'enregistreur de conversations de poste de pilotage (CVR) et l'enregistreur de données de vol (FDR). Le jet a subi d'importants dommages au moment où il s'apprêtait à atterrir à l'aéroport Pearson. À la demande du Bureau canadien de la sécurité aérienne, les demandereses lui ont remis les enregistrements CVR et FDR. Même si l'enquête du Bureau est terminée, il a, malgré de nombreuses demandes, refusé de restituer les bandes d'enregistrement. L'article 21 de la *Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne* prévoit que lorsqu'ils ont servi aux fins voulues, les biens saisis en application de l'alinéa 19(1)(c) sont restitués le plus tôt possible à leur propriétaire, sauf consentement écrit contraire du propriétaire. Les demandereses ont intenté une action en dommages-intérêts à la suite de cet incident, alléguant la négligence des employés de l'État. Elles croient que la restitution de la bande aurait pu leur éviter d'introduire cette action ou les aider à la préparer. Il s'agissait de déterminer si après avoir saisi la bande CVR aux fins d'enquête sur un incident ou un accident et avoir complété cette enquête, le Bureau peut refuser de restituer la bande d'enregistrement ou la transcription complète de celle-ci au propriétaire qui en a fait la demande. Le défendeur prétend qu'en vertu de la protection spéciale que confèrent à la bande CVR les articles 33 et 34 de la Loi, il ne peut restituer la bande d'enregistrement. Ces articles prévoient que le Bureau ne peut communiquer l'enregistrement ou les renseignements qu'il contient qu'aux agents de la paix, au coroner et aux personnes qui

privilege attached to the recording. The defendant argued that the Act did not provide for access to the tape by the owner.

Held, the application should be allowed.

The plaintiffs are entitled to the return of the recording or at least to a complete transcript in accordance with section 21.

The privileged status of a cockpit voice recording does not conflict with the right of the owners to recover it. The purpose of the privilege was to assure access to these recordings for lawful purposes, particularly the investigation of aircraft accidents and incidents, while maintaining as much as possible the privacy interests of pilots whose every sound is recorded. Privilege attached to the recording whether it was in the possession of the owners, the Board or any other person. Possession of the recording is irrelevant to the purposes of the Act and the functions of the Board.

The potential for abuse of the employees' rights by an owner who has access to the recording is outside the Board's concern. Section 35 precludes use of the recording in disciplinary or other proceedings, except for limited purposes in civil actions. The uses to which such recordings can be put is regulated by collective agreements or employment contracts between owners and pilots.

The conditions governing release of the recording are set out in the Act, particularly by the privilege accorded by subsection 33(1) and the limitation on its use implied in that provision and made explicit in section 35. The return of the recording is desired for examination by the plaintiffs' counsel in assessing and preparing the claims in the civil action and for examination by the president of the plaintiff companies to understand the incident with a view to improving aviation safety. Access for counsel does not violate the privilege as counsel may be considered as an extension of the plaintiffs. The advice from counsel about possible legal proceedings is privileged and the interests of justice warrant return of the recording to the plaintiffs on terms permitting access to the recording by counsel. When returned, access by counsel to the recording should be on a confidential basis solely for the purposes of advising plaintiffs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Aviation Safety Board Act, R.S.C., 1985, c. A-12, ss. 2, 5(1), 7, 9, 10, 16, 19, 21, 32, 33, 34, 35, 36(3).

Canadian Aviation Safety Board Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 165, s. 2(1), 4(1), 6, 8, 9, 12, 15, 16, 26, 27(3).

Cockpit Voice Recorder Order, C.R.C., c. 37.

participent à des enquêtes, à la demande d'un tribunal ou d'un coroner, après que le tribunal ou le coroner a examiné l'enregistrement à huis clos et donné au Bureau la possibilité de présenter des observations relatives à la communication, et qu'il a conclu qu'il peut y avoir communication de l'enregistrement

a parce que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement. Le défendeur a allégué que la Loi ne prévoit pas que le propriétaire de l'enregistrement y a accès.

Jugement: la requête devrait être accueillie.

b Les demanderesse ont droit à la restitution de l'enregistrement ou du moins à la transcription complète de son contenu, conformément à l'article 21.

La protection conférée à l'enregistrement pilotage ne s'oppose pas au droit qu'a le propriétaire de le récupérer. Cette protection avait pour but d'assurer que ces enregistrements soient accessibles aux fins licites établies, notamment les enquêtes relatives aux accidents et incidents aériens, tout en protégeant le plus possible la vie privée des pilotes dont la moindre parole est enregistrée. La protection vise l'enregistrement, peu importe qu'il soit en la possession des propriétaires, du Bureau ou de toute autre personne. La possession de l'enregistrement n'a aucune importance aux fins de la Loi et des fonctions du Bureau.

c

d

La possibilité qu'un propriétaire qui a accès à l'enregistrement en abuse au détriment des droits de l'employé ne concerne pas le Bureau. L'article 35 interdit l'utilisation des enregistrements dans le cadre de procédures disciplinaires ou autres, à l'exclusion des procédures civiles, dans certains cas. Les conventions collectives ou les contrats d'emploi entre pilotes et propriétaires régissent l'utilisation possible de ces enregistrements.

e

Les conditions relatives à la communication des enregistrements sont énoncées dans la Loi, notamment la protection conférée par le paragraphe 33(1) et la restriction de l'utilisation que prévoit cet article de façon tacite et l'article 35, de façon expresse. Les demanderesse désirent la restitution de l'enregistrement pour permettre à leur avocat de l'examiner afin d'évaluer et de préparer leurs réclamations dans l'action civile et au président des sociétés demanderesse de les examiner pour comprendre l'incident en vue d'améliorer la sécurité aérienne. La consultation de l'avocat ne contrevient pas à la protection puisqu'il peut être considéré comme un prolongement des demanderesse. Les conseils de l'avocat au sujet des poursuites possibles sont protégés en soi; il est de l'intérêt de la justice de restituer l'enregistrement aux demanderesse à des conditions permettant à l'avocat d'y avoir accès. Après la restitution, l'avocat devrait avoir accès à l'enregistrement de façon confidentielle, aux seules fins de conseiller les demanderesse.

f

g

h

LOIS ET RÈGLEMENTS

i

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne, L.R.C. (1985), chap. A-12, art. 2, 5(1), 7, 9, 10, 16, 19, 21, 32, 33, 34, 35, 36(3).

j

Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne, S.C. 1980-81-82-83, chap. 165, art. 2(1), 4(1), 6, 8, 9, 12, 15, 16, 26, 27(3).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

Ordonnance sur les enregistreurs de la parole dans les postes de pilotage, C.R.C., chap. 37.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Wilson v. Minister of Justice, [1985] 1 F.C. 586; (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada, *Report of the Commission of Inquiry into Aviation Safety: Privilege with Respect to Evidence Obtained by Investigators*, Vol. 1, Part X (Ottawa: Supply and Services Canada, 1981) (Commissioner: C. L. Dubin).

COUNSEL:

W. A. Richardson for applicants/plaintiffs.

D. Bruce Garrow and *F. Reinhardt* for respondent/defendant.

SOLICITORS:

Lilly, Blott, Fejér, Toronto for applicants/plaintiffs.
Hughes, Amys, Toronto for respondent/defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACKAY J.: This proceeding, commenced by notice of motion, was an application for a declaration that the applicants/plaintiffs were entitled to have or keep or obtain from the respondent/defendant a certain tape recording or a complete transcript of its entire contents, and if necessary an order of *mandamus* requiring the Board to deliver to the applicants/plaintiffs the recording in question or a complete, unedited transcript of it.

Preliminary Issues

The respondent/defendant raised as a preliminary matter that the process adopted by the applicants/plaintiffs was unnecessary because the applicants/plaintiffs, in the course of other proceedings already initiated against Her Majesty, could request production or discovery of the recording

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Wilson c. Ministre de la Justice, [1985] 1 C.F. 586; (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194 (C.A.).

DOCTRINE

Canada, *Rapport de la Commission d'enquête sur la sécurité aérienne: Caractère confidentiel des éléments de preuve recueillis par les enquêteurs*, vol. 1, Partie X (Ottawa, Approvisionnements et Services, 1981) (Commissaire: C. L. Dubin).

AVOCATS:

W. A. Richardson pour les requérantes/demandereses.
D. Bruce Garrow et *F. Reinhardt* pour l'intimé/défendeur.

PROCUREURS:

Lilly, Blott, Fejér, Toronto, pour les requérantes/demandereses.
Hughes, Amys, Toronto pour l'intimé/défendeur.

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

LE JUGE MACKAY: La présente instance, introduite par voie d'avis de requête, vise à obtenir une déclaration portant que les requérantes/demandereses ont le droit d'avoir, de garder ou d'obtenir de l'intimé/défendeur une certaine bande d'enregistrement ou la transcription complète de celle-ci et, le cas échéant, une ordonnance de *mandamus* enjoignant au Bureau de remettre aux requérantes/demandereses l'enregistrement en cause ou la transcription complète et intégrale de celui-ci.

Questions préliminaires

En moyen préliminaire, l'intimé/défendeur a prétendu que la procédure choisie par les requérantes/demandereses était inutile parce que ces dernières pouvaient, dans le cadre d'autres instances déjà engagées contre Sa Majesté, demander la production et l'examen de l'enregistrement en

here in issue and the Court concerned could determine whether production or discovery should be ordered pursuant to the *Canadian Aviation Safety Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-12, section 34 [formerly S.C. 1980-81-82-83, c. 165, subsection 26(6)]. The applicants/plaintiffs in reply submit that the process referred to presupposes the right of the respondent/defendant to retain the recording, the very issue raised by the motion now before this Court. In my view, the right of the Board to retain the recording despite requests by the applicants/plaintiffs, who are the owners of it, that the recording or a transcript of its entire content be delivered to them, could only be determined after argument, if as a matter of procedure that argument could be heard.

The Court then raised with counsel the procedural bar to hearing the motion as presented, that is, that under the Rules of this Court proceedings under section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, for a declaration, as here sought by the applicants/plaintiffs, cannot be commenced by motion but must be commenced by action initiated by a statement of claim. While the Rules do not require the same process in seeking *mandamus*, also sought in this case, implicitly the Rules require that there be a trial of the matters at issue when a declaration is sought. In this case the applicants/plaintiffs had filed a statement of claim on January 7, 1988 seeking relief of the same kind as now sought by motion, but the file reveals no further activity in the matter, none of the usual pre-trial procedures for obtaining or clarifying evidence and no steps to bring the matter to trial, until filing of this notice of motion in May 1989. There is an exceptional course, recognized by the Court of Appeal *per* Mahoney J. in *Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586 (C.A.), where on consent and not merely in the absence of objection the Court may order that the proceeding be deemed to have been properly commenced provided the parties place on the record an agreed statement of all the facts upon which the issues are to be adjudicated.

litige et que le tribunal concerné pourrait décider s'il est opportun d'ordonner la production ou l'examen de l'enregistrement, conformément à la *Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne*, L.R.C. (1985), chap. C-12, article 34 [ancien paragraphe 26(6) S.C. 1980-81-82-83, chap. 165]. En réplique, les requérantes/ demandereses allèguent que cette dernière procédure implique que l'intimé/défendeur a le droit de garder l'enregistrement, ce qui fait justement l'objet de la requête dont cette Cour est présentement saisie. À mon avis, la question du droit qu'aurait le Bureau de garder l'enregistrement même si les requérantes/ demandereses, qui en sont propriétaires, ont demandé la restitution de l'enregistrement ou de la transcription complète de celui-ci, ne peut être tranchée qu'au terme d'un débat et ce, dans la mesure où les règles de procédure en permettent la tenue.

La Cour a ensuite discuté avec les avocats de l'exception d'irrecevabilité que soulève la requête telle que présentée, c'est-à-dire qu'en vertu des Règles de cette Cour, les instances engagées en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire, comme en l'espèce, ne peuvent l'être par voie de requête; elles doivent prendre la forme d'action introduite par déclaration. Même si ces Règles ne s'appliquent pas au *mandamus*, également demandé en l'espèce, elles prévoient implicitement que, dans le cas d'une demande de jugement déclaratoire, les questions en litige doivent faire l'objet d'un procès. En l'espèce, les requérantes/demandereses ont déposé une déclaration le 7 janvier 1988 en vue d'obtenir une réparation semblable à celle demandée en l'espèce par voie de requête, mais rien d'autre ne figure au dossier, aucune des procédures préliminaires habituelles afin d'obtenir ou d'éclaircir des éléments de preuve et aucune démarche en vue de faire procéder à l'instruction de l'action, jusqu'à ce que le présent avis de requête soit déposé au mois de mai 1989. Dans *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586 (C.A.), le juge Mahoney a reconnu, au nom de la Cour d'appel, qu'il existe une procédure exceptionnelle par laquelle, avec le consentement des parties et non simplement en l'absence d'objection, la Cour peut ordonner que l'on considère que l'instance a été régulièrement introduite, à condition que les parties versent au

statement of all the facts upon which the issues are to be adjudicated.

After a brief adjournment for consultation between counsel, counsel for the respondent/defendant advised the Court that he consented to dealing with the motion being heard as if this were an action on condition that clause 9(d) of the statement of claim filed January 7, 1989 be struck out. That clause related to relief then claimed by the applicants/plaintiffs and concerned the validity of provisions of the Act providing for seizure of the recording by the respondent/defendant. There was consent by both counsel that that clause be struck and there was agreement that there was no dispute about facts giving rise to this matter.

In these circumstances, I ordered that, upon hearing consent to proceed and agreement as to the facts, these proceedings are deemed to have been properly commenced, and that the facts as set out in the statement of claim filed January 7, 1988 be taken as the agreed statement of facts. In that statement paragraphs 1 to 8 set out facts; paragraph 9 sets out the relief claimed by the applicants/plaintiffs, claims which I deem to be replaced by the relief requested in the notice of motion of May 10, 1989. Argument at the hearing was concerned exclusively with the relief sought in the notice of motion. The only difference in substance between the relief claimed in the statement of claim filed in January and in the notice of motion is that the latter limits the relief to a declaration and an order of *mandamus* relating to a particular tape recording produced by a Cockpit Voice Recorder (CVR) whereas in the statement of claim relief sought also related to a second tape produced by a Flight Data Recorder (FDR).

Facts Agreed and Relief Sought

For the record the following are the facts agreed upon by counsel for the parties, as set out in paragraphs 1 to 8 of a statement of claim filed by the plaintiffs on January 7, 1989.

1. The Plaintiff/Applicant, Sky Charter Limited ("Sky Charter") and the Plaintiff/Applicant, S.T.S. Holdings Limited ("S.T.S."), are both companies incorporated pursuant to the laws of the Province of Ontario. At all material times, Sky

dossier un exposé conjoint de tous les faits sur lesquels les questions en litige devront être tranchées.

Après un bref ajournement afin de permettre aux avocats de se consulter, l'avocat de l'intimé/défendeur a informé la Cour qu'il acceptait que la requête soit entendue comme s'il s'agissait d'une action, à la condition que l'alinéa 9d) de la déclaration déposée le 7 janvier 1989 soit radié. Cet alinéa se rapportait à la réparation demandée à l'époque par les requérantes/demandresses et visait la validité des dispositions de la Loi relatives à la saisie de l'enregistrement par l'intimé/défendeur. Les avocats des deux parties ont consenti à la radiation de cet alinéa et ont convenu qu'aucun des faits générateurs du litige n'était contesté.

Dans ces circonstances, ayant pris acte du consentement des parties à ce que l'affaire suive son cours et de leur accord quant aux faits en cause, j'ai ordonné que l'on considère que l'instance a été régulièrement introduite et que les faits énoncés dans la déclaration déposée le 7 janvier 1988 constituent l'exposé conjoint des faits. Dans cette déclaration, les paragraphes 1 à 8 résument les faits; le paragraphe 9 énonce la réparation demandée par les requérantes/demandresses et qui, je le présume, a été remplacée par la réparation demandée dans l'avis de requête du 10 mai 1989. À l'audience, les plaidoiries ont porté exclusivement sur la réparation visée dans l'avis de requête. Tout ce qui différencie fondamentalement la réparation demandée dans la déclaration déposée en janvier et celle visée dans l'avis de requête est que celui-ci porte uniquement sur un jugement déclaratoire et une ordonnance de *mandamus* relatifs à un certain enregistrement fait au moyen d'un enregistreur de conversations de poste de pilotage (CVR) tandis que la déclaration portait également sur un deuxième enregistrement produit par un enregistreur de données de vol (FDR).

Les faits admis et la réparation demandée

Aux fins du dossier, voici les faits admis par les avocats des parties et énoncés aux paragraphes 1 à 8 de la déclaration déposée par les demandresses le 7 janvier 1989.

[TRADUCTION] 1. La demandresse/requérante, Sky Charter Limited («Sky Charter») et la demandresse/requérante, S.T.S. Holdings Limited («S.T.S.»), sont deux compagnies constituées en vertu des lois de la province de l'Ontario. Pendant toute la

Charter owned 40 percent and S.T.S. owned 60 percent of a 1973 Gates Lear Jet 25B bearing Serial No. 109 and Canadian Registration C-GSAS ("C-GSAS"). At all material times, Sky Charter leased 60 percent of C-GSAS from S.T.S.

2. The Defendant/Respondent, The Canadian Aviation Safety Board ("the Board"), is a Federal Board established pursuant to Section 4 of the Canadian Aviation Safety Board Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 165, as amended ("the Act"). The Board's object is to advance aviation safety by identifying safety deficiencies as evidenced by aviation accidents; by conducting independent investigations in order to make findings as to the contributing factors and cause of such accidents; and by reporting publicly on its investigations.

3. Pursuant to certain Air Navigation Orders respecting Category "C" aircraft (of which C-GSAS was one), C-GSAS was at all relevant times equipped with, inter alia, a Cockpit Voice Recorder ("C.V.R.") and a Flight Data Recorder ("F.D.R."). At all material times title and property in the C.V.R. and F.D.R. tapes and their contents are and remain that of Sky Charter and S.T.S.

4. A C.V.R. is a device which records on a continuous audio cassette tape the last 30 minutes of oral dialogue between the flight crew or between the flight crew and other aircraft or ground facilities.

5. A F.D.R. is a device whereby certain flight parameters are measured and recorded, by analogue means, on a foil tape strip.

6. On or about 0409 hours on April 3, 1985, C-GSAS was involved in an incident upon attempting to land at the Lester B. Pearson International Airport ("Pearson") in the Regional Municipality of Peel, in the Province of Ontario. As a result of the incident, C-GSAS was substantially damaged. In addition, Sky Charter lost the use of C-GSAS between April 3, 1985 and May 10, 1985.

7. Shortly after the incident, and in response to a demand by a representative of the Board, Sky Charter and S.T.S. gave possession of the C.V.R. and F.D.R. tapes and their contents to him, solely for the purpose of assisting the Board in its investigation of the incident. At no time was title to the tapes or their contents given or conveyed by Sky Charter and S.T.S. to the Board.

8. Thereafter, and to date, the Board has wrongfully and unlawfully refused to return to the Plaintiffs/Applicants either the C.V.R. or F.D.R. tapes, or transcripts thereof, in spite [sic] of numerous requests that it do so, and in spite [sic] of the fact that it no longer has need of the tapes.

For the record I also set out the relief claimed by the plaintiffs in the notice of motion dated May 10, 1989:

- (a) a declaration that under the Canadian Aviation Safety Board Act the owner of a Cockpit Voice Recorder ("C.V.R.") is entitled to have or keep or to obtain from the Board, the C.V.R. tape or a complete transcript of its entire contents; and, if necessary,

période pertinente, Sky Charter et S.T.S. étaient respectivement propriétaires de 40 % et de 60 % d'un jet Gates Lear 25B 1973, n° de série 109 et n° d'enregistrement C-GSAS («C-GSAS»). Pendant toute la période pertinente, Sky Charter louait les 60 % du C-GSAS appartenant à S.T.S.

2. Le défendeur/intimé, le Bureau canadien de la sécurité aérienne («le Bureau») est un bureau fédéral créé en vertu de l'article 4 de la Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne, S.C. 1980-81-82-83, chap. 165, modifiée («la Loi»). Le Bureau a pour mission de promouvoir la sécurité aérienne en constatant les manquements à la sécurité mis en évidence par les accidents aéronautiques; en procédant à des enquêtes indépendantes sur les accidents aéronautiques afin de dégager leur cause et les autres facteurs en jeu; et en rendant compte, dans des rapports publics, de ces enquêtes.

3. Conformément à certaines ordonnances sur la navigation aérienne relatives aux aéronefs de catégorie «C» (dont était le C-GSAS), le C-GSAS était muni notamment d'un enregistreur de conversations de poste de pilotage (CVR) et d'un enregistreur de données de vol (FDR) et ce, pendant toute la période pertinente. Pendant toute la période en cause, Sky Charter et S.T.S. étaient propriétaires des bandes d'enregistrement CVR et FDR ainsi que de leur contenu.

4. Le CVR est un dispositif qui enregistre sur une cassette audio d'enregistrement continu les trente (30) dernières minutes de conversation entre les membres de l'équipage ou entre l'équipage et d'autres aéronefs ou des installations au sol.

5. Le FDR est un dispositif qui mesure et enregistre, par des moyens semblables, certains paramètres de vol sur une bande métallique.

6. Le 3 avril 1985, vers 04:09 heures, un incident s'est produit au moment où le C-GSAS s'apprêtait à atterrir à l'Aéroport international Lester B. Pearson («aéroport Pearson») dans la municipalité régionale de Peel, en Ontario. Le C-GSAS a subi d'importants dommages imputables à cet incident. De plus, Sky Charter n'a pu utiliser le C-GSAS entre le 3 avril et le 10 mai 1985.

7. Peu après l'incident, et à la demande d'un représentant du Bureau, Sky Charter et S.T.S. ont remis les enregistrements CVR et FDR ainsi que leur contenu à ce représentant, aux seules fins d'aider le Bureau à mener son enquête relative à l'incident. Sky Charter et S.T.S. ont en aucun temps donné ou cédé au Bureau leurs droits de propriété relatifs aux bandes d'enregistrement et à leur contenu.

8. Par la suite, et jusqu'à ce jour, le Bureau a illégalement refusé de restituer aux demanderesse/requérantes les bandes d'enregistrement CVR et FDR, ou la transcription de celles-ci, malgré de nombreuses demandes en ce sens et malgré le fait qu'il n'a plus besoin des bandes d'enregistrement.

Aux fins du dossier, je reprends également la réparation demandée par les demanderesse dans l'avis de requête daté du 10 mai 1989:

- a) une déclaration portant que, en vertu de la Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne, le propriétaire d'un enregistreur de conversations de poste de pilotage (CVR) a le droit d'avoir, de garder ou d'obtenir du Bureau la bande d'enregistrement CVR ou la transcription complète de son contenu; et, le cas échéant,

(b) an order of mandamus requiring the Board to release and deliver to the Plaintiffs/Applicants the C.V.R. tape recorded on C-GSAS on or about April 2 and 3, 1985, or a complete, unedited transcript of the same.

For the record I also note certain other matters set out in an affidavit of Irving Oscar Shoichet, the president of both plaintiff companies, supporting the motion now deemed an action before the Court, and in an affidavit of Franz Reinhardt, counsel to the defendant board filed in partial reply to the affidavit of Shoichet, and matters agreed upon by counsel at the hearing. While these are not matters set out in the agreed statement of facts, they provide some general background to these proceedings. These are the following:

1) The affiant Shoichet states that another action was commenced by statement of claim filed in this Court September 30, 1985, (Court File No. T-2145-85), seeking damages for losses arising from the incident involving aircraft C-GSAS allegedly as a result of negligence or tortious action of servants or agents of Her Majesty. That action was commenced in view of a perceived limitation period in claims against the Crown. Further, it is averred that with consent of counsel for Her Majesty that action has not been advanced beyond issuance and service of the statement of claim pending the outcome of the application herein for a declaration and for *mandamus*.

2) The affiant Shoichet believes that review and analysis of the CVR tape by counsel and his consultants for the plaintiffs could have obviated the need for the action initiated against Her Majesty, or would assist in preparing the action.

3) The affiant Shoichet states that while he has never had occasion to utilize CVR recordings for disciplinary measures against his employees, he has on several occasions, with their knowledge and consent, listened to CVR recordings or dialogue between his employees and air traffic controllers, especially where his employees have reported erroneous or conflicting instructions from controllers. Further, he believes that an owner/operator of an aircraft equipped with a CVR and an FDR should have unfettered access

b) une ordonnance de mandamus enjoignant au Bureau de communiquer et de remettre aux demanderesse/ requérantes la bande CVR enregistrée à bord du C-GSAS, les ou vers les 2 et 3 avril 1985, ou la transcription complète et intégrale de cet enregistrement.

Aux fins du dossier, je note également certaines autres questions abordées dans l'affidavit d'Irving Oscar Shoichet, président des deux sociétés demanderesse, présenté à l'appui de la requête maintenant considérée comme une action devant la Cour, et dans l'affidavit de Franz Reinhardt, avocat du bureau défendeur, déposé en réplique partielle à l'affidavit de M. Shoichet, ainsi que certaines questions dont les avocats sont convenus à l'audience. Même si ces éléments n'ont pas été énoncés dans l'exposé conjoint des faits, ils peuvent servir de toile de fond à cette instance. Les voici:

1) Le déposant, M. Shoichet, déclare qu'une autre action a été introduite par voie de déclaration devant la Cour, le 30 septembre 1985 (n° du greffe: T-2145-85), en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour des pertes imputables à l'incident mettant en cause l'aéronef C-GSAS, de l'acte quasi-délictuel ou de l'acte délictuel présumé d'employés ou de préposés de Sa Majesté. Cette action a été engagée parce que l'on croyait qu'une certaine prescription s'appliquait aux actions intentées contre la Couronne. De plus, avec le consentement de l'avocat de Sa Majesté, cette action n'a pas connu de suite, après la délivrance et la signification de la déclaration, en attendant l'issue de la présente requête en jugement déclaratoire et en *mandamus*.

2) Le déposant, M. Shoichet, croit que si l'avocat des demanderesse et ses consultants avaient pu étudier et analyser la bande d'enregistrement CVR, cela aurait pu leur éviter d'introduire une action contre Sa Majesté ou pourrait les aider à préparer l'action en justice.

3) Le déposant, M. Shoichet déclare que, bien qu'il n'ait jamais eu l'occasion d'utiliser les enregistrements CVR à des fins disciplinaires contre ses employés, il a souvent, à leur connaissance et avec leur consentement, écouté ces enregistrements ou les conversations entre ses employés et les contrôleurs de la navigation aérienne, surtout lorsque ses employés lui avaient fait part de directives erronées ou conflictuelles données par des contrôleurs. De plus, il croit que le propriétaire/exploitant d'un aéronef muni d'un CVR et

to the tapes produced or to transcripts of them for the purpose of maintaining or improving upon aviation safety, a purpose in which the owner/operator has interests at least as great, if not greater, than the interests of the defendant board. As owner of CVR and FDR devices installed on an aircraft the owner/operator or its agents should be permitted unrestricted access to all data concerning an incident in the interests of improving aviation safety and of assisting in the determination of civil liability.

4) The affiant Reinhardt states his belief that evidence of the actual communications between Sky Charter's employees aboard aircraft C-GSAS and air traffic control, at the time relevant to the incident in which the aircraft was involved, is available from the air traffic control recording, which may be released as required by law under subsection 36(3) (formerly subsection 27(3)) of the Act, and a transcript of the air traffic control recording is appended to his affidavit.

5) Counsel were at least implicitly agreed at the hearing that the investigation by the Board, arising in relation to the aircraft incident involving the plaintiffs' aircraft, was completed. Further, it was agreed that the cockpit voice recorder seized by the inspector for the Board had been returned to the plaintiffs so that the issue here dealt with the tape recording produced by and originally contained in the recorder, which recording was still in the possession or control of the Board.

The Issue and the Legislative Regime

The main issue here raised can be stated quite simply, that is, whether the defendant board, having seized or otherwise obtained the tape from a CVR for purposes of investigating an incident or an accident, following conclusion of its investigation can refuse to return the tape or a transcript of the complete tape to the owner of the tape who has requested its return.

Subordinate issues were raised in argument. So far as these are not resolved in dealing with the main issue, I propose to deal with them before turning to the main issue since at least one was

d'un FDR devrait avoir libre accès aux bandes d'enregistrement ou à la transcription de celles-ci afin de maintenir ou d'améliorer la sécurité aérienne, objectif qui intéresse le propriétaire/exploitant au moins autant, sinon plus, que le bureau défendeur. À titre de propriétaire du CVR et du FDR installés dans un aéronef, le propriétaire/exploitant ou ses représentants devraient avoir libre accès à toutes les données relatives à un incident afin d'améliorer la sécurité aérienne et de lui permettre de déterminer la responsabilité civile de l'incident.

4) Le déposant, M. Reinhardt, affirme qu'il croit que la preuve des conversations entre les employés de Sky Charter, à bord de l'aéronef C-GSAS, et les contrôleurs de la navigation aérienne, pendant la période de l'incident survenu à l'aéronef, figure dans l'enregistrement du contrôle de la navigation aérienne, dont la communication peut être légalement exigée, en vertu du paragraphe 36(3) (ancien paragraphe 27(3)) de la Loi; une transcription de l'enregistrement contrôle est jointe en annexe à son affidavit.

5) À l'audience, les avocats ont convenu, du moins de façon tacite, que l'enquête menée par le Bureau relativement à l'incident aérien mettant en cause l'aéronef des demanderesse était terminée. De plus, il a été admis que l'enregistreur de conversations de poste de pilotage saisi par l'inspecteur du Bureau avait été restitué aux demanderesse, de sorte qu'en l'espèce, le litige porte sur la bande d'enregistrement produite par l'enregistreur, qui se trouvait initialement à l'intérieur de celui-ci et que le Bureau a toujours en sa possession.

La question en litige et le régime légal

La principale question en litige est assez simple: il s'agit de déterminer si le Bureau défendeur peut, après avoir saisi ou autrement obtenu la bande d'enregistrement CVR aux fins d'enquête d'un incident ou d'un accident, refuser de restituer la bande ou la transcription de l'enregistrement au propriétaire qui en a fait la demande, une fois l'enquête terminée.

Des questions subordonnées ont été soulevées lors des plaidoiries. Dans la mesure où elles ne seront pas réglées en même temps que la question principale, je suggère de les examiner d'abord

raised by the respondent as a preliminary issue at the commencement of the hearing.

Resolution of the principal issue depends on the interpretation of certain provisions of the Act. The statute was originally enacted in 1983 following the report and recommendations of the Commission of Inquiry into Aviation Safety headed by Mr. Justice Charles Dubin, now Chief Justice of Ontario. The provisions of the Act directly relevant in this matter are the following. (Citations which follow refer to the relevant provisions of the Act, R.S.C., 1985, c. C-12 and at the end of each provision the comparable section or paragraph as found in the original statute applicable at the time of seizure of the tape here in issue by the defendant, and referred to by counsel throughout the argument, is included in square brackets with the word "formerly". References to the Act throughout the balance of these reasons are made in the same way.)

19. For the purpose of conducting an investigation by the Board under this Act, an investigator has the power, . . .

(a) to enter any aircraft, place or property the entry of which the investigator believes on reasonable grounds is requisite for the purposes of the investigation;

(b) to inspect any aircraft, place or property mentioned in paragraph (a), including any equipment, stock, cargo, baggage, records, documents, freight or other goods or any part thereof found therein the inspection of which the investigator believes on reasonable grounds is requisite for the purposes of the investigation, and to make copies of or take extracts from any of those records or documents;

(c) to seize, detain, remove, preserve and protect and to test to destruction if necessary any aircraft, equipment, stock, cargo, baggage, records, documents, freight or other goods or any part thereof mentioned in paragraph (b) that the investigator believes on reasonable grounds is involved in or relates to any aviation occurrence that is being investigated under this Act; (formerly section 15)

21. (1) Anything seized pursuant to paragraph 19(c) shall, unless the owner thereof or a person who appears on reasonable grounds to be entitled thereto consents otherwise in writing, be returned to that owner or person as soon as possible after it has served the purpose for which it was seized.

(2) Any person from whom anything was seized pursuant to paragraph 19(c) or any other person who appears on reasonable grounds to be entitled thereto may apply to a court of competent jurisdiction for an order that the thing seized be returned to him.

(3) Where, on an application under subsection (2), the court is satisfied that the thing seized has served the purpose for which it was seized or should, in the interests of justice, be returned to the applicant, it may grant the application and

puisque l'une d'entre elles au moins a été soulevée par l'intimé en objection préliminaire au début de l'audience.

L'issue de la question principale dépend de l'interprétation de certaines dispositions de la Loi. La Loi a été adoptée en 1983 à la suite du rapport et des recommandations de la Commission d'enquête sur la sécurité aérienne présidée par le juge Charles Dubin, maintenant juge en chef de l'Ontario. Les dispositions pertinentes de la Loi sont reprises ci-dessous. (Les extraits suivants reprennent les dispositions pertinentes de la Loi, L.R.C. (1985), chap. C-12; à la fin de chaque disposition, figure entre crochets, à la suite du mot «ancien», la disposition correspondante en vigueur au moment de la saisie de l'enregistrement par le défendeur et cité par les avocats durant leurs plaidoiries. Les renvois à la Loi sont faits de la même façon dans les présents motifs.)

19. Au cours d'une enquête menée par le Bureau en application de la présente loi, les enquêteurs peuvent, . . .

a) monter à bord de tout aéronef ou pénétrer en tout lieu où ils ont des motifs raisonnables de croire leur présence nécessaire à l'enquête;

b) procéder, à bord de l'aéronef ou dans le lieu mentionnés à l'alinéa a), à toute visite qu'ils ont des motifs raisonnables de croire nécessaire à l'enquête, notamment en ce qui concerne tout ou partie du matériel, des marchandises, du fret, des bagages, des documents, des pièces ou autres biens qui s'y trouvent, ainsi que faire des copies ou prendre des extraits de ces documents ou pièces;

c) en tout ou en partie, saisir, retenir, enlever, conserver, protéger et soumettre à des essais au besoin destructifs tous aéronefs, matériels, marchandises, fret, bagages, documents, pièces ou autres biens, mentionnés à l'alinéa b), qu'ils ont des motifs raisonnables de croire en rapport avec un fait aéronautique objet d'une enquête menée en application de la présente loi; (ancien article 15)

21. (1) Lorsqu'ils ont servi aux fins voulues, les biens saisis en application de l'alinéa 19c) sont, sauf consentement écrit contraire de l'intéressé, restitués le plus tôt possible à leur propriétaire ou à la personne dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle y a droit.

(2) Le saisi, ou la personne dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle a droit aux biens saisis, peut demander leur restitution au tribunal compétent.

(3) Le tribunal peut, s'il estime que les biens saisis ont servi aux fins voulues ou qu'il est de l'intérêt de la justice de les restituer, faire droit à la demande, sous réserve des conditions jugées utiles pour assurer leur conservation aux fins pour

order the thing seized to be returned to the applicant, subject to any terms or conditions that appear necessary or desirable to ensure that it is safeguarded and preserved for any purpose for which it may subsequently be required by the Board under this Act. (formerly subsections 16(1),(2),(3))

32. In sections 33 to 35, "cockpit voice recording" means the whole or any part of any recording, transcript or substantial summary of voice communications on the flight deck of an aircraft, the aural environment of the flight deck, voice communications to and from the aircraft or audio signals identifying navigation and approach aids. (formerly subsection 26(1))

33. (1) Every cockpit voice recording is privileged and, except as provided by this section or section 34, no person, including any person to whom access is provided under this section or section 34, shall

- (a) knowingly release it or permit it to be released to any person; or
- (b) be required to produce it or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings.

(2) Any cockpit voice recording that relates to an aviation occurrence being investigated under this Act shall be released to the Board or an investigator who requires access thereto for the purposes of an investigation by the Board under this Act.

(3) The Board may make such use of any cockpit voice recording obtained under this Act as it considers necessary in the interests of aviation safety, but, subject to subsection (4), shall not knowingly release or permit to be released any portion thereof that is unrelated to the contributing factors and causes of any aviation occurrence investigated under this Act.

(4) The Board shall release any cockpit voice recording obtained under this Act to

- (a) a peace officer authorized by law to gain access thereto;
- (b) a coroner who requires access thereto for the purpose of an investigation he is conducting; or
- (c) any person carrying out a coordinated investigation under section 17 or appointed by the Minister of Transport pursuant to subsection 26(2) who requires access thereto in order to carry out his duties and functions. (formerly subsections 26(2),(3),(4),(5))

34. (1) Notwithstanding anything in section 33, where in any proceedings before a court or coroner a request for the production or discovery of a cockpit voice recording is made, the court or coroner shall

- (a) cause a notice of the request to be given to the Board, if it is not a party to the proceedings,
- (b) *in camera*, examine the cockpit voice recording, and
- (c) give the Board a reasonable opportunity to make representations with respect thereto,

and, if the court or coroner concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the cockpit voice recording by virtue of section 33, the court or

lesquelles le Bureau peut ultérieurement vouloir en disposer en application de la présente loi. (anciens paragraphes 16(1),(2) et (3))

32. Aux articles 33 à 35, «enregistrement pilotage», forme abrégée de l'expression «enregistrement des conversations du poste de pilotage», s'entend de tout ou partie de l'enregistrement des conversations ou de l'environnement sonore du poste de pilotage d'un aéronef, des conversations entre l'aéronef et d'autres interlocuteurs ou des signaux audibles d'identification des aides à la navigation et des aides d'approche, ou de la transcription ou d'un résumé appréciable de ces conversations. (ancien paragraphe 26(1))

33. (1) Les enregistrements pilotage sont protégés. Sauf disposition contraire du présent article ou de l'article 34, nul ne peut, notamment s'il s'agit de personnes qui y ont accès au titre du présent article ou de l'article 34:

- a) sciemment, les communiquer ou les laisser communiquer;
- b) être contraint de les produire ou de témoigner à leur sujet lors d'une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre.

(2) Les enregistrements pilotage relatifs à un fait aéronautique objet d'une enquête prévue par la présente loi doivent être communiqués au Bureau ou à l'enquêteur qui en fait la demande dans le cadre de sa mission.

(3) Le Bureau peut utiliser les enregistrements pilotage obtenus en application de la présente loi comme il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la sécurité aérienne, mais, sous réserve du paragraphe (4), il ne peut sciemment communiquer ou laisser communiquer les parties de ces enregistrements qui sont étrangères aux causes et autres facteurs en jeu du fait aéronautique objet d'une enquête prévue par la présente loi.

(4) Le Bureau est tenu de communiquer les enregistrements pilotage qu'il a obtenus en application de la présente loi:

- a) aux agents de la paix autorisés par la loi à en prendre connaissance;
- b) aux coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;
- c) aux personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l'article 17 ou sont nommées en application du paragraphe 26(2) et qui en font la demande pour l'exercice de leurs fonctions (anciens paragraphes 26(2),(3),(4) et (5))

34. (1) Par dérogation à l'article 33, le tribunal ou coroner qui, dans le cours de procédures devant lui, est saisi d'une demande de production et d'examen d'un enregistrement pilotage doit:

- a) transmettre un avis de la demande au Bureau, si ce dernier n'est pas partie aux procédures;
- b) examiner l'enregistrement pilotage à huis clos;
- c) donner au Bureau la possibilité de présenter des observations relatives à cet enregistrement.

S'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par l'article 33, il doit en ordonner la production et l'examen, sous réserve des

coroner shall order its production and discovery, subject to such restrictions or conditions as the court or coroner deems appropriate, and may require any person to give evidence that relates to the cockpit voice recording. (formerly subsection 26(6))

35. A cockpit voice recording shall not be used

(a) against any person referred to in subsection 36(1) in any legal or other proceedings except civil proceedings; or

(b) against any person in any disciplinary proceedings or proceedings with respect to the capacity or competency of any officer or employee to carry out his duties and functions. (formerly subsection 26(8))

An overview of the Act as a whole, to which both parties subscribe in written submissions on fact and law, reveals that the Act has as its object the advancement of aviation safety through creation of the respondent Board, with that general objective and authority to identify safety deficiencies as evidenced by aviation occurrences (defined as any accident or incident associated with the operation of aircraft and any situation which if left unattended could induce such an event). The Board may conduct independent investigations or public inquiries, and may report publicly on these and on its findings and recommendations designed to eliminate or reduce safety deficiencies. The Board is authorized to investigate any aviation occurrence, except those involving military aircraft. It is not the object of the Board to determine or apportion any blame or liability in connection with aviation occurrences (sections 2, 5(1), 7, 16; formerly sections 2(1), 4(1), 6, 12).

The Board appoints investigators pursuant to sections 9 and 10 (formerly sections 8 and 9) who have extensive authority under section 19 (formerly subsection 15(1)), including the authority "to seize, detain, remove, preserve and protect . . . any aircraft, equipment . . . records, documents . . . that the investigator believes on reasonable grounds is involved in or relates to any aviation occurrence that is being investigated" under the Act, (paragraph 19(c), formerly paragraph 15(1)(c)). The authority to seize and detain things is circumscribed by the mandatory return to the owner of things seized, and the owner or other person entitled to things seized may apply to a court for an order that the thing seized be returned

restrictions ou conditions qu'il juge indiquées; il peut en outre enjoindre à toute personne de témoigner au sujet de cet enregistrement. (ancien paragraphe 26(6))

35. Il ne peut être fait usage des enregistrements pilote:

a) contre les personnes mentionnées au paragraphe 36(1), dans une procédure judiciaire ou autre à l'exclusion des procédures civiles;

b) contre quiconque dans le cadre de procédures disciplinaires ou de procédures concernant la capacité ou la compétence d'un agent ou employé relativement à l'exercice de ses fonctions. (ancien paragraphe 26(8))

L'examen de la Loi dans son ensemble, auquel les deux parties souscrivent dans leur exposé des faits et du droit, révèle que la Loi a pour mission de promouvoir la sécurité aérienne par la constitution du Bureau intimé auquel est confiée cette même mission générale ainsi que le pouvoir d'identifier les manquements à la sécurité mis en évidence par les faits aéronautiques (c'est-à-dire tout accident ou incident lié à l'utilisation d'un aéronef et toute situation qui pourrait, à défaut de mesure corrective, provoquer ce genre de fait). Le Bureau peut procéder à des enquêtes indépendantes ou à des enquêtes publiques et peut rendre compte, dans les rapports publics, de ces enquêtes, des conclusions qu'il en tire et des recommandations sur les moyens d'éliminer ou de réduire les manquements à la sécurité. Le Bureau peut enquêter sur tout fait aéronautique, sauf ceux qui mettent en cause un aéronef militaire. Il ne relève pas de la mission du Bureau de se prononcer sur la détermination ou l'attribution des fautes ou des responsabilités relatives à des faits aéronautiques (articles 2, 5(1), 7, 16; anciens articles 2(1), 4(1), 6, 12).

Le Bureau nomme des enquêteurs en application des articles 9 et 10 (anciens articles 8 et 9) qui ont des pouvoirs considérables en vertu de l'article 19 (ancien paragraphe 15(1)), notamment le pouvoir de «saisir, retenir, enlever, conserver, protéger . . . tous aéronefs, matériels, . . . documents, pièces . . . qu'ils ont des motifs raisonnables de croire en rapport avec un fait aéronautique objet d'une enquête menée en application» de la Loi (alinéa 19c), ancien alinéa 15(1)c)). Le pouvoir de saisir et de retenir des biens est restreint par la restitution obligatoire des biens saisis à leur propriétaire; et ce dernier, ou la personne qui a droit aux biens saisis, peut demander leur restitution au

(subsections 21(1) and (2); formerly subsections 16(1) and (2)).

After provisions for the Board, its creation and operation, and its administration, sections 32 to 41 (formerly sections 26 to 29) under the inserted heading "Privilege", deal with cockpit voice recordings, air traffic control recordings and statements relating to aircraft occurrences obtained by the Board or an investigator, and for each of these records Parliament has enacted particular provisions specifying restrictions on their use. In this sense, these records are "privileged" as provided by the Act. The provisions relating to cockpit voice recordings are set out above, so far as those are of interest in this case. These are considered in detail in the reasoning that follows.

Subordinate Issues Raised

Since the respondent raised one issue as a preliminary matter, I propose to deal now with all subordinate issues raised by counsel except those necessarily dealt with in consideration of the main issue.

The first of these is the submission of the defendant that this action by the plaintiffs is barred by operation of subsection 34(1) (formerly subsection 26(6)) of the Act. The submission is based on the potential application of that section if, in the action commenced by filing the statement of claim on September 30, 1985, the plaintiffs request production or discovery of the recording here in issue. In that event the Court, after notice to the Board, would examine *in camera* the recording, give the Board an opportunity to make representations and if the Court concludes the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the recording under section 33 it will order production and discovery subject to restrictions the Court deems appropriate.

Obviously, it would be open to the plaintiffs to request production and discovery pursuant to section 34. Yet that is not an answer to the plaintiffs'

tribunal compétent (paragraphe 21(1) et (2), anciens paragraphes 16(1) et (2)).

Après des dispositions relatives au Bureau, à sa constitution, à son fonctionnement et à son administration, les articles 32 à 41 (anciens articles 26 à 29) traitent, sous la rubrique «Renseignements protégés», des enregistrements pilotage, des enregistrements contrôle et des déclarations se rapportant à un fait aéronautique obtenues par le Bureau ou un enquêteur; le Parlement a adopté pour chacune de ces catégories de documents des dispositions particulières portant sur les restrictions applicables à leur utilisation. À cet égard, ces documents sont «protégés» au sens de la Loi. Les dispositions relatives aux enregistrements pilotage ont été citées auparavant, dans la mesure où elles sont pertinentes en l'espèce. Elles feront l'objet d'une étude approfondie plus tard.

d Les questions subordonnées

Puisque l'intimé a soulevé une question comme moyen préliminaire, je me propose de traiter maintenant de toutes les questions subordonnées que les avocats ont soulevées, à l'exception de celles qui seront nécessairement examinées au moment de l'étude de la question principale.

La première question est la suivante: le défendeur prétend que la présente action est irrecevable en vertu du paragraphe 34(1) (ancien paragraphe 26(6)) de la Loi. Cette prétention est fondée sur l'application possible de cette disposition si, dans le cadre de l'action introduite par voie de déclaration le 30 septembre 1985, les demanderessees présentaient une demande de production et d'examen de l'enregistrement en cause. Dans ce cas, la Cour devrait en aviser le Bureau, examiner l'enregistrement à huis clos, donner au Bureau la possibilité de présenter des observations et, si la Cour conclut que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par l'article 33, elle en ordonnera la production et l'examen, sous réserve des restrictions qu'elle juge indiquées.

De toute évidence, les demanderessees sont libres de demander la production et l'examen de l'enregistrement en vertu de l'article 34. Mais cela ne répond pas aux revendications des demanderessees qui, à titre de propriétaires, désirent récupérer la

claim as owner to recover the tape or a complete transcript of it at this stage in these proceedings.

The second subordinate issue raised was by the plaintiffs that sections 32 to 35 [all formerly section 26] should be construed to permit the owner of the CVR to either retain the CVR (I assume by this is meant the tape recording and not the equipment or recorder) and provide a copy to the Board, or to retain a copy of the recording and provide the original to the Board. This issue is not raised by the facts in this case. Moreover, under paragraph 19(c) (formerly paragraph 15(1)(c)) an inspector is authorized to seize anything deemed useful for an investigation. In this case, he demanded the CVR be turned over to him, the owners had an obligation to release it to him, and argument has addressed the situation as one where the CVR with its recorded tape was seized by the inspector. I see no need to deal with the issue of what might be done, but was not here done, by the owner in response to the demand of an inspector that the CVR and its tape recording be released to him for an investigation.

Similarly, I see no need to consider in any detail an issue stated by counsel for the defendant, that is "whether the privileged information sought by the applicant is readily available from another non-privileged source". Presumably, the source referred to is the transcript of the air traffic control recording, released in this case as an exhibit to the affidavit of Mr. Reinhardt in support of the defendant, or possibly the source implied is the recollection and statements, if any, made by pilots of the aircraft to the owner, the plaintiffs here. Neither of those is likely to be as complete as the information on the tape which records all audible aural sounds occurring in the cockpit during the final thirty minutes of its flight and landing. But even if they were as complete their availability is not an effective response to the plaintiffs' claim to recover the tape which they own.

bande d'enregistrement ou la transcription complète de celle-ci à cette étape-ci de l'instance.

En deuxième lieu, les demandresses prétendent que les articles 32 à 35 [ancien article 26] devraient être interprétés de façon à permettre au propriétaire du CVR soit de conserver le CVR (je présume qu'il s'agit de la bande d'enregistrement et non du matériel ou de l'enregistreur en soi) et d'en remettre une copie au Bureau, soit de conserver l'original au Bureau. Les faits de l'espèce ne donnent pas lieu à cette question. De plus, en vertu de l'alinéa 19c) (ancien alinéa 15(1)c)), un inspecteur peut saisir tout ce qui lui semble utile aux fins d'une enquête. En l'espèce, il a exigé que le CVR lui soit remis, les propriétaires avaient l'obligation de le lui confier et, d'après les plaidoiries, le CVR et la bande d'enregistrement ont tous deux été saisis par l'enquêteur. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de traiter de la question de savoir ce que le propriétaire aurait pu faire mais n'a pas fait en l'espèce pour répondre à la demande de l'inspecteur portant que le CVR et la bande d'enregistrement de celui-ci lui soient confiés aux fins d'enquête.

De même, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de s'attendre à une question soulevée par l'avocat du défendeur, savoir [TRADUCTION] «si les renseignements protégés demandés par la requérante peuvent être obtenus facilement d'une autre source non protégée». On peut présumer qu'il s'agit ici de la transcription de l'enregistrement contrôlé, jointe en l'espèce à l'affidavit de M. Reinhardt, présenté à l'appui du défendeur, ou peut-être des souvenirs et des déclarations faites, le cas échéant, par les pilotes de l'aéronef aux propriétaires, soit les demandresses en l'espèce. Ni l'une ni l'autre de ces sources ne saurait être aussi complète que les renseignements que contient l'enregistrement de tous les sons audibles entendus dans le poste de pilotage au cours des trente (30) dernières minutes de vol et d'atterrissage. Et même si elles étaient aussi complètes, le fait qu'elles soient disponibles ne répond pas pleinement aux revendications des demandresses qui désirent récupérer l'enregistrement dont elles sont propriétaires.

The Main Issue—the Owner’s Right to Recover a Recording Seized by the Board

The plaintiffs’ claim to recover the recording in question is based upon section 21 (formerly section 16) of the Act which provides that anything seized under paragraph 19(c) (formerly paragraph 15(1)(c)) “shall, unless the owner thereof or a person who appears on reasonable grounds to be entitled thereto consents otherwise in writing, be returned to that owner or person as soon as possible after it has served the purpose for which it was seized”. Here there is no question of the owner of the tape, the plaintiffs, consenting to retention of it by the Board; indeed, they have made repeated requests for its return. Nor is there any question that the purpose for which it was seized, the investigation of the aircraft incident involving the plaintiffs’ aircraft, has been served. The Board’s investigation is admitted to be complete. The plaintiffs are entitled to apply to the Court for an order that the tape recording be returned, pursuant to subsection 21(2) (formerly subsection 16(2)), and unless there be some bar imposed under the Act they are entitled to have the recording returned to them.

The defendant contends that there is indeed a bar to releasing to the owner the tape recording in question and that it has declined to return the recording because of the special privilege accorded to cockpit voice recordings under sections 33 and 34 of the Act (formerly subsections 26(2) to (7)). It is argued that in light of the purposes of the Act, to improve aviation safety by investigation and reporting on aircraft incidents, for which purposes a cockpit voice recording is a key element, the Act created a special privilege, described in the defendant’s memorandum as an “absolute privilege”. Aside from access by the Board and its investigators for its responsibilities under subsection 33(3) (formerly subsection 26(4)), the Act provides that the Board may only release the recording or information from it in accord with subsections 33(4) and section 34 (formerly subsections 26(5) and (6)). These provide for release to a peace officer, a coroner, or a person carrying out investigations who require access for their lawful purposes of investigations, and for release on the order of a court or a coroner where a request for production

La principale question en litige: le droit du propriétaire de récupérer un enregistrement saisi par le Bureau

Les demanderesse se fondent sur l’article 21 (ancien article 16) de la Loi pour demander la restitution de l’enregistrement en cause; cet article prévoit que «lorsqu’ils ont servi aux fins voulues, les biens saisis en application de l’alinéa 19c)» [ancien alinéa 15(1)c)] «sont, sauf consentement écrit contraire de l’intéressé, restitués le plus tôt possible à leur propriétaire ou à la personne dont on a des motifs raisonnables de croire qu’elle y a droit». En l’espèce, les demanderesse n’ont jamais consenti à ce que le Bureau conserve l’enregistrement; de fait, elles ont maintes fois demandé sa restitution. Il n’y a pas de doute non plus qu’il a servi aux fins voulues, savoir l’enquête relative à l’incident aérien mettant en cause l’aéronef des demanderesse. Il est admis que l’enquête du Bureau est terminée. Les demanderesse ont le droit de demander la restitution de l’enregistrement à la Cour, conformément au paragraphe 21(2) (ancien paragraphe 16(2)) et, sauf empêchement prévu par la Loi, elles ont le droit d’obtenir la restitution de l’enregistrement.

Le défendeur prétend que, de fait, il existe une fin de non-recevoir opposable à une demande de communication de l’enregistrement à son propriétaire, et qu’il a refusé de restituer l’enregistrement à cause de la protection spéciale conférée aux enregistrements pilotage par les articles 33 et 34 de la Loi (anciens paragraphes 26(2) à (7)). On allègue que compte tenu de l’objet de la Loi, savoir l’amélioration de la sécurité aérienne au moyen d’enquêtes et de rapports sur les incidents aériens, pour lesquels un enregistrement pilotage est essentiel, la Loi prévoit une protection particulière que le défendeur qualifie dans son mémoire de [TRADUCTION] «protection absolue». En plus d’accorder au Bureau et à ses enquêteurs l’accès aux documents dans l’exécution de leurs responsabilités, en vertu du paragraphe 33(3) (ancien paragraphe 26(4)), la Loi prévoit que le Bureau ne peut communiquer l’enregistrement ou les renseignements qu’il contient qu’en conformité avec le paragraphe 33(4) et l’article 34 (anciens paragraphes 26(5) et (6)). Ces dispositions prévoient la communication des enregistrements aux agents de la

or discovery of a recording is made. Then release only results from the decision of the court or coroner after examination of the recording *in camera* and after an opportunity is provided for the Board to make representations about release, and when the court or the coroner concerned concludes that in the circumstances of the case release is warranted because the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the recording under section 33 (formerly subsection 26(2)). The defendant points out that the Act makes no provision for access to the tape by the owner of it and submits that any practice of the plaintiffs in listening to tapes, with consent of its pilots, on previous occasions is neither authorized by the Act nor relevant to the issue before the Court.

The defendant refers to the definition of a "cockpit voice recording" under section 32 (formerly subsection 26(1)) and to "release" under section 2 (formerly subsection 2(1)), suggests that the emphasis in these is with the information in the recording, and urges that the plaintiffs as owners/operators have no proprietary interest in the information. Yet the Board skirts the question of the plaintiffs' proprietary interest in the tape on which the recorded sounds are transcribed. It is not an answer to the plaintiffs' claim to recover the tape that the Board has returned to the owner the thing seized by the investigator, that is the recorder, in which the tape was contained when the CVR was seized but not when it was returned.

Reference was made by counsel for both parties to the Report of the Commission of Inquiry into Aviation Safety, Volume I, Part X. That portion of the Report deals with "Privilege with Respect to Evidence Obtained by Investigators" and its recommendations appear to have been incorporated in the *Canadian Aviation Safety Board Act*, subsequently enacted. The Report assists in under-

paix, au coroner et aux personnes qui participent à des enquêtes et qui en font la demande pour l'exercice de leurs fonctions, ainsi que la communication des enregistrements à la demande d'un tribunal ou d'un coroner qui est saisi d'une demande de production et d'examen d'un enregistrement. Ce genre de communication ne peut avoir lieu qu'après que le tribunal ou le coroner a examiné l'enregistrement à huis clos et a donné au Bureau la possibilité de présenter des observations relatives à la communication, et que le tribunal ou le coroner conclut, dans les circonstances de l'espèce, qu'il peut y avoir communication de l'enregistrement parce que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par l'article 33 (ancien paragraphe 26(2)). Le défendeur souligne que la Loi ne prévoit pas que le propriétaire de l'enregistrement y a accès, et il prétend que l'habitude qu'avaient les demanderesse d'écouter les enregistrements, avec le consentement de ses pilotes, n'est ni autorisée par la Loi ni pertinente en l'espèce.

Le défendeur renvoie à la définition d'«enregistrement pilotage» prévue à l'article 32 (ancien paragraphe 26(1)) et de «communiquer», à l'article 2 (ancien paragraphe 2(1)); il prétend que ces définitions portent surtout sur les renseignements que contient l'enregistrement et soutient avec insistance que les demanderesse, à titre de propriétaires/exploitants, n'ont aucun droit de propriété afférent aux renseignements. Toutefois, le Bureau évite toute la question du droit de propriété qu'ont les demanderesse à l'égard de la bande sur laquelle les sons ont été enregistrés. Le Bureau n'a pas su répondre à la demande de restitution de la bande faite par les demanderesse en rendant au propriétaire le bien saisi par l'enquêteur, c'est-à-dire l'enregistreur qui contenait la bande lorsque le CVR a été saisi mais pas au moment de sa restitution.

Les avocats des deux parties ont fait référence au rapport de la Commission d'enquête sur la sécurité aérienne, volume I, partie X. Cette partie du rapport porte sur le «Caractère confidentiel des éléments de preuve recueillis par les enquêteurs» et les recommandations qu'elle contient semblent avoir été reprises dans la *Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne*, adoptée par la suite.

standing the background of the privilege accorded to cockpit voice recordings under the Act. Its purpose appears to have been to assure access to these recordings for lawful purposes as set out in the Act, particularly the investigation of aircraft accidents and incidents, while maintaining so far as possible the privacy interests of the pilots whose every word, utterance or sound is recorded. Representatives of pilots at hearings before the inquiry had expressed concerns about the unusual invasion of privacy in the workplace created by CVR's and had urged an absolute privilege except for purposes of investigations made to further aviation safety. An absolute privilege was not recommended and was not enacted by Parliament. Section 32 (formerly subsection 26(1)) does define a privilege for a cockpit voice recording, and the Act provides that except as provided by the statute no person, including anyone to whom access is provided under the Act, shall knowingly release it or permit it to be released, or be required to produce it or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings (subsection 33(1), formerly subsection 26(2)).

Neither the Report nor the statute include provisions directly relating to ownership of the tape recording or its content and no provision relates directly to access to the recording by the owner, except in so far as section 21 (formerly section 16) may be applicable to circumstances where, as here, the recording has been seized by or on behalf of the Board and the owner seeks to recover it. Antedating the Report and the statute, Air Navigation Order, Series II, No. 14 ([*Cockpit Voice Recorder Order*] C.R.C., c. 37), made under the *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, has provided that a commercial aircraft, like the one here owned by the plaintiffs, C-GSAS, is not to be operated unless it is equipped with a serviceable and functioning cockpit voice recorder. The plaintiffs' aircraft was equipped with a CVR which they owned, including the tape, once contained in the recorder, which continues to be retained by the Board.

Ce rapport nous aide à comprendre ce qui a motivé l'adoption dans la Loi d'une protection particulière pour les enregistrements pilotage. Cette protection semble avoir pour but d'assurer que ces enregistrements soient accessibles aux fins licites établies par la Loi, notamment les enquêtes relatives aux accidents et incidents aériens, tout en protégeant le plus possible la vie privée des pilotes dont la moindre parole ou le moindre son produit est enregistré. Lors des auditions tenues par la Commission d'enquête, les représentants des pilotes s'étaient dit inquiets de l'invasion inhabituelle de la vie privée au travail que créent les CVR et avaient insisté pour qu'existe une protection absolue, à l'exception des enquêtes menées pour améliorer la sécurité aérienne. La Commission n'a pas recommandé l'adoption d'une protection absolue et le Parlement ne l'a pas adoptée. L'article 32 (ancien paragraphe 26(1)) définit la protection conférée aux enregistrements pilotage et la Loi prévoit que, sauf disposition contraire, nul ne peut, notamment s'il s'agit de personnes qui y ont accès au titre de la Loi, sciemment, les communiquer ou les laisser communiquer, ou être contraint de les produire ou de témoigner à leur sujet lors d'une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre (paragraphe 33(1), ancien paragraphe 26(2)).

Ni le rapport ni la loi ne prévoient de dispositions portant directement sur la propriété de la bande d'enregistrement ou de son contenu, ou sur le droit du propriétaire d'y avoir accès, sauf dans la mesure où l'article 21 (ancien article 16) peut être applicable dans les cas où, comme en l'espèce, l'enregistrement a été saisi par le Bureau ou au nom de celui-ci, et le propriétaire tente de le récupérer. Décrétée avant la publication du rapport et l'adoption de la Loi, l'Ordonnance sur la navigation aérienne, série II, n° 14 ([*Ordonnance sur les enregistreurs de la parole dans les postes de pilotages*] C.R.C., chap. 37), adoptée en vertu de la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), chap. A-2, prévoyait que nul ne peut piloter un avion commercial, comme celui des demandereses en l'espèce, le C-GSAS, à moins que cet avion ne soit muni d'un enregistreur en bon état de service et de fonctionnement. L'aéronef des demandereses était muni d'un CVR dont elles étaient propriétaires, y compris la bande d'enregistrement que l'enregistreur contenait et que le Bureau continue de garder.

The Act affects the owner's rights in the CVR and the recording in certain specified ways. The CVR and the recording are subject to seizure by an inspector under paragraph 19(c) (formerly paragraph 15(1)(c)) which gives rise to an obligation on the part of the Board to return the seized property to the owner (subsection 21(1); formerly subsection 16(1)); a recording that relates to a matter being investigated is bound to be released to the Board or an investigator who requires access for the investigation (subsection 33(2), formerly subsection 26(3)); the recording is subject to privilege as defined in the Act and is not to be released except as provided in subsections 33(1) and (2) and section 34 (formerly subsections 26(2),(3) and (6)); and the recording shall not be used against certain persons, including aircraft crew members and air traffic controllers, or against any person in any disciplinary proceedings or proceedings with respect to the capacity or competency of any officer or employee to carry out his duties and functions (section 35, formerly subsection 26(8)). "Release" is defined in section 2, in relation to any information, document, recording or statement as meaning to communicate, disclose, or make available the information, documents, recording or statement. The obligation of the owner to release the recording to the Board or an investigator does not otherwise affect the owner's interests in the recording.

I am not persuaded by the defendant's argument that there is a conflict between the owners' right to recover under section 21 (formerly section 16) from the Board a recording that has been seized and the privileged status of a cockpit voice recording under sections 32 to 35 (formerly section 26). Privilege is attached to the recording whether it be in the possession of the owners, the Board or any other person to whom it is released in accordance with the Act. Possession of the recording by the owner, particularly after an investigation by the Board is completed, is irrelevant to the purposes of the Act and the functions of the Board.

One of the concerns expressed on behalf of the Board was that the privilege attached to the recording was designed in part to prevent abuse of employees' rights by an owner who had access to

La Loi touche les droits de propriété afférents au CVR et à l'enregistrement par certains aspects particuliers. Le CVR et l'enregistrement peuvent être saisis par un enquêteur en vertu de l'alinéa 19c (ancien alinéa 15(1)c)) qui impose au Bureau l'obligation de restituer le bien saisi à son propriétaire (paragraphe 21(1); ancien paragraphe 16(1)); l'enregistrement relatif à une question faisant l'objet d'une enquête sera certainement communiqué au Bureau ou à l'enquêteur qui en fait la demande aux fins de l'enquête (paragraphe 33(2), ancien paragraphe 26(3)); l'enregistrement est protégé en vertu de la Loi et ne peut être communiqué que dans les circonstances prévues aux paragraphes 33(1) et (2) ainsi qu'à l'article 34 (anciens paragraphes 26(2),(3) et (6)); et l'enregistrement ne saurait être utilisé contre certaines personnes, notamment les équipages d'aéronefs et les contrôleurs de la navigation aérienne, ou contre quiconque dans le cadre de procédures disciplinaires ou de procédures concernant la capacité ou la compétence d'un agent ou employé relativement à l'exercice de ses fonctions (article 35, ancien paragraphe 26(8)). L'article 2 prévoit que «communiquer» signifie révéler, divulguer ou mettre à disposition des renseignements, documents, enregistrements ou déclarations. L'obligation qu'a le propriétaire de communiquer l'enregistrement au Bureau ou à un enquêteur n'a pas d'autre portée sur ses droits afférents à l'enregistrement.

Le défendeur ne m'a pas convaincu que le droit qu'a le propriétaire de récupérer, en vertu de l'article 21 (ancien article 16), un enregistrement saisi et encore détenu par le Bureau s'oppose à la protection conférée à l'enregistrement pilotage par les articles 32 à 35 (ancien article 26). La protection vise l'enregistrement, peu importe qu'il soit en la possession des propriétaires, du Bureau ou de toute autre personne à qui il a été communiqué conformément à la Loi. La possession de l'enregistrement par le propriétaire, surtout après la conclusion de l'enquête menée par le Bureau, n'a aucune importance aux fins de la Loi et des fonctions du Bureau.

Les représentants du Bureau se sont dit soucieux parce que la protection accordée à l'enregistrement avait notamment pour but d'éviter qu'un propriétaire qui a accès aux renseignements enregistrés

the information recorded on the tape. Section 35 (formerly subsection 26(8)) precludes use of the recording in disciplinary or other proceedings, including legal proceedings except for limited purposes in civil actions. Moreover, as the Dubin Inquiry Report indicates, in some parts of the industry the relationship of owner/operators and their employed pilots in regard to use of the recording is regulated by collective agreements. Absent any statutory limitation, that relationship continues to be a matter regulated by whatever contract arrangements may apply to the employment relationship, no doubt influenced by practice in the industry. Those matters are not within the direct concerns of the defendant Board.

Conclusion

It is my conclusion that the privilege attached to a cockpit voice recording under the Act does not conflict with the right of the owners of a recording to recover it, after seizure by an investigator for the Board when the purposes of the Board have been fulfilled by completion of its investigation. The plaintiffs are entitled to the return of the recording in accord with section 21 (formerly section 16), or at least to a complete transcript of it if that is satisfactory to them as would appear from the relief sought.

The defendant submitted that if an order were to be made granting the relief sought by the plaintiffs that order should be subject to terms and conditions controlling and limiting release of the information and the uses to which the information may be put. In large part those conditions are set out in the Act, in particular by the privilege assigned to cockpit voice recordings under subsection 33(1) (formerly subsection 26(2)) and the limitation on its use implied in that provision and made explicit in section 35 (formerly subsection 26(8)).

In providing for an order to be made on the owner's application for return of materials seized, the Act does refer to terms or conditions necessary or desirable to ensure it is safeguarded and preserved for any purpose for which it may subse-

sur la bande en abuse au détriment des droits des employés. L'article 35 (ancien paragraphe 26(8)) interdit l'utilisation des enregistrements dans le cadre de procédures disciplinaires ou autres, notamment de procédures judiciaires, à l'exclusion des procédures civiles, dans certains cas. De plus, comme l'indique le rapport de la Commission d'enquête Dubin, dans certains secteurs, les conventions collectives régissent les relations qui existent entre les propriétaires/exploitants et leurs pilotes employés à l'égard de l'utilisation des enregistrements. En l'absence de dispositions législatives restrictives, ces relations demeurent assujetties au régime contractuel applicable en matière d'emploi, lequel est certainement influencé par les usages du milieu. Ces questions ne concernent pas directement le Bureau défendeur.

Conclusion

Je conclus que la protection conférée à un enregistrement pilotage en vertu de la Loi ne s'oppose pas au droit qu'ont les propriétaires d'un enregistrement de le récupérer, après qu'il eut été saisi par un enquêteur du Bureau, lorsque, l'enquête terminée, les fins visées par le Bureau ont été atteintes. Les demandereses ont le droit d'obtenir la restitution de l'enregistrement conformément à l'article 21 (ancien article 16) ou du moins la transcription entière de celui-ci, si elles s'en satisfont, ce qui semble être le cas d'après la demande de réparation.

Le défendeur a allégué que si une ordonnance devait être prononcée conformément à la réparation demandée par les demandereses, elle devrait être assujettie à des conditions visant à contrôler et à restreindre la communication des renseignements et l'utilisation susceptible d'en être faite. Ces conditions sont énoncées en grande partie dans la Loi, notamment la protection conférée aux enregistrements pilotage en vertu du paragraphe 33(1) (ancien paragraphe 26(2)) et la restriction de l'utilisation que prévoit cet article de façon tacite et l'article 35 (ancien paragraphe 26(8)), de façon expresse.

Au sujet de l'ordonnance qui peut être prononcée à la demande du propriétaire qui veut obtenir la restitution des biens saisis, la Loi prévoit des conditions utiles pour assurer leur conservation aux fins pour lesquelles le Bureau peut ultérieure-

quently be required by the Board under the Act (subsection 21(3); formerly subsection 16(3)). The order made herein will include a term for that purpose in the event the recording seized, rather than a transcript of its contents, is returned to the plaintiffs.

From the affidavit of Mr. Shoichet, president of the plaintiff companies, it is apparent that the return of the recording is desired for two reasons, for examination by the plaintiffs' counsel and his consultants in assessing and preparing the claims of the plaintiffs in the action T-2145-85 against Her Majesty, and for examination by the affiant himself for purposes of understanding the incident with a view to improving aviation safety. I agree that the plaintiffs' interests in aviation safety are as significant for their operations as those of the Board, but their access to the recording for this purpose is, as I have indicated, a matter of the legal relationship between Sky Charter and its pilots. As for the first purpose, to have access for counsel, that would seem at first glance to violate the privilege attaching to the recording under subsection 33(1) (formerly subsection 26(2)) which applies whether the recording is in the possession of the owner, the Board or anyone else authorized under the Act.

On the other hand, counsel advising the plaintiffs may be considered as an extension of the plaintiff companies, the advice from counsel about possible legal proceedings is itself privileged, and it is my view that the interests of justice warrant return of the recording to the plaintiffs on terms permitting access to the recording by counsel and his consultants. This Court's authority under subsection 21(3) (formerly subsection 16(3)) is to order the recording seized to be returned where "the court is satisfied that the thing seized has served the purpose for which it was seized or should, in the interests of justice, be returned . . ." When returned, access by counsel and his consultants to the recording should be on a confidential basis solely for purposes of advising the plaintiffs in relation to action T-2145-85. Counsel and any of his consultants would have access subject to the privilege attached to the recording under the Act. While section 34 (formerly subsection 26(6)) does

ment vouloir en disposer en application de la Loi (paragraphe 21(3); ancien paragraphe 16(3)). L'ordonnance prononcée aux présentes comprendra une condition en ce sens au cas où l'enregistrement saisi serait remis aux demanderesse, plutôt que la transcription de son contenu.

D'après l'affidavit de M. Shoichet, président des sociétés demanderesse, il appert que celles-ci désirent obtenir la restitution de l'enregistrement pour deux raisons: l'avocat des demanderesse et ses consultants désirent examiner le document afin d'évaluer et de préparer les réclamations des demanderesse dans l'action n° T-2145-85 intentée contre Sa Majesté, et le déposant veut l'examiner pour comprendre l'incident en vue d'améliorer la sécurité aérienne. Je suis d'accord pour affirmer que la question de la sécurité aérienne est toute aussi importante pour les activités des demanderesse que pour le Bureau, mais l'accessibilité de l'enregistrement à cette fin est, je le répète, une question relevant des relations juridiques qui existent entre Sky Charter et ses pilotes. Quant au premier objectif, la consultation de l'avocat, à première vue, cela semble contrevenir à la protection conférée à l'enregistrement par le paragraphe 33(1) (ancien paragraphe 26(2)) qui est applicable peu importe que l'enregistrement soit en la possession du propriétaire, du Bureau ou de quiconque autorisé en vertu de la Loi.

Par contre, l'avocat conseillant les demanderesse peut être considéré comme un prolongement des sociétés demanderesse et les conseils qu'il peut donner au sujet des poursuites possibles sont protégés en soi; j'estime qu'il est de l'intérêt de la justice de restituer l'enregistrement aux demanderesse à des conditions permettant à l'avocat et à ses consultants d'y avoir accès. En vertu du paragraphe 21(3) (ancien paragraphe 16(3)), la Cour a le pouvoir d'ordonner la restitution de l'enregistrement saisi si elle «estime que les biens saisis ont servi aux fins voulues et qu'il est de l'intérêt de la justice de les restituer». Après la restitution, l'avocat et ses consultants devraient avoir accès à l'enregistrement de façon confidentielle, aux seules fins de conseiller les demanderesse en rapport avec l'action T-2145-85. L'avocat et ses consultants y auraient accès sous réserve de la protection conférée à l'enregistrement en vertu de la Loi. Bien que l'article 34 (ancien paragraphe 26(6)) ne

not directly cover a situation where the owners of a recording seek to use the recording in an action, the owners' interests are still subject to the privilege attaching to the recording under subsection 33(1) (formerly subsection 26(2)), and any use in the other action which would violate the privilege should be authorized by the same process as set out in section 34 in the case of any other party to the action seeking production or discovery of the recording.

An order will go declaring that the plaintiffs are entitled to return of the recording seized on behalf of the Board, or a transcription of its entire content, and directing its return to the plaintiffs. The order will incorporate terms limiting its use or release and providing for preservation of the recording if it is returned, in accord with these reasons.

a vise pas directement le cas où les propriétaires d'un enregistrement tentent de l'employer dans une action en justice, les intérêts des propriétaires sont toujours assujettis à la protection conférée à l'enregistrement par le paragraphe 33(1) (ancien paragraphe 26(2)), et toute utilisation de l'enregistrement, dans le cadre de cette autre action, qui serait contraire à la protection légale devrait être assujettie aux mêmes règles que celles prévues à l'article b 34 pour une personne qui n'est pas partie aux procédures et qui demande la production et l'examen de l'enregistrement.

c La Cour prononcera une ordonnance portant que les demandereses ont droit à la restitution de l'enregistrement saisi au nom du Bureau, ou à la transcription de tout son contenu, et enjoignant au Bureau d'en faire la restitution aux demandereses. L'ordonnance comprendra des conditions d visant à restreindre l'utilisation ou la communication de l'enregistrement et à conserver l'enregistrement s'il est restitué, conformément aux présents motifs.

T-433-90

T-433-90

Perpetual D'Souza (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration and the Secretary of State for External Affairs (Respondents)

INDEXED AS: D'SOUZA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Toronto, June 25; Ottawa, November 19, 1990.

Immigration — Practice — Application for permanent residence, accompanied by offer of permanent employment, refused — Visa officer not awarding points for arranged employment absent advice from National Employment Service — Prospective employer declining to initiate administrative process established to obtain advice — Issue is whether administrative procedure inconsistent with, not whether authorized by, Act and Regulations — No express or implied duty on visa officer to consult with National Employment Service — Onus on applicant to demonstrate admission criteria met — Onus not shifting to visa officer once information provided about prospective job — Insistence on following departmental administrative procedures neither delegation of decision-making authority to National Employment Service, nor improper fettering of discretion — Although procedures not specifically authorized by Regulations, neither in conflict nor inconsistent therewith — In advising visa officers regarding arranged employment admissions, National Employment Service to consider only factors in Regulations, item 5, Schedule I.

This was an application to quash the refusal of an application for permanent residence and for *mandamus* requiring consideration of the application in accordance with the Act and Regulations. The permanent residence application had been accompanied by an offer of permanent employment as a secretary with a law firm, which briefly described working conditions and benefits and the firm's previous efforts to fill the position. The applicant was awarded 54 units of assessment following the selection criteria in Schedule I of the *Immigration Regulations, 1978*. Seventy units are normally required for admission to Canada. Out of a possible ten, no unit for arranged employment was awarded by the visa officer because he had not received advice from the National Employment Service. If ten units had been awarded for arranged employment, the applicant would probably have been invited to a personal suitability interview for which up to ten additional units could have been awarded. The failure to award the applicant any units of assessment for arranged employment was the effective cause of the denial of the application. The visa officer had followed the procedure outlined in the Employment Manual, an internal administrative document which requires the prospective employer to contact a local Canada Employment Centre and to

Perpetual D'Souza (requérante)

c.

a Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le secrétaire d'État aux Affaires extérieures (intimés)RÉPERTORIÉ: D'SOUZA c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 25 juin; Ottawa, 19 novembre 1990.

Immigration — Pratique — Rejet de la demande de résidence permanente, à laquelle était jointe une offre d'emploi permanent — L'agent des visas n'a pas attribué de points à l'égard de l'emploi réservé en l'absence d'un avis du Service national de placement — L'employeur éventuel a refusé de suivre la procédure administrative établie en vue d'obtenir l'avis — Question de savoir si la procédure administrative est compatible avec la Loi et le Règlement, et non si elle est autorisée par la Loi et le Règlement — Aucune obligation expresse ou implicite pour l'agent des visas de consulter le Service national de placement — Il incombe à la requérante de démontrer que les critères d'admission sont satisfaits — Cette obligation n'est pas transférée à l'agent des visas une fois que les renseignements au sujet de l'emploi éventuel sont donnés — Le fait qu'on a insisté pour que la procédure administrative du Ministère soit suivie ne constitue pas une délégation du pouvoir décisionnel au Service national de placement ni une entrave indue à un pouvoir discrétionnaire — La procédure n'est pas expressément autorisée par le Règlement, mais elle ne va pas à l'encontre du Règlement et n'est pas incompatible avec celui-ci — Lorsqu'il informe l'agent des visas au sujet de l'admission d'une personne dont l'emploi est réservé, le Service national de placement doit uniquement tenir compte des facteurs énoncés à l'article 5 de l'annexe I du Règlement.

Il s'agit d'une demande en vue de faire annuler le rejet d'une demande de résidence permanente et en vue d'obtenir un *mandamus* visant à l'examen de la demande conformément à la Loi et au Règlement. À la demande de résidence permanente était jointe une offre d'emploi permanent de secrétaire dans un cabinet d'avocats, dans laquelle étaient brièvement décrits les conditions de travail et les avantages ainsi que les efforts que le cabinet avait déjà faits pour combler le poste. La requérante s'est vu attribuer 54 points d'appréciation conformément aux critères de sélection énoncés à l'annexe I du *Règlement sur l'immigration de 1978*. Normalement, soixante-dix points sont requis en vue de l'admission au Canada. Sur dix points possibles, l'agent des visas n'a pas attribué de points pour l'emploi réservé parce qu'il n'avait pas reçu d'avis du Service national de placement. Si les dix points avaient été attribués, la requérante aurait probablement été invitée à une entrevue sur ses qualités personnelles à la suite de laquelle elle aurait pu obtenir jusqu'à dix points supplémentaires. L'omission d'attribuer des points pour l'emploi réservé est la cause réelle du rejet de la demande. L'agent des visas a suivi la procédure énoncée dans le Guide de l'emploi, un document administratif interne qui exige que l'employeur éventuel communique avec le bureau local du

complete a form 2151 relating to the job offered. Acting as the National Employment Service, CEIC certifies that the arranged employment will not adversely affect the employment opportunities of Canadian citizens or permanent residents and communicates this advice to the visa officer. The applicant argued that this procedure did not conform to the requirements of the Act and Regulations. It was submitted that the Regulations imposed a duty on the visa officer to assess the information submitted by an applicant and if advice is required from the National Employment Service the visa officer should seek it directly on his own initiative. Secondly, the applicant submitted that, in refusing to consider arranged employment until receipt of advice from the National Employment Service, the visa officer delegated decision-making authority to the Service. Finally, the applicant submitted that the system instituted by CEIC wrongfully deprived applicants of the opportunity of demonstrating the likelihood of becoming successfully established in Canada within the framework put in place by the Act and Regulations. The National Employment Service deals only with the prospective employer, not applicants, and it considers the offer for prospective employment with a "Canada First component" requiring priority in employment for Canadians and permanent residents, a matter unrelated to the prospects of successful establishment in Canada by a prospective immigrant. The *Immigration Act*, subsections 8(1) and 9(3) requires a proposed immigrant to show that admission would not be contrary to the Act or Regulations and to provide documentation required for this purpose. Paragraph 114(1)(a) authorizes the Governor in Council to make regulations providing for the establishment of selection standards based on numerous factors, including labour market conditions in Canada, to determine whether an immigrant will be able to become successfully established here. Regulations, subsection 8(1) require a visa officer, for the purpose of determining whether the applicant will be able to become successfully established in Canada, to assess the immigrant on the basis of each of the factors listed in column I of Schedule I, and to award units of assessment in accordance with criteria set out in column II to the maximum number set out in column III. Schedule I, item 5 provides that ten units shall be awarded if the person has arranged employment certified by the National Employment Service. The respondents submitted that to be awarded units of assessment for arranged employment, an applicant must provide a job offer that meets the requirements of section 20 of the Regulations.

Held, the application should be dismissed.

The principle upon which the administrative procedures must be assessed is whether they are inconsistent with the Act and Regulations, not whether they were authorized thereby.

Based on the Act, subsections 8(1) and 9(3), and the application process as a whole, there is no express or implied duty imposed on a visa officer by the Act or Regulations to consult directly with the National Employment Service on his own initiative. The applicant must demonstrate to the satisfaction of the visa officer that the criteria for admission to Canada have been met, including that "arranged employment" has been secured. Although the Regulations are silent as to the conveying of this advice of the National Employment Service, in view of the statutory burden an applicant bears, it is not unreasonable, unfair, or contrary to law to require the applicant and his prospective employer to commence the process to obtain the required advice. The onus does not shift to the visa officer once

Centre d'emploi du Canada et remplisse le formulaire 2151 au sujet de l'emploi offert. En sa qualité de Service national de placement, la CEIC atteste que l'emploi réservé ne nuira pas aux possibilités d'emploi des citoyens canadiens ou des résidents permanents et communique cet avis à l'agent des visas. La requérante soutient que cette procédure n'est pas conforme aux exigences de la Loi et du Règlement. Elle soutient que le Règlement impose à l'agent des visas l'obligation d'évaluer les renseignements fournis par un requérant; si un avis doit être obtenu du Service national de placement, l'agent des visas doit l'obtenir directement, de son propre chef. La requérante soutient en outre qu'en refusant de tenir compte de l'emploi réservé avant la réception de l'avis du Service national de placement, l'agent des visas a délégué au Service son pouvoir décisionnel. Enfin, la requérante soutient que le système établi par la CEIC prive injustement une personne de la possibilité de démontrer la probabilité de s'établir avec succès au Canada, compte tenu de la Loi et du Règlement. Le Service national de placement ne traite qu'avec l'employeur éventuel, et non avec les requérants, et il examine l'offre d'emploi à l'aide du critère «éléments canadiens d'abord», selon lequel l'emploi doit être offert en priorité aux Canadiens et aux résidents permanents, soit un critère qui n'est pas lié aux chances de s'établir au Canada avec succès que possède un immigrant éventuel. Selon les paragraphes 8(1) et 9(3) de la *Loi sur l'immigration*, l'immigrant éventuel doit montrer que l'admission n'est pas contraire à la Loi ou au Règlement et fournir la documentation requise à cette fin. L'alinéa 114(1)a autorise le gouverneur en conseil à prendre un règlement prévoyant l'établissement de normes de sélection fondées sur de nombreux critères, tels que la situation du marché du travail au Canada, dans le but de déterminer si un immigrant pourra réussir son installation au Canada. Selon le paragraphe 8(1) du Règlement, l'agent des visas doit, pour déterminer si le requérant pourra s'établir avec succès au Canada, évaluer l'immigrant en fonction de chacun des facteurs énumérés à la colonne I de l'annexe I, et attribuer des points d'appréciation conformément aux critères énoncés à la colonne II jusqu'à concurrence du nombre maximal prescrit à la colonne III. Selon l'article 5 de l'annexe I, dix points sont attribués si la personne a un emploi réservé faisant l'objet d'une attestation par le Service national de placement. De l'avis des intimés, pour qu'un requérant obtienne des points pour un emploi éventuel, il doit fournir une offre d'emploi qui satisfait aux exigences de l'article 20 du Règlement.

Arrêt: la demande devrait être rejetée.

Le principe selon lequel la procédure administrative doit être évaluée consiste à savoir si celle-ci est compatible avec la Loi et le Règlement, et non si ceux-ci l'autorisent.

Compte tenu des paragraphes 8(1) et 9(3) de la Loi et de la procédure d'évaluation de la demande dans son ensemble, l'agent des visas n'est pas expressément ou implicitement tenu de consulter directement, de son propre chef, le Service national de placement. Le requérant doit démontrer à la satisfaction de l'agent des visas que les critères d'admission au Canada sont satisfaits, et notamment qu'il a obtenu l'«emploi réservé». Le Règlement ne renferme aucune disposition sur la façon dont le Service national de placement doit transmettre son avis, mais compte tenu de l'obligation qui incombe au requérant en vertu de la Loi, il n'est pas déraisonnable, inéquitable ou contraire à la loi d'exiger que le requérant et l'employeur éventuel entreprennent les démarches nécessaires à l'obtention de l'avis

information is furnished about the job offered. The applicant must satisfy all of the requirements of the Act and Regulations.

There was no unlawful delegation of authority. The ultimate discretion to award ten units for arranged employment continued to be vested in the visa officer. In failing to award units for arranged employment without information from the National Employment Service, the visa officer did what he was required to do in accord with item 5 of Schedule I. Insistence on following departmental administrative procedures for initiating steps to obtain that information was not delegating decision-making authority to the National Employment Service. Nor was it an improper fettering of the discretion vested in the visa officer. Although the procedures to obtain the information are not specifically authorized by the Regulations, they are neither in conflict with nor inconsistent with them.

The general administrative process instituted by CEIC for considering arranged employment is not inconsistent with the Act or Regulations, in view of the authority of the Governor in Council under paragraph 114(1)(a) and the selection criteria established by Schedule I. The requirement that a prospective employer provide information to a local CEC office is within paragraph 114(1)(a) of the Act. That the process must be initiated by the prospective employer, and to that extent the furnishing of required documentation is beyond the complete control of the applicant, is neither in conflict, nor inconsistent, with the Regulations. Moreover, there are other criteria within Schedule I in respect of which consideration and units assessed depend upon factors and information beyond the complete control of an applicant. As to the detailed factors to be considered by the National Employment Service in relation to arranged employment, only those in item 5, Schedule I, of the Regulations may properly be considered. Generally, the factors considered by the National Employment Service appear to go beyond the list in item 5 of Schedule I. They are closer to the list of factors for considering authorization of a temporary foreign worker already in Canada, than to the more limited list of factors to be considered to advise immigration officers whether the entry of a foreign worker will adversely affect employment of Canadians. Both lists reflect factors to be considered in accord with section 20 of the Regulations, concerning the issue of an employment authorization, to persons other than Canadian citizens or permanent residents in Canada who have a right to work. Section 20 is not relevant to the case at bar. The National Employment Service must have scrupulous regard to the limited range of factors to be considered under item 5 of Schedule I in informing visa officers regarding arranged employment admissions.

requis. La charge de la preuve n'est pas transférée à l'agent des visas une fois que les renseignements au sujet de l'offre d'emploi sont fournis. Le requérant doit satisfaire à toutes les exigences de la Loi et du Règlement.

a

Il n'y a pas eu délégation illégale de pouvoir. Le pouvoir discrétionnaire ultime d'attribuer dix points pour un emploi réservé continue à être dévolu à l'agent des visas. En omettant d'attribuer des points pour l'emploi réservé sans avoir obtenu les renseignements requis du Service national de placement, l'agent des visas a fait ce qu'il devait faire conformément à l'article 5 de l'annexe I. Le fait d'insister pour que la procédure administrative du Ministère soit suivie lorsqu'il s'agit d'entreprendre des démarches en vue d'obtenir ces renseignements ne constitue pas une délégation du pouvoir décisionnel au Service national de placement. Le pouvoir discrétionnaire que possède l'agent des visas n'a pas non plus été indûment entravé. La procédure d'obtention des renseignements n'est pas expressément autorisée par le Règlement, mais elle ne va pas non plus à l'encontre du Règlement et n'est pas incompatible avec celui-ci.

d

La procédure administrative générale établie par la CEIC en vue de l'examen de l'emploi réservé n'est pas incompatible avec la Loi ou le Règlement, compte tenu du pouvoir conféré au gouverneur en conseil par l'alinéa 114(1)a) et des critères de sélection énoncés dans l'annexe I. L'exigence selon laquelle l'employeur éventuel doit fournir des renseignements au bureau local du CEC est visée par l'alinéa 114(1)a) de la Loi. Le fait que les démarches doivent être entreprises par l'employeur éventuel et que dans cette mesure la communication des documents requis ne relève pas entièrement du contrôle du requérant ne contrevient pas au Règlement et n'est pas incompatible avec celui-ci. En outre, l'annexe I prévoit d'autres critères dont l'examen et l'évaluation dépendent de facteurs et de renseignements sur lesquels le requérant n'exerce pas entièrement le contrôle. En ce qui concerne les facteurs précis dont le Service national de placement doit tenir compte en ce qui concerne l'emploi réservé, seuls les facteurs énoncés à l'article 5 de l'annexe I du Règlement peuvent à bon droit être pris en considération. En général, les facteurs dont le Service national de placement tient compte semblent aller au-delà de ceux qui sont mentionnés à l'article 5 de l'annexe I. Ils se rapprochent davantage de la liste des facteurs dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit d'accorder une autorisation à un travailleur temporaire étranger qui est déjà au Canada que de la liste plus restreinte des facteurs dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit d'informer les agents d'immigration au sujet de la possibilité d'effets négatifs de l'arrivée de travailleurs étrangers sur l'emploi des Canadiens. Les deux listes indiquent les facteurs à prendre en considération conformément à l'article 20 du Règlement, au sujet de la question de la délivrance d'un permis de travail à des personnes autres que des citoyens canadiens ou des résidents permanents au Canada qui ont le droit de travailler. L'article 20 ne s'applique pas en l'espèce. Le Service national de placement doit scrupuleusement tenir compte de la gamme restreinte des facteurs à prendre en considération en vertu de l'article 5 de l'annexe I, lorsqu'il s'agit d'informer l'agent des visas au sujet de l'emploi réservé dans les cas de demande d'admission.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 6(1), 8(1), 9(3), 114(1)(a).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 8(1)(a)(2), 9(1)(a) (as am. by SOR/83-675, s. 3), (b)(i) (as am. by SOR/83-675, s. 3; 85-1038, s. 4), 11(2), (3) (as am. by SOR/81-461, s. 1), 18(1), 20 (as am. by SOR/80-21, s. 7; 84-849, s. 2), Schedule I.
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 120.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Hui v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1986] 2 F.C. 96; (1986), 18 Admin. L.R. 264; 65 N.R. 69 (C.A.); *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Ho*, A-187-89, Mahoney J.A., judgment dated 22/5/90, F.C.A., not yet reported.

AUTHORS CITED

Canada. *Canadian Classification and Dictionary of Occupations*, Ottawa: Department of Employment and Immigration, 1971-1977.

COUNSEL:

Cecil L. Rotenberg, Q.C. and *Diane C. Smith* for applicant.
Marilyn Doering for respondents.

SOLICITORS:

Rotenberg, Martinello, Austin, Don Mills, Ontario for applicant.
Deputy Attorney General of Canada, Ottawa, for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

MACKAY J.: The applicant seeks *certiorari* and *mandamus* pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, alleging that the respondents refused to process her application for permanent residence in Canada in accord with the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as amended,

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 120.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 6(1), 8(1), 9(3), 114(1)a).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 8(1)a), (2), 9(1)a) (mod. par DORS/83-675, art. 3), b)(i) (mod. par DORS/83-675, art. 3; 85-1038, art. 4), 11(2), (3) (mod. par DORS/81-461, art. 1), 18(1), 20 (mod. par DORS/80-21, art. 7; 84-849, art. 2), annexe I.

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Hui c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1986] 2 C.F. 96; (1986), 18 Admin. L.R. 264; 65 N.R. 69 (C.A.); *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Ho*, A-187-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 22-5-90, C.A.F., encore inédit.

DOCTRINE

Canada. *Classification canadienne descriptive des professions*, Ottawa: ministère de l'Emploi et de l'Immigration, 1971-1977.

AVOCATS:

Cecil L. Rotenberg, c.r., et *Diane C. Smith* pour la requérante.
Marilyn Doering pour les intimés.

PROCUREURS:

Rotenberg, Martinello, Austin, Don Mills (Ontario), pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada, Ottawa, pour les intimés.

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

LE JUGE MACKAY: La requérante demande une ordonnance de *certiorari* et une ordonnance de *mandamus* en se fondant sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, alléguant que les intimés ont refusé de traiter sa demande de résidence permanente au Canada conformément à la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, et ses modifications, et au

and the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 as amended.

Certiorari is sought to quash the decision of a visa officer on staff of the respondent Secretary of State for External Affairs, at the Canadian Consulate General in New York, whereby he refused the application for permanent residence. *Mandamus* is sought to direct the respondents to consider and process the application in accord with the Act and Regulations and to determine whether or not it would be contrary to those statutory provisions to grant landing as a permanent resident to the applicant, Perpetual D'Souza.

The issue here raised concerns the procedure followed by the visa officer in considering, among the criteria for assessing the applicant, arranged employment in Canada.

Ms. D'Souza, a citizen of India, applied for permanent residence status in Canada, as an independent immigrant, at the Consulate General in New York. Her application was submitted under cover of a letter sent by her prospective employer, the firm of Rotenberg & Martinello, barristers and solicitors of Willowdale, Ontario, which also represents the applicant in these proceedings. The covering letter noted Ms. D'Souza's occupation as Executive Secretary as described in the *Canadian Classification and Dictionary of Occupations*, classification 4111-111. It referred to another letter from the law firm, enclosed with the application, asking that letter to be noted as a permanent job offer to join the staff of the firm in a secretarial position, and it referred briefly to the work week, vacation and benefit plans for staff, with wages and working conditions considered competitive in offices generally. The covering letter also noted continual advertising by the firm for secretaries, its inability at that time to fill its needs, and its perception that the applicant's abilities would be uniquely beneficial in service for clients from India. The covering letter also included the following paragraphs:

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, et ses modifications.

La requérante demande une ordonnance de *certiorari* afin d'annuler la décision par laquelle sa demande de résidence permanente au Canada a été refusée par un agent des visas membre du personnel du secrétaire d'État aux Affaires extérieures au consulat général du Canada à New York. Elle recherche également une ordonnance de *mandamus* afin d'enjoindre aux intimés d'examiner et de traiter sa demande conformément à la Loi et au Règlement et de déterminer s'il serait ou non contraire à ces dispositions législatives de lui accorder le droit d'établissement en qualité de résidente permanente.

Le présent litige porte sur la procédure que l'agent des visas a suivie lors de l'examen de l'un des critères servant à évaluer la demande de la requérante, soit l'emploi réservé au Canada.

M^{me} D'Souza, citoyenne de l'Inde, a demandé le statut de résidente permanente du Canada en qualité d'immigrante indépendante au consulat général à New York. Sa demande a été présentée au moyen d'une lettre envoyée par son employeur éventuel, le cabinet de Rotenberg & Martinello, avocats de Willowdale (Ontario), qui représente également la requérante en l'espèce. Dans la lettre d'envoi, le cabinet mentionne que le poste de M^{me} D'Souza serait celui de secrétaire administrative au sens de la *Classification canadienne descriptive des professions*, classification 4111-111. Il fait également allusion à une autre lettre, jointe à la demande, qui devrait selon lui être considérée comme une offre d'emploi au sein de son personnel à titre de secrétaire, lequel poste serait permanent. Le cabinet décrit brièvement la semaine de travail, les vacances et les programmes d'avantages destinés au personnel ainsi que les conditions salariales et les conditions de travail, qui sont jugées concurrentielles par rapport à celles qui sont généralement offertes dans les bureaux. En outre, les avocats mentionnent dans la lettre d'envoi qu'ils ont continuellement publié des annonces de postes de secrétaires, qu'ils sont incapables pour l'instant de répondre à leurs besoins et qu'ils estiment que les aptitudes de la requérante seraient utiles uniquement pour desservir les clients de l'Inde. La lettre d'envoi comprenait également les paragraphes suivants:

I would ask you to note that the Legislative contemplation of the Regulations is that you consult with Manpower and not require me to obtain a 2151. This is in line with a system which is interested in selection as an immigrant and the applicant's abilities and not my abilities to pass a Manpower test.

Since my office has had two 2151's in the past, both of whom worked for my office for some considerable time, I do not think the legitimacy or bona fides of this offer is of any doubt. Again, if you would look at the Legislation carefully, you will see that the obligation is on your part to consult with the National Employment Service as to wages and working conditions, etc.

The application was considered by the visa officer on the basis of the information it contained without a personal interview of the applicant, i.e., the stage known in the administrative process as "paper screening". Then the applicant was advised by letter that a barrier to acceptance of her application was the fact that there was only a limited demand in Canada for persons in her occupation. This difficulty might be overcome if she were able to arrange employment in Canada in her occupation and, without assurance of ultimate approval at that stage, whoever might act on her behalf need only contact the local Canada Employment Centre [CEC] for advice about the procedure to be followed. In the meantime her application was refused.

The application had been assessed, in the "paper screening", following selection criteria in Schedule I of the *Immigration Regulations, 1978*, and a total of 54 units of assessment had been awarded. Under subparagraph 9(1)(b)(i) [as am. by SOR/83-675, s. 3; 85-1038, s. 4] of the Regulations a total of 70 units is required, aside from cases where discretion may be exercised, with approval, for good reason in accord with subsection 11(3) [as am. by SOR/81-461, s. 1]. No units, of a total of ten to be awarded, had been awarded by the visa officer for arranged employment. If the 10 units directed to be awarded for arranged employment had been awarded, in all probability the applicant here would have been invited to a personal suitability interview for which up to ten additional units could have been awarded. Thus the failure to award any units for arranged employment could be viewed as the effective cause

[TRADUCTION] J'aimerais vous rappeler que, selon l'intention du législateur qui ressort du Règlement, vous devez consulter le Service de placement plutôt que de m'obliger à obtenir un formulaire 2151. Cette procédure est conforme à un système axé avant tout sur la sélection des immigrants et sur les aptitudes de la requérante et non sur la compétence que j'ai pour faire passer un test du Service de placement.

Comme mon bureau a engagé deux personnes après l'obtention d'un formulaire 2151 dans le passé et que ces deux personnes ont travaillé longtemps chez nous, je ne crois pas que la légitimité ou la bonne foi de la présente offre soit douteuse. Encore une fois, si vous examinez avec soin la législation, vous verrez qu'il vous incombe à vous de consulter le Service national de placement au sujet du salaire et des conditions de travail, etc.

L'agent des visas a examiné la demande en se fondant sur les renseignements qui y figuraient sans interroger personnellement la requérante; c'est l'étape de la procédure administrative appelée l'«examen sur dossier». La requérante a ensuite été avisée par écrit qu'il n'y avait qu'un besoin restreint au Canada de personnes exerçant sa profession, ce qui constituait un obstacle à l'acceptation de sa demande. On lui a mentionné dans cette lettre qu'elle pourrait surmonter ce problème si elle était en mesure de réserver un emploi au Canada dans sa profession et que quiconque pourrait agir en son nom n'avait qu'à communiquer avec le Centre d'emploi du Canada [CEC] de la région pour connaître la procédure à suivre, sans lui assurer pour autant que sa demande serait approuvée. Entre-temps, sa demande était refusée.

Sa demande avait été évaluée, au cours de l'étape de l'«examen sur dossier», selon les critères de sélection de l'annexe I du *Règlement sur l'immigration de 1978* et un total de 54 points d'appréciation avaient été attribués. Selon le sous-alinéa 9(1)(b)(i) [mod. par DORS/83-675, art. 3; 85-1038, art. 4] du Règlement, un total de 70 points est exigé, sauf dans les cas où un pouvoir discrétionnaire peut être exercé pour des motifs valables conformément au paragraphe 11(3) [mod. par DORS/81-461, art. 1]. L'agent des visas n'a accordé aucun point, sur un total possible de dix, pour l'emploi réservé. Si les dix points pouvant être attribués pour l'emploi réservé avaient été accordés, la requérante en l'espèce aurait probablement été invitée à une entrevue sur ses qualités personnelles, à la suite de laquelle elle aurait pu obtenir un maximum de dix points supplémentaires. Ainsi, l'omission d'attribuer des points pour l'emploi

of the refusal of the application, and indeed this was recognized by the respondents.

Following the letter of refusal there was an exchange of correspondence between the applicant's solicitor (her prospective employer) and the Consulate General in New York. The gist of this exchange was that the solicitor urged that the visa officer in New York was required under the Act and Regulations to determine the matter of arranged employment and if advice were required from the Canada Employment Centre to obtain that advice directly by his own enquiry. The immigration officer in New York declined to do this and a letter from the Consulate General stated, in part:

I agree that the decision to accept or reject an offer of employment under item 5 of Schedule I of the Immigration Regulations is the responsibility of the visa officer, and is based on information supplied by the National Employment Service. However, the regulations are silent concerning who should initiate the action. By establishing the 2151 system, the CEIC has concluded that the most efficient procedure to ensure that foreign workers do not displace Canadian citizens and landed immigrants, and that offers of employment conform to Canadian labour and monetary standards is to have the process started in Canada by the Canadian employer.

Whether you decide to follow the certification procedure used by the Commission, or not, is your decision. However, until the Consulate is informed by the CEIC that your offer of employment to your client meets the requirements outlined in item 5 of the selection criteria, this office will not credit Ms. D'Souza with ten units for prearranged employment.

The procedure insisted upon by immigration officers is an extra-regulatory process outlined in an Employment Manual, an internal administrative document of the Canadian Employment and Immigration Commission (CEIC). It requires the prospective employer of a foreign worker to contact a local Canada Employment Centre and to complete a form, called a form 2151, relating to the job offered. Acting in its capacity as the National Employment Service pursuant to section 120 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, CEIC considers the matter and if, in the opinion of the employment officer concerned the arranged employment, under the terms outlined by the prospective employer, will not adversely affect the opportunities for Canadian citizens or permanent residents in Canada he so

réservé pourrait être considérée comme la cause réelle du refus de la demande, comme les intimés l'ont d'ailleurs reconnu.

À la suite de la lettre de refus, il y a eu un échange de correspondance entre l'avocat de la requérante (son employeur éventuel) et le consulat général à New York. Au cours de cet échange, l'avocat a soutenu que l'agent des visas de New York était tenu, selon la Loi et le Règlement, de trancher la question de l'emploi réservé et d'obtenir lui-même un avis du Centre d'emploi du Canada, si cet avis était nécessaire. L'agent d'immigration de New York a refusé de le faire et on peut lire les commentaires suivants dans une lettre du consulat général:

[TRADUCTION] Je reconnais qu'il incombe à l'agent des visas d'accepter ou de refuser une offre d'emploi selon l'article 5 de l'annexe I du Règlement sur l'immigration et que cette décision est fondée sur les renseignements fournis par le Service national de placement. Cependant, le Règlement ne renferme aucune disposition indiquant qui doit entreprendre les démarches. En créant le système du formulaire 2151, la CEIC a décidé que la procédure la plus efficace à suivre pour éviter que des travailleurs étrangers ne déplacent des citoyens canadiens et des immigrants reçus et pour veiller à ce que les offres d'emploi soient conformes aux normes de travail et aux normes monétaires canadiennes est d'exiger que ce soit l'employeur canadien qui entreprenne les démarches au Canada.

Que vous décidiez de suivre ou non la procédure d'attestation de la Commission, c'est votre décision. Cependant, jusqu'à ce que la CEIC avise le consulat que l'offre d'emploi que vous avez faite à votre cliente respecte les exigences énoncées à l'article 5 des critères de sélection, notre bureau n'accordera pas dix points pour l'emploi réservé à M^{me} D'Souza.

La procédure à laquelle les agents d'immigration font allusion est une procédure énoncée, non pas dans un règlement, mais dans le Guide de l'emploi, qui est un document administratif interne de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (CEIC). Selon cette procédure, l'employeur éventuel d'un travailleur étranger doit communiquer avec un centre local d'emploi du Canada et remplir le formulaire 2151 au sujet du poste offert. Agissant en qualité de Service national de placement conformément à l'article 120 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), chap. U-1, la CEIC examine le cas et, si l'agent d'emploi concerné estime que l'emploi réservé, selon les conditions définies par l'employeur éventuel, ne nuira pas à celui des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada, il atteste ce

certifies by signing the form and this advice is communicated by the signed form to the visa officer.

In this application for *certiorari* and *mandamus* it is submitted on behalf of the applicant that the procedure here required does not conform to the requirements of the Act and Regulations. Arguments in support of that submission were essentially three.

1. The Regulations impose a duty on the visa officer to assess the information submitted by or on behalf of an applicant; if advice is required from the National Employment Service it should be sought directly by the visa officer, and there was no reason to refuse the applicant without an interview as to personal suitability and without awarding points for arranged employment.

2. In refusing to consider, or to award points for, arranged employment until receipt of advice from the National Employment Service by the procedures implemented by CEIC for its convenience, the visa officer was effectively delegating decision-making authority to the National Employment Service, and in insisting on departmental procedures was acceding to advice or policy of the CEIC not authorized by the Regulations.

3. The *Immigration Act* and Regulations, including the assessment criteria, establish a framework to enable an applicant to demonstrate the likelihood of becoming successfully established in Canada. The system instituted by CEIC wrongfully deprives the applicant of demonstrating this, since the National Employment Service does not deal with the applicant but only with the prospective employer, and it considers the offer for prospective employment with a "Canada First component" requiring priority in employment for Canadians and permanent residents, a matter unrelated to the prospects of successful establishment in Canada by a prospective immigrant.

Several provisions of the Act and the Regulations are relied upon by the parties. Subsection 6(1) of the Act provides that an independent immigrant may be granted landing if the intended immigrant is able to establish to the satisfaction of

fait en signant le formulaire; cet avis est ensuite communiqué à l'agent des visas au moyen du formulaire signé.

Dans la présente demande d'ordonnances de *certiorari* et de *mandamus*, la requérante soutient que la procédure requise en l'espèce n'est pas conforme aux exigences de la Loi et du Règlement. À l'appui de sa thèse, elle soulève essentiellement les trois arguments suivants:

1. Le Règlement impose à l'agent des visas l'obligation d'évaluer les renseignements soumis par un requérant ou au nom de celui-ci; si un avis doit être obtenu du Service national de placement, c'est l'agent des visas qui devrait l'obtenir directement et il n'y avait aucune raison de refuser la demande de la requérante sans l'interroger sur ses qualités personnelles et sans lui accorder de points pour l'emploi réservé.

2. En refusant d'examiner l'emploi réservé de la requérante ou d'attribuer des points à cet égard avant la réception de l'avis du Service national de placement selon la procédure que la CEIC a mise en œuvre pour ses fins, l'agent des visas a effectivement délégué un pouvoir décisionnel au Service national de placement et, en suivant la procédure ministérielle, il a souscrit à un avis ou une politique de la CEIC qui n'est pas autorisé par le Règlement.

3. La *Loi sur l'immigration* et le Règlement, y compris les critères d'appréciation, créent un fondement permettant à un requérant de démontrer qu'il a toutes les chances voulues de s'établir avec succès au Canada. Le système instauré par la CEIC prive à tort la requérante de la possibilité de faire cette preuve, étant donné que le Service national de placement ne traite pas avec elle, mais seulement avec l'employeur éventuel, et qu'il évalue l'offre d'emploi à l'aide du critère «éléments canadiens d'abord», selon lequel l'emploi doit être offert en priorité aux Canadiens et aux résidents permanents du Canada, ce qui n'est pas un critère lié aux chances de l'immigrant éventuel de s'établir avec succès au Canada.

Les parties se fondent sur plusieurs dispositions de la Loi et du Règlement. Selon le paragraphe 6(1) de la Loi, un immigrant indépendant peut obtenir le droit d'établissement s'il convainc l'agent d'immigration qu'il satisfait aux normes

an immigration officer that she or he meets the selection standards established by the Regulations for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada. A person seeking to come into Canada has the burden of proving that she or he has a right to come into Canada or that admission would not be contrary to the Act or Regulations (subsection 8(1)). Every person shall answer truthfully all questions asked by a visa officer and shall produce documentation that may be required by the visa officer for the purpose of establishing that his or her admission would not be contrary to the Act or Regulations (subsection 9(3)). Paragraph 114(1)(a) vests authority in the Governor in Council to make regulations

114. (1) ...

(a) providing for the establishment and application of selection standards based on such factors as family relationships, education, language, skill, occupational experience and other personal attributes and attainments, together with demographic considerations and labour market conditions in Canada, for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada;

Under the *Immigration Regulations, 1978*, in the case of an independent applicant for permanent residence, a visa officer, for the purpose of determining whether the applicant will be able to become successfully established in Canada, shall assess the immigrant on the basis of each of the factors listed in column I of Schedule I (subsection 8(1) [as am. by SOR/85-1038, s. 3]), and the visa officer shall award to an immigrant assessed under that Schedule I, in accordance with criteria set out in column II of the Schedule, units of assessment to the maximum number set out in column III of the Schedule (subsection 8(2)). Under paragraphs 9(1)(a) [as am. by SOR/83-675, s. 3] and (b) of the Regulations a visa officer may issue a visa to an applicant in the independent class, who is admissible and meets other requirements of the Act and Regulations, if the applicant is awarded at least 70 units of assessment under Schedule I, but a visa shall not issue unless the applicant has been awarded at least one unit of assessment for the factor "Occupational Demand" under Schedule I, the immigrant has arranged employment in Canada or is prepared to engage in employment in a designated occupation (subsection 11(2)).

réglementaires de sélection visant à déterminer l'aptitude des immigrants à réussir leur installation au Canada. Il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver qu'il en a le droit ou que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la Loi ou au Règlement (paragraphe 8(1)). Toute personne doit répondre franchement aux questions de l'agent des visas et produire toutes les pièces que celui-ci pourrait exiger pour établir que son admission ne contreviendrait pas à la Loi ou au Règlement (paragraphe 9(3)). L'alinéa 114(1)(a) permet au gouverneur en conseil de prendre un règlement prévoyant

114. (1) ...

a) l'établissement et l'application de normes de sélection, fondées sur des critères tels que la parenté, l'instruction, la langue, la compétence, l'expérience professionnelle et autres qualités et connaissances personnelles et tenant compte des facteurs démographiques et de la situation du marché du travail au Canada, dans le but de déterminer si un immigrant pourra réussir son installation au Canada;

Selon le *Règlement sur l'immigration de 1978*, dans le cas d'une personne qui présente une demande de résidence permanente à titre d'immigrant indépendant, l'agent des visas doit, pour déterminer si le requérant pourra s'établir avec succès au Canada, évaluer l'immigrant en fonction de chacun des facteurs énumérés à la colonne I de l'annexe I (paragraphe 8(1) [mod. par DORS/85-1038, art. 3]) et attribuer à un immigrant évalué selon cette annexe I, conformément aux critères énoncés à la colonne II de l'annexe, des points d'appréciation jusqu'à concurrence du nombre maximal prescrit à la colonne III de l'annexe (paragraphe 8(2)). Les alinéas 9(1)(a) [mod. par DORS/83-675, art. 3] et (b) du Règlement prescrivent que l'agent des visas peut délivrer un visa à une personne faisant partie de la catégorie des immigrants indépendants, laquelle personne est admissible et satisfait aux autres exigences de la Loi et du Règlement, si le requérant a obtenu au moins 70 points d'appréciation selon l'annexe I, mais aucun visa ne sera délivré, sauf si au moins un point d'appréciation lui a été accordé pour le facteur «Demande dans la profession» de l'annexe I, ou à moins que cet immigrant n'ait un emploi réservé au Canada ou ne soit disposé à exercer une profession désignée (paragraphe 11(2)).

The Regulations also include in Schedule I the following entry in relation to item 5, for arranged employment:

Ten units shall be awarded if, in the opinion of the visa officer,

- (a) the person has arranged employment in Canada that, based on the information provided by the National Employment Service, offers reasonable prospects of continuity and wages and working conditions sufficient to attract and retain in employment Canadian citizens and permanent residents,
- (b) based on information provided by the National Employment Service, employment of the person in Canada will not adversely affect employment opportunities for Canadian citizens or permanent residents in Canada, and
- (c) the person will likely be able to meet all federal, provincial and other applicable licensing and regulatory requirements related to the employment, or

For the record I note that in the original memorandum of fact and law submitted by counsel for the applicant reference was made and argument directed to subsection 18(1) [as am. by SOR/89-80, s. 1] and section 20 [as am. by SOR/80-21, s. 7; 84-849, s. 2] of the Regulations. This was responded to in the memorandum of fact and law of the respondents. Argument referring to these sections was apparently abandoned by counsel for the applicant in a supplementary memorandum of fact and law and no direct reference was made to these sections in oral argument on behalf of the applicant. For the respondents it was pointed out that subsection 18(1) was not relevant since it applies to visitors to Canada and refers to temporary foreign workers in Canada. While section 20, concerning the issue of an employment authorization, appears, in my view, to be similarly concerned with visitors or others already in Canada, the argument of counsel for the respondents relies in part upon that section which in some respects is parallel in the conditions it stipulates to those set out in relation to item 5 of Schedule I of the Regulations. Moreover, it appears that section may underlie departmental procedures outlined in affidavit evidence on behalf of the respondents and it may assist in understanding their position to reproduce portions of that section, which are as follows:

20. (1) An immigration officer shall not issue an employment authorization to a person if,

Le Règlement comporte également, à l'annexe I, les dispositions suivantes à l'égard de l'article 5, qui concerne l'emploi réservé:

Dix points d'appréciation seront attribués si, de l'avis de l'agent des visas,

- a) le requérant a, au Canada un emploi réservé qui, d'après les renseignements fournis par le service national de placement, offre des perspectives de durée raisonnablement bonnes et des conditions de travail et un salaire de nature à attirer des citoyens canadiens ou des résidents permanents pour qu'ils exercent et continuent d'exercer l'emploi en question,
- b) d'après les renseignements fournis par le service national de placement, le fait d'employer le requérant au Canada ne nuira pas aux possibilités d'emploi des citoyens canadiens ni des résidents permanents résidant au Canada, et
- c) le requérant pourra probablement obtenir des autorités fédérales, provinciales et autres, l'autorisation nécessaire pour l'emploi en question, ou

Pour les besoins de la cause, je souligne que, dans le mémoire initial qu'il a soumis, l'avocat de la requérante a fait allusion au paragraphe 18(1) [mod. par DORS/89-80, art. 1] et à l'article 20 [mod. par DORS/80-21, art. 7; 84-849, art. 2] du Règlement et a invoqué des arguments fondés sur ces dispositions. L'avocate des intimés a répondu à ces arguments dans son mémoire. L'avocat de la requérante a apparemment abandonné les arguments en question dans un mémoire supplémentaire et n'a pas fait directement allusion à ces dispositions au cours de sa plaidoirie. L'avocate des intimés a soutenu que le paragraphe 18(1) n'était pas pertinent, étant donné qu'il s'applique aux visiteurs et concerne les travailleurs étrangers qui viennent travailler temporairement au Canada. Bien que l'article 20, qui traite de la délivrance d'un permis de travail, me semble lui aussi porter sur les visiteurs ou d'autres personnes qui se trouvent déjà au Canada, l'argument de l'avocate des intimés est fondé en partie sur cette disposition qui, sur certains points, est parallèle quant aux conditions qu'elle prescrit à celles qui sont énoncées relativement à l'article 5 de l'annexe I du Règlement. En outre, il semble que cette disposition puisse constituer le fondement de la procédure ministérielle décrite dans un affidavit déposé au nom des intimés; pour permettre une meilleure compréhension de la thèse des intimés, je reproduis ci-après des parties de cet article:

20. (1) L'agent d'immigration ne peut délivrer de permis de travail à une personne

(a) in his opinion, employment of the person in Canada will adversely affect employment opportunities for Canadian citizens or permanent residents in Canada; or

(b) the issue of the employment authorization will affect

(i) the settlement of any labour dispute that is in progress at the place or intended place of employment, or

(ii) the employment of any person who is involved in such a dispute.

(3) In order to form an opinion for the purposes of paragraph (1)(a), an immigration officer shall consider

(a) whether the prospective employer has made reasonable efforts to hire or train Canadian citizens or permanent residents for the employment with respect to which an employment authorization is sought;

(b) the qualifications and experience of the applicant for the employment for which the employment authorization is sought; and

(c) whether the wages and working conditions offered are sufficient to attract and retain in employment Canadian citizens or permanent residents.

(4) Where an immigration officer considers the questions set out in paragraphs (3)(a) and (c), he shall take into consideration the opinion of an officer of the office of the National Employment Service serving the area in which the person seeking an employment authorization wishes to engage in employment.

In response to the applicant's motion the respondents adduced affidavit evidence of David Greenhill, Manager, Foreign Worker Policy and Programs, in the Labour Market Services Branch at CEIC National Headquarters. His affidavit describes the procedures of CEIC in the following way:

5. The visa officer advised the Applicant that, although her application was refused at the present time, it could be reconsidered if she were able to demonstrate an offer of arranged employment in Canada that complied with the above conditions [i.e., conditions set out in paragraph 4 which reproduced the conditions of item 5 of Schedule I of the Regulations].

6. Attached hereto and marked as Ex. "B" to this my affidavit is the Employment Manual, Chapter 17 dealing with Foreign Worker Recruitment.

7. The role of the National Employment Service (CEC) is to assist employers in Canada through human resource planning to determine and meet their labour market needs and to identify CEIC programs and services that would meet these needs. If qualified Canadian citizens or permanent residents are not available and training is not a viable option, the National Employment Service (CEC) may recommend the use of tempo-

a) s'il est d'avis que l'embauchage de cette personne nuira à celui des citoyens canadiens ou des résidents permanents au Canada; ou

b) si la délivrance de ce permis nuira

(i) au règlement de tout conflit de travail qui sévit au lieu de travail ou au lieu prévu de travail, ou

(ii) à l'emploi de toute personne touchée par ce conflit.

(3) Pour être en mesure de se faire une opinion aux fins de l'alinéa (1)a), l'agent d'immigration doit tenir compte des facteurs suivants, à savoir:

a) si l'employeur éventuel a fait des efforts raisonnables pour embaucher ou former des citoyens canadiens ou des résidents permanents afin qu'ils puissent exercer l'emploi pour lequel un permis de travail a été sollicité;

b) si le requérant possède les qualités et l'expérience voulues pour exercer l'emploi pour lequel un permis de travail a été sollicité; et

c) si les conditions de travail et le salaire offerts sont de nature à attirer des citoyens canadiens ou des résidents permanents pour qu'ils exercent et continuent d'exercer l'emploi en question.

(4) L'agent d'immigration doit tenir compte de l'opinion d'un agent du Bureau du service national de placement dont relève le secteur où la personne sollicitant un permis de travail désire exercer un emploi pour ce qui concerne les points visés aux alinéas (3)a) et c).

En réponse à la requête de la requérante, les intimés ont présenté l'affidavit de David Greenhill, directeur de la Politique et des programmes sur les travailleurs étrangers de la Direction générale des services au marché du travail à l'administration centrale de la CEIC. Dans son affidavit, M. Greenhill décrit en ces termes la procédure de celle-ci:

[TRADUCTION] 5. L'agent des visas a fait savoir à la requérante que, même si la demande de celle-ci était refusée pour l'instant, elle pourrait être réexaminée si la requérante était en mesure de démontrer une offre d'emploi réservé au Canada qui était conforme aux conditions susmentionnées [c'est-à-dire les conditions énoncées au paragraphe 4 qui correspondent aux conditions de l'article 5 de l'annexe I du Règlement].

6. Je joins comme pièce «B» au présent affidavit le texte du chapitre 17 du Guide d'emploi, qui concerne le recrutement de travailleurs étrangers.

7. Le rôle du Service national de placement (CEC) consiste à aider les employeurs du Canada, par une planification des ressources humaines, à connaître et combler leurs besoins dans le marché du travail et à déterminer les programmes et services de la CEIC qui leur permettraient de répondre à ces besoins. S'il n'y a pas de citoyens canadiens ou de résidents permanents du Canada qui sont disponibles et que la formation ne représente pas une option viable, le Service national de placement pourra recommander le recours à des travailleurs étrangers temporaires ou l'admission de personnes qui présentent une

rary foreign workers or the admission of qualified applicants for permanent residence.

8. The National Employment Service (CEC) in responding to requests from employers in Canada to validate an offer of employment for temporary foreign workers or prospective immigrants will first satisfy itself as to:

- 1) efforts made by the employer to hire or train Canadians;
- 2) the suitability of wages and working conditions offered;
- 3) the benefits of foreign worker recruitment;
- 4) the absence of any labour dispute, and
- 5) the bona fides of the job offer.

9. Attached hereto and marked as Ex. "C" to this my affidavit, is a copy of Form 2151 which is a Confirmation of Offer of Employment, to be completed by the employer, giving particulars of the offer of employment and the foreign worker to whom employment is offered.

10. An employer who submits such a form 2151 to a CEC initiates the process of an employment counsellor assisting him in filling such a position with a Canadian citizen or permanent resident worker, if one is available. If one is not available, and the other criteria are met, the employment counsellor will certify at the bottom of Form 2151 that such an offer of employment to a foreign worker does not adversely affect employment opportunities for Canadian citizens or permanent residents.

11. The issuance of an employment validation by the National Employment Service in response to requests from employers in Canada for such consideration will be provided by the National Employment Service (CEC) to the visa officer to assist in his forming an opinion for the purpose of paragraph 20(1)(a) of the Immigration Regulations pursuant to direction provided in forming such an opinion as outlined in Immigration Regulations 20(3) and (4).

12. In accordance with Item 5 of Schedule I of the Immigration Regulations, 10 units of assessment for arranged employment shall be awarded if, in the opinion of the visa officer, the requirements of this provision as stated above in paragraph 5 are met.

On the basis of that affidavit, the Act and Regulations, the respondents, in reply to the submissions of the applicant, submit that the Regulations must be read in light of the requirements of subsections 8(1) and 9(3) of the Act, which put the onus on a person seeking to come to Canada of showing that admission would not be contrary to the Act or Regulations, and to provide documentation required for this purpose. In the respondents' submission, if the applicant is to be awarded units of assessment for arranged employment she must provide "a job offer from a Canada Employment Centre, that meets the requirements of section 20 of the Regulations". Further, it is urged there is no

demande de résidence permanente et qui ont les qualités voulues.

8. Lorsqu'il répond aux demandes présentées par des employeurs du Canada en vue de faire valider une offre d'emploi destinée à des travailleurs étrangers temporaires ou des immigrants éventuels, le Service national de placement (CEC) examine tout d'abord:

- 1) les efforts que l'employeur a déployés pour embaucher ou former des Canadiens;
- 2) la convenance du salaire et des conditions de travail offerts;
- 3) les avantages que comporte le recrutement de travailleurs étrangers;
- 4) l'absence de conflit de travail; et
- 5) l'authenticité de l'offre d'emploi.

9. Je joins comme pièce «C» du présent affidavit une copie du formulaire 2151, qui est une confirmation d'offre d'emploi; l'employeur doit remplir ce formulaire en y inscrivant les détails concernant l'offre d'emploi et le travailleur étranger auquel l'emploi est offert.

10. L'employeur qui soumet un formulaire 2151 à un CEC entreprend les démarches par lesquelles un conseiller en matière d'emploi l'aidera à combler ce poste à l'aide d'un citoyen canadien ou d'un résident permanent du Canada, si c'est possible. Si c'est impossible et que les autres critères sont respectés, le conseiller en matière d'emploi attestera au bas du formulaire 2151 que cette offre d'emploi à un travailleur étranger ne nuit pas aux possibilités d'emploi des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada.

11. Le Service national de placement délivrera à l'agent des visas une validation d'une offre d'emploi en réponse aux demandes d'employeurs du Canada, afin d'aider l'agent à se former une opinion aux fins de l'alinéa 20(1)a) du Règlement sur l'immigration conformément aux directives énoncées à cet égard aux paragraphes 20(3) et 20(4) du Règlement sur l'immigration.

12. Conformément à l'article 5 de l'annexe I du Règlement sur l'immigration, 10 points d'appréciation seront attribués pour l'emploi réservé si, de l'avis de l'agent des visas, les exigences de cette disposition qui sont énoncées ci-dessus au paragraphe 5 sont respectées.

En se fondant sur cet affidavit et sur la Loi et le Règlement, les intimés soutiennent, en réponse aux arguments de la requérante, que le Règlement doit être lu à la lumière des exigences des paragraphes 8(1) et 9(3) de la Loi, qui imposent à une personne qui cherche à entrer au Canada l'obligation de démontrer que son admission ne serait pas contraire à la Loi ou au Règlement et de fournir les documents requis à cette fin. De l'avis des intimés, pour que la requérante obtienne des points d'appréciation pour l'emploi réservé, elle doit fournir [TRADUCTION] «une offre d'emploi d'un Centre d'emploi du Canada qui respecte les exigences de l'article 20 du Règlement». En outre, disent-ils, il

requirement under the Act or Regulations for “a visa officer to solicit information of job suitability from the office of the National Employment Service on behalf of an applicant nor is it possible for a visa officer to form an opinion as required by section 20(3) of the Regulations without the cooperation of the prospective employer”. “The employer must meet certain conditions such as establishing competitive working conditions and wages, and establishing he’s made reasonable efforts to hire Canadian citizens or permanent residents before the CEC will certify the Form 2151” (respondents’ memorandum of fact and law, paragraphs 19-25).

The procedures described in the affidavit of David Greenhill and upon which argument on behalf of the respondents is structured, at least in part, are essentially those set out in the Employment Manual, a document setting out administrative policy, objectives and procedures concerning employment services of CEIC. Not dealt with in the affidavit but also included in the portion of the Manual attached as an exhibit to Greenhill’s affidavit are the following provisions concerning “workers recruited by third parties”, provisions which I assume were here considered applicable:

17.07 2) CEIC will not accept job orders or “specific named worker” requests from any third party which would require admittance to Canada of foreign workers, either as temporary foreign workers or immigrants, except for requests to fill bona fide vacancies on the permanent staff of the third party, and who are not to be re-referred to client employers. (See Chapter 36, paragraph 36.22 of the Employment Manual.)

3) If such requests are received from third parties, either in Canada or at overseas posts, the third party is to be clearly informed of CEIC’s policy in this regard and requested to advise their employer-client to contact the CEIC directly.

The principle upon which the applicant’s submissions are based is essentially that the administrative procedures of the Employment Manual are not authorized by the *Immigration Act* and Regulations. In my view the principle upon which the procedures must be assessed is whether they are inconsistent with that Act and Regulations. In so

n’est pas nécessaire, selon la Loi ou le Règlement [TRADUCTION] «qu’un agent des visas demande des renseignements au nom d’un requérant au sujet de la convenance d’un emploi en s’adressant au bureau du Service national de placement et il n’est pas possible non plus pour un agent des visas de se former une opinion conformément au paragraphe 20(3) du Règlement sans la collaboration de l’employeur éventuel». [TRADUCTION] «L’employeur doit respecter certaines conditions, notamment celles de prouver qu’il offre un salaire et des conditions de travail concurrentiels et qu’il a fait des efforts raisonnables pour embaucher des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada, avant que le CEC n’atteste le formulaire 2151» (mémoire des intimés, paragraphes 19 à 25).

La procédure qui est décrite dans l’affidavit de David Greenhill et sur laquelle les intimés fondent leurs arguments, du moins en partie, est essentiellement celle qui est énoncée dans le Guide de l’emploi, où l’on trouve une description de la politique administrative, des objectifs et de la procédure concernant les services de placement de la CEIC. Bien qu’il n’en soit pas question dans l’affidavit, la partie du Guide qui y est jointe comme pièce comprend également les dispositions suivantes qui concernent les «travailleurs recrutés par des tiers» et qui, je présume, ont été jugées applicables en l’espèce:

17.07 2) La CEIC n’acceptera pas d’offres d’emploi ou de demande relative à un «travailleur nommé désigné» émanant d’une tierce partie et exigeant l’admission au Canada de travailleurs étrangers, à titre d’immigrants ou de travailleurs étrangers temporaires, à l’exception des demandes visant à pourvoir à des postes véritablement vacants au sein du personnel permanent de la tierce partie au moyen de travailleurs qui ne seront pas présentés ensuite à des clients-employeurs de celle-ci. (Voir le chapitre 36, paragraphe 36.22 du Guide de l’emploi.)

3) Si une tierce partie adresse une telle demande à la CEIC soit au Canada, soit à l’étranger, il faudra lui exposer clairement la politique de la CEIC à ce sujet et lui demander de conseiller à ses clients-employeurs de communiquer directement avec la CEIC.

Le principe sur lequel les arguments de la requérante reposent est essentiellement le suivant: la procédure administrative décrite dans le Guide de l’emploi n’est pas autorisée par la *Loi sur l’immigration* et le Règlement sur l’immigration. À mon avis, le critère à la lumière duquel la procédure doit être évaluée consiste à savoir si celle-ci est

far as such internal directives are not inconsistent with the Act or the Regulations there can be no serious objection to them. If there is inconsistency with the Act or Regulations, or if they establish procedures which fetter discretion vested by law, i.e., the Act and Regulations, then the latter must prevail.

The first argument of the applicant turns on the determination of which branch of the Minister's responsibilities, immigration or employment, must take the initiative in arranging advice from the National Employment Service in assessing arranged employment. Counsel for the applicant, reading the language in section 8 of the Regulations, particularly the phrase, "a visa officer shall assess that immigrant . . . on the basis of each of the factors listed in column I of Schedule I" [underlining added] and the phrase, in column II of Schedule I (reproduced above), "[t]en units shall be awarded" [underlining added], argues that a statutory duty rests with the visa officer to make the determination. The fact that in order to do so, the visa officer requires advice from the National Employment Service, imposes, it is urged, a correlative duty to obtain that advice. Because statutory and regulatory provisions must override internally-developed departmental policy, the visa officer is not entitled to rely on internal administrative policy to evade his or her duties under the statute.

The Minister, in response, argues that the duty of the visa officer to assess an applicant is to be considered in light of subsections 8(1) and 9(3) of the *Immigration Act*, which put the burden of proving that "admission would not be contrary to this Act or the regulations" on the applicant [subsection 8(1)], and require that "[E]very person . . . shall produce such documentation as may be required by the visa officer for the purpose of establishing that his admission would not be contrary to this Act or the regulations" [subsection 9(3)]. These provisions, it is argued, authorize a visa officer to refuse to award points for "arranged employment" until the applicant complies with a request by the visa officer to have submitted on her behalf, by action initiated by the prospective employer, a form approving, by the National

incompatible avec la Loi et le Règlement. Dans la mesure où ces directives internes ne sont pas incompatibles avec la Loi ou le Règlement, aucune objection sérieuse ne peut être soulevée à leur égard. S'il y a incompatibilité avec la Loi ou le Règlement ou si ces directives établissent une procédure qui entrave le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi, en l'occurrence, la Loi et le Règlement, ces derniers devront l'emporter.

Le premier argument de la requérante dépend de la réponse à la question de savoir si c'est la direction générale de l'immigration ou celle de l'emploi qui doit prendre l'initiative d'obtenir un avis du Service national de placement lors de l'évaluation de l'emploi réservé. Invoquant l'article 8 du Règlement, notamment les mots «un agent des visas doit apprécier cet immigrant . . . suivant chacun des facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I» [soulignement ajouté] et l'expression, à la colonne II de l'annexe I (reproduite ci-dessus) «Dix points d'appréciation sont attribués» [soulignement ajouté], l'avocat de la requérante soutient que l'agent des visas est tenu, en vertu de la loi, de prendre la décision. Étant donné que l'agent des visas a besoin, à cette fin, de l'avis du Service national de placement, il est tenu, selon l'avocat, d'obtenir cet avis. Comme les dispositions législatives et réglementaires doivent l'emporter sur une politique ministérielle élaborée à l'interne, l'agent des visas n'a pas le droit de se fonder sur la politique administrative interne pour éviter de se conformer à ses obligations d'origine législative.

Pour sa part, le ministre allègue que l'obligation d'évaluer la demande d'un requérant, laquelle obligation incombe à l'agent des visas, doit être examinée à la lumière des paragraphes 8(1) et 9(3) de la *Loi sur l'immigration*, qui imposent à la requérante le fardeau de démontrer que son admission «ne contreviendrait pas à la présente Loi ni à ses règlements» [paragraphe 8(1)] et prévoient que «Toute personne doit . . . produire toutes les pièces qu'exige celui-ci [l'agent des visas] pour établir que son admission ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements» [paragraphe 9(3)]. On soutient que ces dispositions autorisent l'agent des visas à refuser d'attribuer des points pour «l'emploi réservé» jusqu'à ce que la requérante se conforme à la demande de l'agent des visas, c'est-à-dire qu'elle soumette en son nom, lors

Employment Service, of the employment offered. It is argued that there is no duty placed upon the visa officer to consult directly with the National Employment Service on his own initiative.

The Act or Regulations do not specifically impose any such duty. I am also of the view that there is no requirement arising by implication that the visa officer consult on his own initiative with the National Employment Service. I base this finding on subsections 8(1) and 9(3) of the Act, and also on the application process as a whole. That is, the applicant must demonstrate to the satisfaction of the visa officer, who has been entrusted to decide, that the criteria for admission to Canada have been met. Thus, as in the case of other criteria, the applicant must satisfy the visa officer that "arranged employment" is secured. That requires, according to the Regulations, advice of the National Employment Service. While the Regulations are silent on the procedure by which that advice is to be conveyed, the underlying pattern that proof is to be established by the applicant, the statutory burden which the applicant bears in subsections 8(1) and 9(3), leads me to the conclusion that it is not unreasonable, unfair, or contrary to law to require the step of setting the wheels in motion for obtaining the required advice to be taken by the applicant and the applicant's prospective employer.

I do not accept the argument by counsel for the applicant that having furnished information about the job offered, the onus shifts to the visa officer. The statutory burden of proof cannot be displaced by such information even of the quality provided by the applicant herein. The applicant must satisfy all the requirements of the Act and Regulations, including those factors required to be established which are not directly within her personal power to control. She will require the assistance of her employer to do so, it is true, and this may mean, in some instances, that a prospective immigrant may be refused because of failure by the employer to

de démarches entreprises par l'employeur éventuel, un formulaire dans lequel le Service national de placement approuve l'offre d'emploi. Le ministre ajoute que l'agent des visas n'est nullement tenu de consulter directement, de son propre chef, le Service national de placement.

Ni la Loi ni le Règlement n'imposent explicitement pareille obligation. Je suis aussi d'avis qu'il n'existe aucune obligation implicite pour l'agent des visas de consulter de son propre chef le Service national de placement. Pour en arriver à cette conclusion, je me fonde sur les paragraphes 8(1) et 9(3) de la Loi et sur l'ensemble du processus d'évaluation de la demande. Ainsi, la requérante doit démontrer à la satisfaction de l'agent des visas, à qui incombe la responsabilité de prendre la décision, que les critères relatifs à l'admission au Canada ont été établis. En conséquence, tout comme dans le cas des autres critères, la requérante doit prouver à l'agent des visas qu'elle a obtenu un «emploi réservé». Selon le Règlement, cette preuve nécessite l'obtention d'un avis du Service national de placement. Bien que le Règlement ne renferme aucune disposition sur la façon dont cet avis doit être communiqué, le principe sous-jacent selon lequel la preuve doit être faite par la requérante et le fardeau de la preuve qui incombe à celle-ci selon les paragraphes 8(1) et 9(3) m'incitent à conclure qu'il n'est ni déraisonnable, ni inéquitable ou contraire à la loi d'exiger que la requérante et l'employeur éventuel de celle-ci entreprennent les démarches nécessaires à l'obtention de l'avis requis.

Contrairement à ce que soutient l'avocat de la requérante, je ne crois pas que le fardeau de la preuve soit transféré à l'agent des visas une fois que la requérante a fourni des renseignements concernant l'offre d'emploi. Le fardeau de la preuve, qui est d'origine législative, ne peut être déplacé par la communication de ces renseignements, même lorsqu'il s'agit de renseignements de la qualité de ceux que la requérante a fournis. La requérante doit respecter toutes les exigences de la Loi et du Règlement, notamment en ce qui a trait aux facteurs qui doivent être établis et sur lesquels elle ne peut exercer un contrôle direct. Il est vrai qu'elle aura besoin de l'aide de son employeur à cette fin et cela pourra signifier, dans certains cas, que la demande d'un immigrant éventuel sera

meet procedural requirements instituted by the Minister.

Counsel for the applicant relies upon *Hui v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 96 (C.A.) for the general proposition that only the Act and Regulations have the force of law and the visa officer was not entitled to rely on departmental administrative procedures that do not have the force of law. In *Hui* the visa officer concerned was found to have based his decision at least in part on statements of the Minister which introduced a factor or criterion not included in the Regulations concerning assessment of a prospective immigrant seeking admission to Canada in the entrepreneur class. The principle that one vested with decision-making responsibility must exercise his duty within the bounds and for reasons prescribed by law does not, in my view, assist in this case. Here the visa officer did not make his decision to refuse the applicant on the basis of any factor or for any reason not within the Regulations. Following departmental procedures, as he did, could only be an error on his part if those procedures were in conflict or inconsistent with the Act and Regulations.

So long as the procedures developed and followed by the Commission to fulfill its responsibilities in relation to immigration matters are not inconsistent with the requirements of the Act and Regulations there can be no objection in law to them. The Minister must have discretion to develop administrative procedures to meet her or his statutory and regulatory responsibilities. This Court should intervene to limit that discretion only where it is clear that the procedures are inconsistent with, or otherwise beyond the authority of the Minister under, the Act and Regulations.

In this case the visa officer, whose responsibility it is to evaluate the applicant on the basis of information provided in an application, is required, in relation to the criterion "Arranged Employment" (item 5, Schedule I), to take into account information provided by the National Employment Service concerning two matters: in relation to the

peut-être refusée en raison de l'omission de l'employeur de respecter les conditions de procédure établies par le ministre.

L'avocat de la requérante invoque l'arrêt *Hui c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 96 (C.A.) à l'appui de la proposition générale selon laquelle seuls la Loi et le Règlement ont force de loi et l'agent des visas n'a pas le droit d'invoquer des procédures administratives ministérielles qui n'ont pas force de loi. Dans l'arrêt *Hui*, il a été jugé que l'agent des visas avait fondé sa décision, du moins en partie, sur des déclarations du ministre qui avaient pour effet d'ajouter un facteur ou un critère non prévu dans le Règlement en ce qui a trait à l'évaluation d'un immigrant éventuel qui désire être admis au Canada dans la catégorie des entrepreneurs. À mon avis, le principe selon lequel une personne investie d'un pouvoir décisionnel doit s'acquitter de sa tâche dans les limites de la loi et pour les motifs prescrits par la loi n'est pas pertinent en l'espèce. Dans la présente cause, l'agent des visas n'a pas refusé la demande de la requérante en se fondant sur un facteur ou un motif non prévu dans le Règlement. Le fait d'avoir suivi la procédure ministérielle ne pouvait être une erreur que si cette procédure était incompatible avec la Loi et le Règlement ou contraire à ceux-ci.

Dans la mesure où la procédure que la Commission a élaborée et suivie pour s'acquitter de ses responsabilités en matière d'immigration n'est pas incompatible avec les exigences de la Loi et du Règlement, on ne peut soulever d'objection en droit à son égard. Le ministre doit avoir le pouvoir discrétionnaire d'élaborer une procédure administrative pour s'acquitter de ses responsabilités d'origine législative et réglementaire. Notre Cour ne devrait intervenir pour restreindre ce pouvoir discrétionnaire que lorsqu'il est évident que la procédure est incompatible avec la Loi et le Règlement ou qu'elle outrepassa par ailleurs le pouvoir dont le ministre est investi en vertu de ceux-ci.

Dans le cas qui nous occupe, l'agent des visas, à qui il incombe d'évaluer la demande de la requérante à l'aide des renseignements qui y figurent, doit, à l'égard du critère «Emploi réservé» (article 5, annexe I), tenir compte des renseignements qu'a fournis le Service national de placement au sujet de deux points: en ce qui a trait à l'emploi, l'agent

job, that it offers reasonable prospects of continuity and wages and working conditions sufficient to attract and retain in employment Canadian citizens or permanent residents in Canada, and in relation to the immigration applicant that her or his employment in Canada will not adversely affect employment of Canadian citizens or permanent residents in Canada. In this case no information was received from the National Employment Service about the proposed employment when the prospective employer declined to initiate the process established under CEIC administrative policies to lead to the provision of the necessary information to the visa officer.

With respect to the second argument, the applicant states that in withholding the grant of the visa until arranged employment authorization had been communicated from the National Employment Service, the visa officer was improperly delegating his or her authority in respect of the matter. It is said that the decision to grant or refuse the visa hinged upon the response received from the National Employment Service, and thus it is the official from the National Employment Service who is making the decision. The argument is made with respect to both the grant of the visa (under section 8 of the Regulations) and the employment authorization (required by Item 5 of Schedule I of the Regulations).

In support of this argument, counsel for the applicant relies upon *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 (C.A.). In that case, an application for permanent residence made under the entrepreneurial category was rejected, largely as a result of deficiencies in a proposed business plan. On reconsideration of the application, during a personal interview, the visa officer conducting that interview made it clear that the application was denied because of a negative assessment by an official of the Province of Ontario. The Federal Court of Appeal unanimously allowed relief sought by the applicant, on three grounds, including unlawful delegation by the visa officer, in whom the decision is vested by the Act and Regulations, to the Ontario government official. Stone J.A. (for a

des visas doit s'assurer qu'il offre des perspectives raisonnables de continuité et un salaire et des conditions de travail suffisamment intéressants pour attirer et conserver comme employés des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada et, en ce qui a trait à la requérante, il doit s'assurer que son emploi au Canada ne nuira pas à l'emploi des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada. Dans la présente cause, aucun renseignement n'a été obtenu du Service national de placement au sujet de l'emploi proposé lorsque l'employeur éventuel a refusé d'entreprendre les démarches prévues par les politiques administratives de la CEIC, lesquelles démarches devaient mener à la communication des renseignements nécessaires à l'agent des visas.

En ce qui a trait au second argument, la requérante déclare qu'en refusant d'octroyer le visa jusqu'à ce que le Service national de placement ait délivré l'autorisation relative à l'emploi réservé, l'agent des visas a délégué à tort son pouvoir au sujet de cette question. Elle ajoute que la décision d'accorder ou de refuser le visa dépendait de la réponse obtenue du Service national de placement et que c'est donc le fonctionnaire dudit Service qui prend la décision. Cet argument est invoqué tant en ce qui a trait à l'octroi du visa (selon l'article 8 du Règlement) qu'en ce qui a trait au permis de travail (requis par l'article 5 de l'annexe I du Règlement).

À l'appui de cet argument, l'avocat de la requérante cite l'arrêt *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 (C.A.). Dans cette cause-là, une demande de résidence permanente dans la catégorie des entrepreneurs a été refusée, principalement en raison de lacunes que comportait un projet d'entreprise proposé. Lors du réexamen de la demande, l'agent des visas a mené une entrevue personnelle au cours de laquelle il a dit clairement que la demande était refusée en raison d'une évaluation négative faite par un fonctionnaire de la province de l'Ontario. La Cour d'appel fédérale a accordé à l'unanimité la réparation demandée par le requérant pour trois raisons, dont la délégation illégale par l'agent des visas, qui est investi du pouvoir décisionnel en vertu de la Loi et du Règlement, au fonctionnaire

unanimous Court) stated (at page 218), with respect to improper delegation:

It is elementary that the decision on the application had to be made by the visa officer and that it could not be delegated in the above fashion. The visa officer appears to have allowed it to be made by the person in Ontario from whom he received information regarding the viability of the appellant's business plan. Though he was entitled to receive information on that subject from that source it remained his duty to decide the matter in accordance with the Act and the Regulations. It was therefore a serious error to allow the decision to be made by the Ontario official rather than kept in his own hands where it properly belonged.

The principle of *Muliadi* is an important one, but in my view it has no direct application here. Under paragraph 114(1)(a) of the Act the Governor in Council may make regulations "providing for the establishment and application of selection standards based on such factors as . . . together with demographic considerations and labour market conditions in Canada, for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada". Clearly the Regulations here in question, in particular item 5 in Schedule I, are enacted within the scope of paragraph 114(1)(a), and they provide for the visa officer assessing an application for permanent residence in Canada, which includes reference to arranged employment, to consider that criterion for admission based on information provided by the National Employment Service in respect of the job offered and in respect of the employment of the applicant in Canada not adversely affecting employment of Canadian citizens or permanent residents in Canada. I note that the latter requirement is concerned, not merely with general advice about the effects of employment of the applicant on employment of others, but rather it must be precise information that this will not adversely affect employment opportunities of Canadian citizens or permanent residents in Canada.

If this determination of particular aspects of employing the applicant is considered to be delegation to the National Employment Service, then it seems to me that delegation is clearly made by the Regulations, and is authorized; it is not made by the visa officer. Moreover, the ultimate discretion

du gouvernement de l'Ontario. S'exprimant au nom de la Cour, dont le jugement était unanime, le juge Stone, J.C.A., a dit ce qui suit au sujet de la délégation inappropriée (à la page 218):

^a Il va sans dire que la décision sur la demande devait être prise par l'agent des visas et qu'elle ne pouvait être déléguée de la manière précédemment décrite. Il semble que l'agent a permis qu'elle soit prise par le fonctionnaire de l'Ontario de qui il a reçu les renseignements relatifs à la viabilité du projet d'entreprise de l'appelant. Bien qu'il ait été habilité à recevoir des renseignements de cette source sur ce sujet, il n'en demeure pas moins qu'il avait le devoir de trancher la question conformément à la Loi et au Règlement. Il a donc commis une grave erreur en permettant que la décision soit prise par le fonctionnaire du gouvernement de l'Ontario au lieu de la rendre lui-même ainsi qu'il devait le faire.

^b Bien que le principe énoncé dans l'arrêt *Muliadi* soit important, à mon avis, il ne s'applique pas directement en l'espèce. Selon l'alinéa 114(1)a) de la Loi, le gouverneur en conseil peut prendre un règlement «prévoyant l'établissement et l'application de normes de sélection, fondées sur des critères tels que . . . et tenant compte des facteurs démographiques et de la situation du marché du travail au Canada, dans le but de déterminer si un immigrant pourra réussir son installation au Canada». De toute évidence, le Règlement dont il est question ici, notamment l'article 5 de l'annexe I, ne dépasse pas les limites du paragraphe 114(1)a) et il prévoit que l'agent des visas qui évalue une demande de résidence permanente au Canada, laquelle évaluation comprend l'examen de l'emploi réservé, doit évaluer ce critère d'admission sur la foi des renseignements fournis par le Service national de placement à l'égard de l'emploi offert et à l'égard de la possibilité que l'emploi de la requérante au Canada nuise à l'emploi de citoyens canadiens ou de résidents permanents du Canada. À ce sujet, je souligne qu'il faut obtenir non seulement un avis général concernant les conséquences de l'emploi de la requérante sur l'emploi de tierces personnes, mais plutôt des renseignements précis établissant que l'emploi en question ne nuira pas aux possibilités d'emploi de citoyens canadiens ou de résidents permanents du Canada.

^c Si cette décision concernant certains aspects de l'emploi de la requérante est considérée comme une délégation de pouvoir au Service national de placement, il me semble que cette délégation est clairement établie par le Règlement et qu'elle est autorisée; elle n'est pas faite par l'agent des visas.

to award 10 units for arranged employment continues to be vested in the visa officer. Note that under item 5 of Schedule I he or she must also assess the likelihood that the applicant will be able to meet applicable licensing and regulatory requirements related to the employment offered. But, as worded, it would not be a proper exercise of the visa officer's discretion to award points for arranged employment until the information required by item 5 of Schedule I from the National Employment Service is available. The Regulations and the facts of concern in this case differ from those in *Muliadi*.

Reference was also made on behalf of the applicant to *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Ho*, (not yet reported, F.C.A., Court File No. A-187-89) where a visa officer's initial decision in assessing units under Schedule I was changed on advice from head office. Mahoney J.A. for the Court of Appeal, upholding the grant of *certiorari*, said [at page 1]:

A visa officer cannot properly take account of general directives not having the force of law nor instructions from head office particular to the case at hand. Those improperly fetter him in the exercise of the discretion that Parliament, not the Canada Employment and Immigration Commission, has entrusted to him.

In my view, there was no unlawful delegation of authority by the visa officer in this case. Nor was there any acceding to advice from head office (or adhering to general directives) particular to the case at hand. In failing to award units for arranged employment, without information from the National Employment Service, the visa officer did what he was required to do in accord with item 5 of Schedule I. Insistence on following departmental administrative procedures for initiating steps to obtain that information was not, in my view, delegating decision-making authority to the National Employment Service. Nor was it improper fettering of discretion vested in the visa officer. While those procedures for initial steps to obtain the information are not specifically authorized by

En outre, le pouvoir ultime d'accorder dix points pour l'emploi réservé demeure entre les mains de l'agent des visas. Selon l'article 5 de l'annexe I, l'agent des visas doit aussi déterminer jusqu'à quel point la requérante sera en mesure de respecter les exigences réglementaires et les exigences liées à l'octroi de permis en ce qui a trait à l'emploi offert. Cependant, d'après le libellé de ce même article, il ne serait pas approprié que l'agent des visas accorde des points pour l'emploi réservé avant que les renseignements devant être obtenus du Service national de placement selon l'article 5 de l'annexe I ne soient disponibles. Le Règlement et les faits sur lesquels la Cour doit se prononcer en l'espèce sont différents de ceux de l'arrêt *Muliadi*.

La requérante a également cité l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Ho*, (décision encore inédite, C.A.F., dossier numéro A-187-89), où la décision initiale de l'agent des visas concernant l'attribution des points selon l'annexe I a été modifiée suivant l'avis de l'administration centrale. La Cour d'appel a confirmé la délivrance d'une ordonnance de *certiorari* et le juge Mahoney, J.C.A., s'est exprimé comme suit au nom de la Cour [aux pages 1 et 2]:

Un agent des visas ne saurait tenir compte de directives générales qui n'ont pas force de loi, ni d'instructions particulières en l'espèce qui émanent du siège central. Celles-ci entravent à tort l'exercice de la discrétion que lui a conférée le Parlement, et non la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada.

À mon avis, il n'y a pas eu de délégation illégale de pouvoir de la part de l'agent des visas en l'espèce. Celui-ci n'a pas souscrit non plus à un avis de l'administration centrale (ni n'a respecté des directives générales) se rapportant particulièrement au présent litige. En omettant d'attribuer des points pour l'emploi réservé sans avoir obtenu de renseignements du Service national de placement, l'agent des visas a fait ce qu'il devait faire conformément à l'article 5 de l'annexe I. En insistant sur le respect de la procédure administrative du Ministère concernant les démarches à entreprendre pour l'obtention de ces renseignements, il n'a pas délégué un pouvoir décisionnel au Service national de placement. Il ne s'agit pas non plus d'un cas d'entrave au pouvoir discrétionnaire dont l'agent des visas est investi. Bien que la procédure relative aux mesures initiales à prendre pour obtenir les renseignements ne soit pas expressément

the Regulations, they are not, as I have already indicated, in conflict or inconsistent with the Regulations.

I turn to the final argument raised by the applicant, that the administrative system instituted by CEIC for considering arranged employment wrongfully deprives an applicant for immigration from demonstrating the likelihood of becoming successfully established in Canada. On the evidence before me I believe this submission has two aspects to be considered.

The first aspect concerns the process in general. In view of the authority of the Governor General in Council under paragraph 114(1)(a) of the Act, and the Regulations enacted thereunder, and in particular the assessment criteria established by Schedule I to the Regulations, the general process, in my view, is not inconsistent with the Act and Regulations. It is true that to be awarded ten units of assessment for arranged employment, the applicant must follow a process requiring a prospective employer to provide information to a local CEC office which may validate the arranged employment by certification of the opinion of an employment officer that employment of the applicant immigrant on the arrangements offered will not adversely affect the employment opportunities for Canadian citizens or permanent residents in Canada. That requirement falls clearly within paragraph 114(1)(a) of the Act as a matter within "labour market conditions in Canada, for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada". The fact that the process must be initiated by the prospective employer in accord with CEIC administrative procedures, and to that extent the furnishing of required documentation is beyond the complete control of the applicant, as I have indicated, does not conflict, nor is it inconsistent, with the Regulations. Moreover, there are other criteria within Schedule I for which consideration, and units assessed depend upon factors and information not within the complete control of the applicant, for example item 4, "Occupational Demand", "determined by taking into account labour market demand on both an area and national basis", item 6 [as am. by SOR/85-1038, s. 8], "Demographic Factor", "determined by the

autorisée par le Règlement, elle n'est pas, comme je l'ai déjà indiqué, incompatible avec celui-ci ni n'est contraire à ses dispositions.

^a En dernier lieu, la requérante allègue que le système administratif qu'a établi la CEIC pour l'évaluation de l'emploi réservé prive erronément une personne qui présente une demande d'immigration de la possibilité de prouver qu'elle a toutes les chances voulues de s'établir avec succès au Canada. À la lumière de la preuve présentée devant moi, je suis d'avis que cet argument doit être examiné sous deux aspects.

^c Le premier aspect concerne la procédure générale. À mon sens, compte tenu du pouvoir dont le gouverneur général en conseil est investi en vertu de l'alinéa 114(1)a) de la Loi et du Règlement établi sous l'autorité de cette disposition, et surtout ^d des critères d'évaluation prescrits à l'annexe I du Règlement, la procédure générale n'est pas incompatible avec la Loi et le Règlement. Il est vrai que, pour obtenir dix points d'appréciation pour le critère de l'emploi réservé, la requérante doit suivre ^e une procédure qui exige de l'employeur éventuel qu'il fournisse des renseignements à un bureau local du CEC, lequel pourra valider l'emploi réservé en attestant l'avis d'un agent d'emploi selon lequel l'emploi offert à la requérante ne ^f nuira pas aux possibilités d'emploi des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada. Cette exigence est manifestement comprise dans l'alinéa 114(1)a) de la Loi comme étant une question qui relève de la «situation du marché du ^g travail au Canada, dans le but de déterminer si un immigrant pourra réussir son installation au Canada». Le fait que les démarches doivent être entreprises par l'employeur éventuel conformément à la procédure administrative de la CEIC et ^h que, dans cette mesure, la communication des documents requis ne puisse être contrôlée entièrement par la requérante, comme je l'ai indiqué, n'est pas incompatible avec le Règlement ni ne ⁱ contrevient à celui-ci. En outre, l'annexe I prévoit d'autres critères dont l'examen et l'évaluation dépendent de facteurs et de renseignements qui ne relèvent pas uniquement du contrôle de la requérante, par exemple, le critère de la «Demande dans ^j la profession» (article 4), qui est déterminé «en tenant compte de la demande tant nationale que régionale sur le marché du travail», et le «facteur

Minister after consultation with the provinces” and others.

The second aspect of this submission of the applicant raises the question of the detailed factors to be assessed by an employment officer in providing his certified opinion that, if such be his opinion, the employment of the applicant will not adversely affect the employment opportunities of Canadian citizens and permanent residents. Counsel for the applicant points to a “Canada First” policy and in cross-examination of Greenhill on his affidavit alluded to administrative rules of the National Employment Service which created difficulties, in his view, for prospective employers.

In a strict sense, since the process of initiating the consideration by an employment officer was not undertaken in this case, there are no clear cut facts upon which to consider in detail the factors to be considered. Nevertheless, since the evidence before me is somewhat confusing I propose to comment upon the factors that, in my view, may be properly considered in light of the Act and Regulations, in relation to item 5 in Schedule I, “Arranged Employment. That provision includes three factors to be considered by a visa officer, including two, admittedly general factors, to be considered on the basis of information provided by the National Employment Service. It should be clear that those are the only factors to be considered, perhaps aside from an unspecified but implicit factor, that the employment offered be *bona fide*.

In the affidavit of David Greenhill describing the process followed by the National Employment Service, paragraph 8 refers to the factors given consideration. That list seems to me to go beyond the more limited list in item 5 of Schedule I. In fact, Greenhill’s list appears to reflect most closely a list of factors set out in the Employment Manual for considering authorization for a temporary foreign worker (Manual, section 17.03, 2)c), rather than a more limited list provided in the same manual (Manual, section 17.10, 3)) of factors to be considered “[t]o advise immigration officers whether the entry of a foreign worker will adversely affect employment and career opportunities for

démographique» (article 6 [mod. par DORS/85-1038, art. 8]), qui est déterminé «selon ce qu’établit le ministre après avoir consulté les provinces» et d’autres personnes et organisations.

^a Le second aspect de cet argument de la requérante porte sur les facteurs précis que l’agent d’emploi doit évaluer pour fournir son avis attesté selon lequel, le cas échéant, l’emploi de la requérante ne nuira pas aux possibilités d’emploi des citoyens canadiens et des résidents permanents du Canada. L’avocat de la requérante fait allusion à une politique «axée sur le Canada d’abord» et, lorsqu’il a contre-interrogé Greenhill sur son affidavit, il a fait mention des règles administratives du Service national de placement qui, à son avis, posent des embûches aux employeurs éventuels.

^d Au sens strict, étant donné que les démarches menant à l’examen par un agent d’emploi n’ont pas été entreprises dans ce cas-ci, il n’y a pas de faits clairs à la lumière desquels l’examen détaillé des facteurs peut avoir lieu. Néanmoins, puisque la preuve présentée devant moi est quelque peu confuse, j’ai l’intention de commenter les facteurs qui, à mon sens, peuvent être examinés à bon droit à la lumière de la Loi et du Règlement à l’égard du critère mentionné à l’article 5 de l’annexe I, soit l’«Emploi réservé». Selon cette disposition, l’agent des visas doit examiner trois facteurs, et deux de ceux-ci qui, de l’aveu général, sont des facteurs généraux, doivent être évalués à la lumière des renseignements fournis par le Service national de placement. Il est certain que ce sont là les seuls facteurs à examiner, sauf peut-être si l’on excepte un facteur non mentionné, mais implicite, celui de l’authenticité de l’offre d’emploi.

^h Dans son affidavit dans lequel il décrit la procédure suivie par le Service national de placement, David Greenhill fait mention, au paragraphe 8, des facteurs examinés. Cette liste me semble aller au-delà de la liste plus restreinte de l’article 5 de l’annexe I. Effectivement, la liste de Greenhill semble correspondre davantage à la liste des facteurs énoncés dans le Guide de l’emploi pour l’examen de l’autorisation relative à un travailleur étranger (Guide, section 17.03, 2)c) qu’à une liste plus restreinte (prévues dans le même Guide, à la section 17.10, 3)) des facteurs à examiner «[p]our informer les agents d’immigration sur la possibilité d’effets négatifs de l’arrivée de travailleurs étran-

Canadians". Both lists seem to reflect factors to be considered in accord with section 20 of the Regulations, concerning the issue of an employment authorization, to persons other than Canadian citizens or permanent residents in Canada who have a right to work. That section is not relevant at all, in my view, to the case at hand, yet the respondents argue as if it is applicable. It may be, as the affidavit and cross-examination of Greenhill seem to indicate, that CEIC follows the same process for considering authorization of arranged employment for an applicant immigrant seeking permanent residence status, and for considering an employment authorization for a person already in Canada on a temporary basis. In any event, subsection 20(3) sets out factors to be considered in forming an opinion for the purpose of paragraph (1)(a) (i.e., paragraph 20(1)(a)) and these include "(a) whether the prospective employer has made reasonable efforts to hire or train Canadian citizens or permanent residents for the employment". This introduces, more precisely than item 5 of Schedule I, a "Canada First component", by implication at least, so that available Canadian citizens or permanent residents are first offered any job opportunities before authorization is given for employment of a foreign worker. While that may be a worthwhile objective of the National Employment Service, in my view, it is not, particularly as it refers to training, clearly within the factors to be considered in relation to item 5 of Schedule I. I do not think it appropriate, in light of item 5 of Schedule I, to insist that the prospective employer of an applicant/immigrant should first be expected to train persons already in Canada before authorization is given to arranged employment. Nor, in my view, would it be appropriate to insist in practice upon any standard minimum period for a prospective employer to seek, unsuccessfully, an employee through the CEC services before concluding that he had made reasonable efforts to hire Canadian citizens or permanent residents. Rather, the employment officer must be prepared to look at whatever evidence the prospective employer

gers sur l'emploi et les possibilités de carrière des Canadiens». Les deux listes semblent être des listes des facteurs à examiner conformément à l'article 20 du Règlement au sujet de la question de la délivrance d'un permis de travail à des personnes autres que des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada qui ont le droit de travailler. À mon avis, cette disposition n'est nullement pertinente en l'espèce, et pourtant, les intimés plaident leur cause comme si elle s'appliquait. Il est possible, comme l'affidavit et le contre-interrogatoire de Greenhill semblent l'indiquer, que la CEIC suive la même procédure pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une autorisation relative à un emploi réservé à un immigrant qui demande le statut de résident permanent et d'accorder un permis de travail à une personne qui se trouve déjà au Canada sur une base temporaire. À tout événement, le paragraphe 20(3) énumère les facteurs que l'agent d'immigration doit examiner pour se former une opinion aux fins de l'alinéa 1a) (c'est-à-dire l'alinéa 20(1)a)) et ces facteurs comprennent la question de savoir «a) si l'employeur éventuel a fait des efforts raisonnables pour embaucher ou former des citoyens canadiens ou des résidents permanents». Cette disposition a pour effet d'ajouter, plus précisément que ne le fait l'article 5 de l'annexe I, un «élément axé sur le Canada d'abord», du moins implicitement, de sorte que les possibilités d'emploi soient d'abord offertes aux citoyens canadiens ou aux résidents permanents du Canada qui sont disponibles avant qu'un permis de travail ne soit délivré à un travailleur étranger. Même s'il s'agit peut-être là d'un objectif valable du Service national de placement, ce critère ne fait pas clairement partie, notamment dans la mesure où il se rapporte à la formation, des facteurs à examiner à l'égard de l'article 5 de l'annexe I. Compte tenu de cette dernière disposition, il ne m'apparaît pas approprié d'exiger que l'employeur éventuel d'un requérant/immigrant forme des personnes qui se trouvent déjà au Canada avant d'accorder une autorisation à l'égard d'un emploi réservé. Il ne serait pas approprié non plus, à mon avis, d'imposer en pratique une période minimale uniforme au cours de laquelle un employeur éventuel aura recherché, sans succès, un employé par l'entremise des services d'un CEC avant de conclure qu'il a fait des efforts raisonnables pour embaucher des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada.

may have of his efforts to hire Canadian citizens or permanent residents.

Thus, in the detail of factors to be considered by the National Employment Service in considering matters within item 5 of Schedule I of the Regulations, the Service must be careful to consider only those matters which can be justified as being clearly within the factors set out in the Schedule. I infer that this is recognized by CEIC, and the respondent Minister, from the Employment Manual, section 17.10, 3) which includes a relatively brief list of examples of current labour market information to be considered in advising immigration officers whether the entry of a foreign worker will adversely affect employment [and career] opportunities for Canadians, and, I assume, permanent residents.

Conclusion

I conclude that the visa officer fulfilled his duty in this case in assessing the application of Ms. D'Souza on the basis of the information contained in the application and accompanying it. There was no implied duty on the visa officer to request information directly, on his own initiative, from the National Employment Service about the applicant's reported arranged employment. The visa officer was entitled to rely on departmental procedures which are not in conflict or inconsistent with the *Immigration Act* and Regulations. In my view, there was no wrongful delegation of discretion by the visa officer under the departmental procedures, nor was the visa officer's discretion wrongly fettered by those procedures. Finally, it is my view that the National Employment Service (CEC) must have scrupulous regard to the limited range of factors to be considered under item 5 of Schedule I of the *Immigration Regulations, 1978*

L'agent d'emploi doit plutôt être prêt à examiner tous les éléments de preuve que l'employeur éventuel présente au sujet des efforts qu'il a faits pour embaucher des citoyens canadiens ou des résidents permanents du Canada.

Ainsi, lorsque le Service national de placement évalue des facteurs précis aux fins de l'examen des questions prévues à l'article 5 de l'annexe I du Règlement, il doit prendre soin d'examiner uniquement les points dont on peut établir qu'ils sont manifestement compris dans les facteurs énumérés à l'annexe. J'en conclus que la CEIC reconnaît cette obligation, tout comme le ministre intimé, si j'en juge par la section 17.10, 3) du Guide de l'emploi, qui comporte une liste relativement courte d'exemples de renseignements à examiner au sujet de la situation du marché du travail pour aviser les agents d'immigration sur la possibilité d'effets négatifs de l'arrivée de travailleurs étrangers sur l'emploi et les possibilités de carrière des Canadiens et, je présume, des résidents permanents du Canada.

Conclusion

Je suis d'avis que l'agent des visas s'est conformé à son obligation en l'espèce en évaluant la demande de M^{me} D'Souza sur la foi des renseignements qui s'y trouvaient et qui y étaient joints. L'agent des visas n'était pas implicitement tenu de demander des renseignements directement, de son propre chef, au Service national de placement au sujet de l'emploi réservé que la requérante a déclaré. L'agent des visas avait le droit d'appliquer la procédure ministérielle qui n'est pas incompatible avec la *Loi sur l'immigration* et le Règlement sur l'immigration. À mon avis, l'agent des visas n'a pas délégué de façon inappropriée son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur la procédure ministérielle et le pouvoir discrétionnaire en question n'a pas été indûment entravé par l'application de cette procédure. Enfin, je suis d'avis que le Service national de placement (CEC) doit tenir scrupuleusement compte de la gamme restreinte de

in providing information to a visa officer about arranged employment for an applicant seeking admission to Canada as a permanent resident.

a facteurs à examiner d'après l'article 5 de l'annexe I du *Règlement sur l'immigration de 1978* pour fournir des renseignements à un agent des visas au sujet de l'emploi réservé d'une personne qui présente une demande d'admission au Canada à titre de résidence permanente.

For the reasons thus set out, this application is dismissed and an order will go to that effect. Costs are awarded to the respondents.

Pour les motifs exprimés ci-dessus, la demande est rejetée et une ordonnance sera rendue en conséquence. Les dépens sont adjugés aux intimés.

A-336-90

A-336-90

Attorney General of Canada (Appellant)

v.

Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (Respondent)

INDEXED AS: ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE ACT (CAN.) (RE) (C.A.)

Court of Appeal, Urie, MacGuigan and Linden J.J.A.—Toronto, November 27, 28; Ottawa, December 18, 1990.

Construction of statutes — Royal Canadian Mounted Police Act, Parts VI, establishing RCMP Public Complaints Commission, and VII, creating statutory scheme for investigation of complaints — Appeal from trial judgment holding Parts VI and VII retrospective as enacted to protect public and within exception to presumption against retrospectivity set out by S.C.C. in Brosseau v. Alberta Securities Commission — Meaning of “retroactive” and “retrospective” — Brosseau distinguished — Limited exception to presumption where (1) statutory disqualification (2) based on past conduct (3) demonstrating continuing unfitness for privilege — Not applicable here as no continuing unfitness — Mischief and remedies legislation aimed at: exposure, punishment of wrongdoing by Force members and non-members and their protection against unfounded allegations — Parts VI, VII prospective — Legislation not escaping presumption as merely procedural — That Parts coming into force on different dates not significant — Executive, not Parliament, responsible for proclamation.

RCMP — Royal Canadian Mounted Police Act, Parts VI, establishing RCMP Public Complaints Commission, and VII, creating statutory scheme for investigation of public complaints — Appeal from stated case raising questions as to Commission’s jurisdiction to entertain complaints based on events occurring prior to coming into force of Parts VI and VII — Parts VI and VII not retrospective — Intended to protect public by exposure and punishment of wrongdoers and to protect Force members from unfounded allegations — Part VII imposing new disabilities and duties — New group (non-members) included in coverage — Not merely procedural as public scrutiny legislated for first time.

This was an appeal from the trial judgment upon a stated case holding that the new Parts VI and VII of the *Royal Canadian Mounted Police Act* were retrospective. Part VI,

Procureur général du Canada (appelant)

c.

Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (intimée)

RÉPERTORIÉ: LOI SUR LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA (CAN.) (RE) (C.A.)

Cour d’appel, juges Urie, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Toronto, 27 et 28 novembre; Ottawa, 18 décembre 1990.

Interprétation des lois — La partie VI de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada qui constitue la Commission des plaintes du public contre la GRC et la partie VII, qui crée la procédure légale d’enquête des plaintes — Appel du jugement de première instance par lequel il a été statué que les parties VI et VII étaient rétroactives parce qu’elles ont été adoptées pour protéger le public et qu’elles tombent sous le coup de l’exception à la présomption de non-rétroactivité énoncée par la C.S.C. dans l’arrêt Brosseau c. Alberta Securities Commission — Sens des termes «rétroactif» (retroactive) et «rétrospectif» (retrospective) — Distinction faite avec l’arrêt Brosseau — La présomption comporte une exception limitée lorsqu’il y a (1) une incapacité légale (2) fondée sur une conduite antérieure (3) qui démontre une inaptitude prolongée à bénéficier du privilège en question — Cette exception ne s’applique pas en l’espèce car il n’y a pas d’inaptitude prolongée — Le problème et les solutions sur lesquels portent les dispositions législatives sont les suivants: dénoncer et punir les actes illicites commis par des personnes qui sont membres de la GRC et par celles qui n’en font pas partie et les protéger des accusations injustifiées — Les parties VI et VII disposent pour l’avenir — Les dispositions législatives n’échappent pas à la présomption en tant que dispositions purement procédurales — Le fait que les parties VI et VII soient entrées en vigueur à des dates différentes est sans importance — C’est à l’exécutif, et non au Parlement, qu’il incombe de les promulguer.

GRC — La partie VI de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, qui constitue la Commission des plaintes du public contre la GRC et la partie VII, qui crée la procédure légale d’enquête des plaintes — Appel d’un jugement rendu à la suite du dépôt d’un mémoire spécial soulevant des questions quant à la compétence de la Commission pour statuer sur certaines plaintes fondées sur des événements survenus avant l’entrée en vigueur des parties VI et VII — Les parties VI et VII ne sont pas rétroactives — Elles visent à protéger le public en dénonçant et en punissant les contrevenants et à protéger le personnel de la Gendarmerie des accusations injustifiées — La partie VII impose de nouvelles incapacités et de nouvelles obligations — Un nouveau groupe (de personnes étrangères à la GRC) est inclus dans le champ d’application de la Loi — Les dispositions législatives ne sont purement procédurales, car le législateur a légiféré pour la première fois sur l’examen public.

Il s’agit d’un appel du jugement de première instance qui a été rendu à la suite du dépôt d’un mémoire spécial et par lequel il a été statué que les nouvelles parties VI et VII de la *Loi sur*

which was proclaimed in force December 18, 1986, established the RCMP Public Complaints Commission. Part VII was proclaimed in force September 30, 1988 and set out the statutory scheme for the investigation of public complaints about the conduct of Force members. Prior to the amending Act, there was only an internal review procedure established by administrative act of the Commissioner. The stated case raised questions as to the jurisdiction of the Commission to entertain complaints based upon facts occurring at various times prior to the coming into force of Parts VI, VII and the amending Act itself (assented to March 26, 1986). After finding that the amendments were not purely procedural, the Trial Judge applied *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, which recognized an exception to the general rule that statutes are *prima facie* prospective, applicable to enactments whose object is not to punish offenders but to protect the public, even though they may incidentally impose a penalty on a person related to a past event. MacKay J. concluded that as Parts VI and VII were enacted primarily to protect the public, and that any effect upon vested rights was subordinate to the public protection intended, the presumption against retrospectivity was rebutted. He found these conclusions supported by the necessary implication of the statute. The respondent supported the Trial Judge's reasoning with respect to his interpretation of *Brosseau* as establishing a public-interest exception to the presumption against retrospectivity, but contended that Parts VI and VII merely created a new procedure for the investigation of public complaints and that, as procedural legislation, the presumption against retrospective application of statutes did not apply. It argued that the absence of powers allowing the Commission to impose sanctions of any kind upon RCMP personnel showed the non-punitive and merely procedural character of Part VII. The appellant supported the Trial Judge's holding that Parts VI and VII were not merely procedural, but sought to limit his public-interest exception to the presumption against retrospectivity. The issues were whether *Brosseau* had been correctly interpreted and whether Parts VI and VII were merely procedural.

Held, the appeal should be allowed.

The Act is not retrospective, but prospective. The various dates referred to in the questions and complaints in the stated case were all before the operative time of the statute.

Since L'Heureux-Dubé J. in dealing with the retrospectivity question in *Brosseau* relied upon Driedger's work, *Construction of Statutes*, that author's analysis of "External Sources of Parliamentary Intent" and his subtle distinction between retroactivity and retrospectivity had to be scrutinized. A retroactive statute operates backwards, i.e. is operative as of a time prior to its enactment, either by being deemed to have come into force at a time prior to its enactment (e.g., budgetary measures) or by being expressed to be operative with respect to

la Gendarmerie royale du Canada étaient rétroactives. La partie VI, qui est entrée en vigueur le 18 décembre 1986, constitue la Commission des plaintes du public contre la GRC. La partie VII est entrée en vigueur le 30 septembre 1988 et elle prévoit la procédure légale d'enquête des plaintes portées par de simples citoyens contre la conduite de membres de la GRC. Avant la loi modificative, il existait seulement une procédure interne d'examen, qui avait été établie en vertu d'un texte administratif du commissaire. Le mémoire spécial soulevait des questions au sujet de la compétence de la Commission pour statuer sur certaines plaintes fondées sur des faits qui se seraient produits à diverses dates avant l'entrée en vigueur de la partie VI, de la partie VII et de la loi modificative elle-même (sanctionnée le 26 mars 1986). Après avoir conclu que les modifications n'étaient pas purement procédurales, le juge de première instance a appliqué l'arrêt *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, dans lequel on a reconnu qu'il existait une exception au principe général voulant que les lois ne disposent à première vue que pour l'avenir dans le cas des textes législatifs dont l'objet n'est pas de punir les contrevenants mais de protéger le public, même si ces textes législatifs peuvent accessoirement infliger une peine liée à un événement passé. Le juge MacKay a conclu que, comme les parties VI et VII avaient été adoptées dans le but principal de protéger le public et que tout effet sur les droits acquis était subordonné à la volonté de protéger le public, la présomption de non-rétroactivité était réfutée. Il a estimé que la loi appuyait, par déduction nécessaire, ces conclusions. L'intimée souscrit au raisonnement que le juge de première instance a suivi pour interpréter l'arrêt *Brosseau* en déclarant que cet arrêt crée une exception fondée sur l'intérêt public à la présomption de non-rétroactivité, mais elle prétend que les parties VI et VII ne créent rien de plus qu'une nouvelle procédure d'enquête des plaintes portées par de simples citoyens et que, comme il s'agit de dispositions de caractère procédural, la présomption de non-rétroactivité des lois ne s'applique pas. Elle affirme que l'absence de pouvoirs permettant à la Commission de prononcer des sanctions de quelque nature que ce soit contre le personnel de la GRC démontre le caractère non punitif et purement procédural de la partie VII. L'appelant appuie la conclusion du juge de première instance voulant que les parties VI et VII n'étaient pas purement procédurales, mais il tente de restreindre la portée de l'exception fondée sur l'intérêt public que le juge a établie en ce qui concerne la présomption de non-rétroactivité. Il s'agit de savoir si l'arrêt *Brosseau* a été correctement interprété et si les parties VI et VII sont purement procédurales.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

La Loi ne dispose pas pour le passé, mais pour l'avenir. Les diverses dates mentionnées dans les questions et les plaintes formulées dans le mémoire spécial sont toutes antérieures à la date à laquelle la loi a pris effet.

Comme le juge L'Heureux-Dubé a, dans l'arrêt *Brosseau*, examiné la question de la rétroactivité en citant l'ouvrage *Construction of Statutes* de Driedger, l'analyse faite par ce dernier au sujet des sources externes de l'intention du législateur et la subtile distinction qu'il fait entre les termes anglais *retroactivity* et *retrospectivity* méritent un examen minutieux. Une loi rétroactive (en anglais, *retroactive statute*) est une loi qui agit dans le passé, c'est-à-dire qui produit des effets à partir d'une date antérieure à son adoption, soit parce qu'elle est

past transactions as of a past time (e.g., acts of indemnity). A retrospective statute changes the law only for the future but looks backward by attaching new consequences to completed transactions. It opens up closed transactions and changes their consequences as of the future. A statute can be both retroactive and retrospective. The statute herein is not retroactive, though arguably retrospective.

In Driedger's analysis, the presumption against retrospectivity needs to be distinguished from that against vested rights. The former is *prima facie* and applies unless it is rebutted, unlike the latter which may be invoked only when a statute is reasonably susceptible of two meanings. Impairment of existing rights is a frequently intended consequence of statutes and therefore the presumption against non-interference with vested rights applies only in the case of ambiguity in the statutory language, i.e. one looks first to the statute, and then to the presumption only if the intent is unclear. He concluded that there are three kinds of retrospective statutes, the last of which imposed a penalty on a person who is described by reference to a prior event, but the penalty was not intended as further punishment for the event. This did not attract the presumption against retrospectivity. L'Heureux-Dubé J. delineated a sub-category thereof: enactments which may impose a penalty on a person related to a past event, so long as the goal of the penalty is not to punish the person but to protect the public. She then returned to Driedger for the statement that if the intent is to punish, the presumption applies, but if the punishment is intended to protect the public, the presumption does not apply. What this meant was that there is an exception to the presumption against retrospectivity where there is (1) a statutory disqualification, (2) based on past conduct, (3) which demonstrates a continuing unfitness for the privilege in question. This narrow exception to the general presumption was much more limited in scope than the Trial Judge's holding that an exception occurs whenever the statutory purpose may be conceptualized in broad terms as the protection of the public, whatever may be the effect upon the subordinate value of vested rights or interests. The actual holding of *Brosseau* had no application herein since there is no question of continuing unfitness.

There cannot be any public-interest or public-protection exception, writ large, to the presumption against retrospectivity because every statute can be said to be in the public interest or for the public protection. No Parliament ever deliberately legislates against the public interest but always visualizes its legislative innovations as being for the public good. If there is a public-interest exception it must be reducible to a matter of legislative intent (whether Parliament intended prospectivity or retrospectivity) whether derived from a presumption or from the statute itself.

réputée être entrée en vigueur à une date antérieure à sa promulgation (par ex. les mesures budgétaires), soit parce qu'elle porte uniquement sur des opérations passées, à compter d'une date donnée dans le passé (par ex. en matière d'indemnisation). Une loi «rétroactive» (en anglais *retrospective statute*) ne modifie le droit que pour l'avenir mais regarde en arrière en rattachant de nouveaux effets à des opérations terminées. Elle revient sur des opérations terminées et en change les conséquences pour l'avenir. Une loi peut être à la fois rétroactive et «rétroactive». La présente loi n'est pas rétroactive, même si l'on pourrait prétendre qu'elle est b «rétroactive».

Suivant l'analyse de Driedger, il faut distinguer entre la présomption de non-rétroactivité et la présomption du respect des droits acquis. La première est une présomption simple, qui joue tant qu'elle n'est pas réfutée, tandis que la dernière ne peut être invoquée que lorsqu'une loi est logiquement susceptible de deux interprétations. L'atteinte aux droits existants est une conséquence fréquemment voulue par le législateur, et la présomption du respect des droits acquis ne s'applique par conséquent que lorsque le texte de la loi est ambigu: il faut donc se tourner d'abord vers la loi, et ne faire intervenir la présomption qu'en second lieu, si l'intention n'est pas claire. Driedger conclut qu'il existe trois catégories de lois «rétroactives» et que, dans le cas de la dernière d'entre elles, une peine est infligée à une personne qui est décrite par rapport à un événement antérieur, mais la peine n'est pas destinée à constituer une autre punition pour l'événement. Cette catégorie ne donne pas lieu à la présomption de non-rétroactivité. Le juge L'Heureux-Dubé a précisé que le troisième type de lois comportait une sous-catégorie qui est composée des textes législatifs qui peuvent imposer à une personne une peine liée à un événement passé en autant que le but de la peine n'est pas de punir la personne en question mais de protéger le public. Elle cite à nouveau Driedger pour affirmer que si l'intention de la loi est de punir, la présomption joue, mais que si la punition est destinée à protéger le public, la présomption ne s'applique pas. Cela signifie que la présomption de non-rétroactivité comporte une exception lorsqu'il y a (1) une incapacité légale (2) fondée sur une conduite antérieure, (3) qui démontre une inaptitude prolongée à bénéficier du privilège en question. Cette exception limitée à la présomption générale a une portée beaucoup plus restreinte que ce qu'a déclaré le juge de première instance en statuant que l'exception joue chaque fois qu'on peut considérer que la loi vise, de façon générale, à protéger le public, quelles qu'en soient les conséquences sur la valeur subordonnée des droits ou des intérêts acquis. Le principe qui a été effectivement posé dans l'arrêt *Brosseau* ne saurait s'appliquer en l'espèce, étant donné qu'il n'est pas question d'une inaptitude prolongée.

La présomption de non-rétroactivité ne peut comporter d'exceptions fondées sur l'intérêt—ou, à plus grande échelle, sur la protection—du public parce que l'on peut affirmer que toute loi vise l'intérêt ou la protection du public. Aucun législateur ne légifère délibérément contre l'intérêt public, mais perçoit toujours ces innovations législatives comme favorisant le bien public. Si tant est qu'il existe une exception fondée sur l'intérêt public, elle doit par conséquent se ramener à une question d'intention du législateur (c'est-à-dire à la question de savoir si le législateur voulait que la loi agisse dans l'avenir ou dans le passé), qu'on puisse décaler cette intention d'une présomption ou de la loi elle-même.

Looking to the mischief it was designed to meet, and by analysing the provisions of the amending Act, particularly in relation to the antecedent Act, the legislation was intended to protect the public, by exposure and punishment of wrongdoers, and RCMP members and non-members from unsupported accusations. Part VII imposed new disabilities (as to reputation and discipline) and new duties (as to responding to complaints) on RCMP personnel, one of the purposes of which was punishment where fault was found. The inclusion of a whole new group in the coverage of possible disciplinary proceedings (non-members) and Parliament's extreme care in delineating protections for those complained against establish not only that it did not intend retrospective operation, but that it intended only prospective operation.

The presumption against retrospectivity does not apply to procedural legislation. The test for procedural legislation was established by La Forest J. in *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*: normally, rules of procedure do not affect the content or existence of an action or defence, but only the manner of its enforcement or use. Applying this test, the legislation at issue was not procedural. What was legislated was not just a manner of scrutiny, but the very existence of public scrutiny for the first time.

That the legislation came into force at different times with varying effects did not imply that Parliament intended any part of the Act to have retrospective effect. Proclamation is an executive act. The coming into force of legislation does not depend upon Parliament, but upon the executive. Parliament may have intended that the various parts of the amending Act should all come into force at the same time.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 2, 5, 10, 25, 26, Parts VI (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), VII (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

In re Athlumney, Ex parte Wilson, [1898] 2 Q.B. 547;
Nova, An Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et al., [1981] 2 S.C.R. 437; (1981), 32 A.R. 613; 128 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 391; 38 N.R. 381; *Quebec (Attorney General) v. Healey*,

Si l'on examine la situation que la Loi visait à réformer, et si l'on analyse les dispositions de la Loi modificative, particulièrement par rapport à la Loi précédente, on constate que les dispositions législatives visaient à protéger le public, en dénonçant et en punissant les contrevenants, et à protéger les personnes qui sont membres de la GRC et celles qui n'en font pas partie des accusations injustifiées portées contre elles. La partie VII impose au personnel de la GRC de nouvelles incapacités (quant à la réputation et à la discipline) et de nouvelles obligations (quant à la suite à donner aux plaintes), dans le but notamment de punir la personne qui se rend coupable d'une faute. Le fait que le législateur a assujéti un tout nouveau groupe (de personnes étrangères à la GRC) aux mesures disciplinaires qui peuvent être prises et le soin extrême qu'il a pris à énoncer en détail les mesures de protection dont bénéficient les personnes dont la conduite fait l'objet d'une plainte démontrent non seulement qu'il ne voulait pas que les dispositions législatives aient un effet rétroactif, mais qu'il voulait qu'elles ne disposent que pour l'avenir.

La présomption de non-rétroactivité ne s'applique pas aux dispositions législatives procédurales. Le critère permettant de savoir si on est en présence d'une disposition procédurale a été établi par le juge La Forest dans l'arrêt *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*: normalement, les règles de procédure n'ont pas d'effet sur le contenu ou sur l'existence d'une action ou d'un moyen de défense, mais seulement sur la manière de l'appliquer ou de l'utiliser. Si l'on applique ce critère, on conclut que les dispositions en litige n'étaient pas procédurales. Le législateur n'a pas légiféré uniquement sur la manière de scruter la conduite de certaines personnes, mais, pour la première fois, sur l'existence même de l'examen public.

Le fait que les dispositions législatives soient entrées en vigueur à différentes dates avec des résultats différents n'implique pas que le législateur voulait que l'une des parties de la Loi ait un effet rétroactif. La promulgation est un acte de l'exécutif. L'entrée en vigueur d'une loi ne dépend pas du législateur mais de l'exécutif. Il se peut bien que le législateur ait voulu que les diverses parties de la Loi modificative entrent toutes en vigueur au même moment.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), chap. I-11.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), chap. R-10, art. 2, 5, 10, 25, 26, partie VI (éditée par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 16), partie VII (éditée, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

In re Athlumney, Ex parte Wilson, [1898] 2 Q.B. 547;
Nova, An Alberta Corporation c. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et autres, [1981] 2 R.C.S. 437; (1981), 32 A.R. 613; 128 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 391; 38 N.R. 381; *Québec (Procureur général) c. Healy*, [1987] 1

[1987] 1 S.C.R. 158; (1987), 6 O.A.C. 56; 73 N.R. 288; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210.

DISTINGUISHED:

Brosseau v. Alberta Securities Commission, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1; *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.); *Re Royal Insurance Co. of Canada and Ontario Human Rights Commission et al.* (1985), 51 O.R. (2d) 797; 21 D.L.R. (4th) 764; 12 C.C.L.I. 297; [1985] I.L.R. 1-1944; 12 O.A.C. 206 (Div. Ct.); *R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p R*, [1989] 1 All ER 647 (Q.B.D.); *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; (1984), 12 D.L.R. (4th) 641; 14 C.C.C. (3d) 321; 55 N.R. 27; 5 O.A.C. 241.

REVERSED:

Royal Canadian Mounted Police Act (Can.) (Re), [1990] 2 F.C. 750 (T.D.).

CONSIDERED:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 75 N.R. 401; *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal et al.*, [1986] 1 S.C.R. 732; (1986), 66 N.R. 380; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; 57 D.L.R. 648; [1921] 1 W.W.R. 1154; *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47; *Snider v. Edmonton Sun et al.* (1988), 93 A.R. 26; 55 D.L.R. (4th) 211; 63 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.); *Reg. v. Vine* (1875), 10 L.R.Q.B. 195; *Re A Solicitor's Clerk*, [1957] 3 All E.R. 617 (Q.B.D.); *Barry and Brosseau v. Alberta Securities Commission* (1986), 67 A.R. 222; 25 D.L.R. (4th) 730; 24 C.R.R. 9 (C.A.).

REFERRED TO:

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.

AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, Vol. V, 1st Sess., 33rd Parl., 34 Eliz. II, 1985.
 Canada. *Report of the Commission of Inquiry Relating to Public Complaints, Internal Discipline and Grievance Procedure within the Royal Canadian Mounted Police*, Ottawa: Information Canada, 1976, (The Marin Commission Report).
 Côté, Pierre-André *The Interpretation of Legislation in Canada*, Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984.

R.C.S. 158; (1987), 6 O.A.C. 56; 73 N.R. 288; *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210.

DISTINCTION FAITE:

Brosseau c. Alberta Securities Commission, [1989] 1 R.C.S. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1; *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.); *Re Royal Insurance Co. of Canada and Ontario Human Rights Commission et al.* (1985), 51 O.R. (2d) 797; 21 D.L.R. (4th) 764; 12 C.C.L.I. 297; [1985] I.L.R. 1-1944; 12 O.A.C. 206 (C. div.); *R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p R*, [1989] 1 All ER 647 (Q.B.D.); *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; (1984), 12 D.L.R. (4th) 641; 14 C.C.C. (3d) 321; 55 N.R. 27; 5 O.A.C. 241.

DÉCISION INFIRMÉE:

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (Can.) (Re), [1990] 2 C.F. 750 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1977] 1 R.C.S. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 75 N.R. 401; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation et autres*, [1986] 1 R.C.S. 732; (1986), 66 N.R. 380; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; 57 D.L.R. 648; [1921] 1 W.W.R. 1154; *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47; *Snider v. Edmonton Sun et al.* (1988), 93 A.R. 26; 55 D.L.R. (4th) 211; 63 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.); *Reg. v. Vine* (1875), 10 L.R.Q.B. 195; *Re A Solicitor's Clerk*, [1957] 3 All E.R. 617 (Q.B.D.); *Barry and Brosseau v. Alberta Securities Commission*, (1986) 67 A.R. 222; 25 D.L.R. (4th) 730; 24 C.R.R. 9 (C.A.).

DÉCISION MENTIONNÉE:

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.

DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre de communes*, vol. V, 1^{re} sess., 33^e lég., 34 Eliz. II, 1985.
 Canada. *Rapport de la Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie royale du Canada*, Ottawa, Information Canada, 1976 (le rapport de la Commission Marin).
 Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264.
Maxwell on the Interpretation of Statutes, 12th ed. by P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969. a

Driedger, Elmer A., *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983.
 Driedger, Elmer A. «Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. Can* 264.
Maxwell on the Interpretation of Statutes, 12th ed. by P. St. J. Langan, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1969.

COUNSEL:

Barbara A. McIsaac, Q.C. for appellant.
Eleanore A. Cronk and Peter A. Downard for respondent. b

AVOCATS:

Barbara A. McIsaac, c.r., pour l'appellant.
Eleanore A. Cronk et Peter A. Downard pour l'intimée.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant. c
Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto, for respondent.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'appellant.
Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto, pour l'intimée.

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

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

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal from a judgment of MacKay J. of April 9, 1990 [[1990] 2 F.C. 750], upon a special case stated by the parties for the opinion of the Trial Division pursuant to paragraph 17(3)(b) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as to the retrospectivity of new Parts VI and VII of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 ("the Act"), which were introduced by an amending Act assented to March 26, 1986, S.C. 1986, c. 11 [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] ("the amending Act"). Part VI of the Act merely established the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission ("the Commission"), the respondent herein. Part VII is the operative part of the public complaints process. By it the Commission was authorized to entertain complaints by members of the public concerning the conduct, in the performance of any duty or function under the Act, of any member of the Royal Canadian Mounted Police ("the RCMP") or any other person appointed or employed under the authority of the Act. e f g h i

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: La Cour statue sur l'appel interjeté du jugement rendu le 9 avril 1990 par le juge MacKay [[1990] 2 C.F. 750] à la suite du dépôt d'un mémoire spécial que les parties ont soumis à la Section de première instance en vertu de l'alinéa 17(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, au sujet de la rétroactivité des nouvelles parties VI et VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), chap. R-10, («la Loi»), qui ont été ajoutées aux termes d'une loi modificative qui a été sanctionnée le 26 mars 1986, S.C. 1986, chap. 11 [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 16] («la Loi modificative»). La partie VI de la Loi constituait simplement la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada («la Commission»), l'intimée à la présente action. La partie VII renferme les dispositions essentielles de la procédure de traitement des plaintes du public. Elle autorise la Commission à statuer sur les plaintes déposées par des membres du public au sujet de la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues par la Loi, d'un membre de la Gendarmerie royale du Canada («la GRC») ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la Loi. j

Part VI was proclaimed in force as of December 18, 1986; Part VII as of September 30, 1988.

La partie VI est entrée en vigueur le 18 décembre 1986, et la partie VII, le 30 septembre 1988.

The stated case raised specific questions as to the jurisdiction of the Commission to entertain certain complaints concerning the conduct of members or employees of the RCMP based upon facts alleged to have occurred at various times prior to the coming into force of Part VII, Part VI and the amending Act itself respectively.

In the agreed statement of facts, the six stated complaints were divided into three categories (A, B and C) representing the three general situations which gave rise to the retrospectivity issue.

In each of the three category A complaints the conduct complained of allegedly occurred before the date of proclamation of Part VII but after the date of proclamation of Part VI. As well, complaint A-2 had been disposed of under the old RCMP Act prior to the proclamation of Part VII.

In the one complaint in the B category the conduct complained of allegedly occurred before the date of proclamation of Part VI, but after the date of royal assent to the amending Act. The complaint had also been disposed of under the old Act before the proclamation of Part VII.

In the two category C complaints the conduct complained of allegedly occurred before the date of royal assent to the amending Act. In complaint C-1 the complainant had previously complained to the RCMP and was informed by it after the proclamation of Part VII that the Force would take no further steps with respect to his complaint.

Since in my view the details of the complaints are not relevant to the decision to be reached, I set them out only in an Appendix.

I

The relevant sections of the Act are as follows:

2. (1) In this Act,

“Commission” means the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission established by section 45.29;

Le mémoire spécial soulevait des questions précises quant à la compétence de la Commission pour statuer sur certaines plaintes concernant la conduite de membres ou d'employés de la GRC sur le fondement de faits qui se seraient produits à diverses dates avant l'entrée en vigueur de la partie VII, de la partie VI et de la Loi modificative elle-même respectivement.

Dans l'exposé conjoint des faits, les six plaintes qui ont été formulées sont divisées en trois catégories (A, B et C) qui correspondent aux trois situations générales qui ont donné lieu à la question de la rétroactivité.

Dans chacune des trois plaintes de la catégorie A, les actes reprochés auraient été accomplis avant la date de la promulgation de la partie VII mais après la date de la promulgation de la partie VI. Par ailleurs, la plainte A-2 avait été tranchée sous le régime de l'ancienne *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, avant la promulgation de la partie VII.

Dans la seule plainte que compte la catégorie B, l'acte reproché aurait été accompli avant la date de la promulgation de la partie VI, mais après la date à laquelle la Loi modificative a reçu la sanction royale. Cette plainte avait également été tranchée en vertu de l'ancienne Loi, avant la promulgation de la partie VII.

Dans les deux plaintes qui font partie de la catégorie C, l'acte reproché aurait été accompli avant la date à laquelle la Loi modificative a reçu la sanction royale. Dans la plainte C-1, le plaignant avait déjà porté plainte devant la GRC, qui l'avait informé, après la promulgation de la partie VII, que la Gendarmerie ne prendrait pas d'autre mesure à l'égard de sa plainte.

Étant donné qu'à mon avis les détails des plaintes ne sont pas pertinents à la décision à rendre, je ne les reproduis qu'en annexe.

i

Voici les dispositions pertinentes de la Loi:

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

j

«Commission» La Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada constituée par l'article 45.29.

“Commission Chairman” means the Chairman of the Commission;

“Commissioner” means the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police;

“Force” means the Royal Canadian Mounted Police;

Commissioner

5. (1) The Governor in Council may appoint an officer, to be known as the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police, who, under the direction of the Minister, has the control and management of the Force and all matters connected therewith.

PART VI

ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE PUBLIC COMPLAINTS COMMISSION

Establishment and Organization of Commission

45.29 (1) There is hereby established a commission, to be known as the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission, consisting of a Chairman, a Vice-Chairman, a member for each contracting province and not more than three other members, to be appointed by order of the Governor in Council.

(6) No member of the Force is eligible to be appointed or to continue as a member of the Commission.

45.3 (1) The Commission Chairman is the chief executive officer of the Commission and has supervision over and direction of the work and staff of the Commission.

Annual Report

45.34 The Commission Chairman shall, within three months after the end of each fiscal year, submit to the Minister a report of the activities of the Commission during that year and its recommendations, if any, and the Minister shall cause a copy of the report to be laid before each House of Parliament on any of the first fifteen days on which that House is sitting after the day the Minister receives it.

PART VII

PUBLIC COMPLAINTS

Receipt and Investigation of Complaints

45.35 (1) Any member of the public having a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act may, whether or not that member of the public is affected by the subject-matter of the complaint, make the complaint to

- (a) the Commission;
- (b) any member or other person appointed or employed under the authority of this Act; or

«Commissaire» Le Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada.

^a «Gendarmerie» La Gendarmerie royale du Canada.

Commissaire

^b 5. (1) Le gouverneur en conseil peut nommer un officier, appelé commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, qui, sous la direction du ministre, a pleine autorité sur la Gendarmerie et tout ce qui s’y rapporte.

^c

PARTIE VI

COMMISSION DES PLAINTES DU PUBLIC CONTRE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA

Constitution et organisation de la Commission

^d 45.29 (1) Est constituée la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada composée d’un président, d’un vice-président, d’un représentant de chacune des provinces contractantes et d’au plus trois autres membres, nommés par décret du gouverneur en conseil.

^e

(6) Un membre de la Gendarmerie ne peut faire partie de la Commission.

^f 45.3 (1) Le président de la Commission en assure la direction et contrôle la gestion de son personnel.

Rapport annuel

^g 45.34 Le président de la Commission présente au ministre, dans les trois premiers mois de chaque exercice, le rapport d’activité de la Commission pour l’exercice précédent, et y joint ses recommandations, le cas échéant. Le ministre le fait déposer devant chaque Chambre du Parlement dans les quinze premiers jours de séance de celle-ci suivant sa réception.

^h

PARTIE VII

PLAINTES DU PUBLIC

Réception et enquête

ⁱ 45.35 (1) Tout membre du public qui a un sujet de plainte concernant la conduite, dans l’exercice de fonctions prévues à la présente loi, d’un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de celle-ci peut, qu’il en ait ou non subi un préjudice, déposer une plainte auprès soit:

- ^j a) de la Commission;
- b) d’un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la présente loi;

(c) the provincial authority in the province in which the subject-matter of the complaint arose that is responsible for the receipt and investigation of complaints by the public against police.

(2) Every complaint under subsection (1) shall be acknowledged in writing, if the complaint is in writing or if the complainant requests that the complaint be so acknowledged.

(3) The Commissioner shall be notified of every complaint under subsection (1).

(4) Forthwith after being notified of a complaint under subsection (3), the Commissioner shall notify in writing the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint of the substance of the complaint unless, in the Commissioner's opinion, to do so might adversely affect or hinder any investigation that is being or may be carried out in respect of the complaint.

45.36 (1) The Commissioner shall consider whether a complaint under subsection 45.35(1) can be disposed of informally and, with the consent of the complainant and the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint, may attempt to so dispose of the complaint.

(2) No answer or statement made, in the course of attempting to dispose of a complaint informally, by the complainant or the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint shall be used or receivable in any criminal, civil or administrative proceedings other than, where the answer or statement was made by a member, a hearing under section 45.1 into an allegation that with intent to mislead the member gave the answer or statement knowing it to be false.

(3) Where a complaint is disposed of informally, a record shall be made of the manner in which the complaint was disposed of, the complainant's agreement to the disposition shall be signified in writing by the complainant and the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint shall be informed of the disposition.

(4) Where a complaint is not disposed of informally, the complaint shall be investigated by the Force in accordance with rules made pursuant to section 45.38.

(5) Notwithstanding any other provision of this Part, the Commissioner may direct that no investigation of a complaint under subsection 45.35(1) be commenced or that an investigation of such a complaint be terminated if, in the Commissioner's opinion,

(a) the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided under any other Act of Parliament;

(b) the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith; or

(c) having regard to all the circumstances, investigation or further investigation is not necessary or reasonably practicable.

(6) Where the Commissioner makes a direction in respect of a complaint pursuant to subsection (5), the Commissioner shall give notice in writing to the complainant and, if the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint has been notified under subsection 45.35(4), to that member or other person, of the direction and the reasons

c) de l'autorité provinciale dans la province d'origine du sujet de plainte, compétente pour recevoir des plaintes et faire enquête.

(2) Il est accusé réception par écrit des plaintes déposées conformément au paragraphe (1), si le plaignant le demande ou si la plainte a été faite par écrit.

(3) Toutes les plaintes sont portées à l'attention du commissaire.

(4) Dès qu'il est avisé du dépôt d'une plainte, le commissaire avise par écrit le membre ou l'autre personne, dont la conduite fait l'objet de la plainte, de la teneur de celle-ci, pour autant qu'il soit d'avis qu'une telle mesure ne risque pas de nuire à la conduite d'une enquête sur la question.

45.36 (1) Le commissaire doit considérer si la plainte peut être réglée à l'amiable et, moyennant le consentement du plaignant et du membre ou de la personne visés par la plainte, il peut tenter de la régler ainsi.

(2) Les réponses ou déclarations faites, dans le cadre d'une tentative de règlement à l'amiable, par le plaignant ou par le membre ou l'autre personne, dont la conduite fait l'objet de la plainte, ne peuvent être utilisées ni ne sont recevables dans des poursuites pénales, civiles ou administratives, sauf s'il s'agit d'une audience tenue en vertu de l'article 45.1 portant sur l'allégation selon laquelle un membre a fait une telle réponse ou déclaration, qu'il savait fausse, dans l'intention de tromper.

(3) Tout règlement amiable doit être consigné et approuvé par écrit par le plaignant; il doit de plus être notifié au membre ou à la personne visés par la plainte.

(4) À défaut d'un tel règlement, la plainte fait l'objet d'une enquête par la Gendarmerie selon les règles établies en vertu de l'article 45.38.

(5) Par dérogation aux autres dispositions de la présente partie, le commissaire peut refuser qu'une plainte fasse l'objet d'une enquête ou ordonner de mettre fin à une enquête déjà commencée si, à son avis:

a) il est préférable de recourir, au moins initialement, à une procédure prévue par une autre loi fédérale;

b) la plainte est futile ou vexatoire ou a été portée de mauvaise foi;

c) compte tenu des circonstances, il n'est pas nécessaire ou raisonnablement praticable de procéder à une enquête ou de poursuivre l'enquête déjà commencée.

(6) Le commissaire, s'il rend une décision conformément au paragraphe (5), transmet au plaignant et, lorsqu'ils ont été avisés conformément au paragraphe 45.35(4), au membre ou à l'autre personne dont la conduite fait l'objet de la plainte, un avis écrit de la décision, de ses motifs et du droit du plaignant

therefor and the right of the complainant to refer the complaint to the Commission for review if the complainant is not satisfied with the direction.

45.37 (1) Where the Commission Chairman is satisfied that there are reasonable grounds to investigate the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act, the Commission Chairman may initiate a complaint in relation thereto and where the Commission Chairman does so, unless the context otherwise requires, a reference hereafter in this Part to a complainant includes a reference to the Commission Chairman.

(2) The Commission Chairman shall notify the Minister and the Commissioner of any complaint initiated under subsection (1).

(3) Forthwith after being notified of a complaint under subsection (2), the Commissioner shall notify in writing the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint of the substance of the complaint unless, in the Commissioner's opinion, to do so might adversely affect or hinder any investigation that is being or may be carried out in respect of the complaint.

(4) A complaint under subsection (1) shall be investigated by the Force in accordance with rules made pursuant to section 45.38.

45.38 The Commissioner may make rules governing the procedures to be followed by the Force in notifying persons under this Part and investigating, disposing of or otherwise dealing with complaints under this Part.

45.39 The Commissioner shall notify in writing the complainant and the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint of the status of the investigation of the complaint to date not later than forty-five days after being notified of the complaint and monthly thereafter during the course of the investigation unless, in the Commissioner's opinion, to do so might adversely affect or hinder any investigation that is being or may be carried out in respect of the complaint.

45.4 On completion of the investigation of a complaint, the Commissioner shall send to the complainant and the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint a report setting out

- (a) a summary of the complaint;
- (b) the results of the investigation;
- (c) a summary of any action that has been or will be taken with respect to resolution of the complaint; and
- (d) in the case of a complaint under subsection 45.35(1), the right of the complainant to refer the complaint to the Commission for review if the complainant is not satisfied with the disposition of the complaint by the Force.

Reference to Commission

45.41 (1) A complainant under subsection 45.35(1) who is not satisfied with the disposition of the complaint by the Force or with a direction under subsection 45.36(5) in respect of the complaint may refer the complaint in writing to the Commission for review.

de renvoyer sa plainte devant la Commission pour examen, en cas de désaccord.

45.37 (1) Le président de la Commission peut porter plainte contre un membre ou toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la présente loi, s'il est fondé à croire qu'il faudrait enquêter sur la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, de ce membre ou de cette personne. En pareil cas, sauf si le contexte s'y oppose, le mot «plaignant», employé ci-après dans la présente partie, s'entend en outre du président de la Commission.

(2) Le président de la Commission avise le ministre et le commissaire des plaintes qu'il porte en vertu du paragraphe (1).

(3) Dès qu'il est avisé d'une plainte conformément au paragraphe (2), le commissaire avise par écrit le membre ou l'autre personne, dont la conduite fait l'objet de la plainte, de la teneur de celle-ci, pour autant qu'il soit d'avis qu'une telle mesure ne risque pas de nuire à la conduite d'une enquête sur la question.

(4) Une plainte portée en vertu du paragraphe (1) fait l'objet d'une enquête menée par la Gendarmerie selon les règles établies en vertu de l'article 45.38.

45.38 Le commissaire peut établir des règles pour régir la procédure que doit suivre la Gendarmerie lorsqu'elle enquête sur une plainte ou tente de la régler, ou, de façon générale, lorsqu'elle traite d'une plainte.

45.39 Au plus tard quarante-cinq jours après avoir été avisé d'une plainte et, par la suite, tous les mois pendant la durée de l'enquête, le commissaire avise par écrit le plaignant et le membre ou l'autre personne dont la conduite fait l'objet de la plainte, de l'état d'avancement de l'enquête, pour autant qu'il soit d'avis qu'une telle mesure ne risque pas de nuire à la conduite de toute enquête sur la question.

45.4 Au terme de l'enquête, le commissaire transmet au plaignant et au membre ou à l'autre personne dont la conduite fait l'objet de la plainte un rapport comportant les éléments suivants:

- a) un résumé de la plainte;
- b) les résultats de l'enquête;
- c) un résumé des mesures prises ou projetées pour régler la plainte;
- d) s'il s'agit d'une plainte déposée en vertu du paragraphe 45.35(1), la mention du droit qu'a le plaignant, en cas de désaccord sur le règlement de la plainte par la Gendarmerie, de renvoyer la plainte devant la Commission pour examen.

Renvoi devant la Commission

45.41 (1) Le plaignant visé au paragraphe 45.35(1) qui n'est pas satisfait du règlement de sa plainte par la Gendarmerie ou de la décision rendue en vertu du paragraphe 45.36(5) à l'égard de sa plainte peut renvoyer par écrit sa plainte devant la Commission pour examen.

(2) Where a complainant refers a complaint to the Commission pursuant to subsection (1),

(a) the Commission Chairman shall furnish the Commissioner with a copy of the complaint; and

(b) the Commissioner shall furnish the Commission Chairman with the notice under subsection 45.36(6) or the report under section 45.4 in respect of the complaint, as the case may be, and such other materials under the control of the Force as are relevant to the complaint.

45.42 (1) The Commission Chairman shall review every complaint referred to the Commission pursuant to subsection 45.41(1) or initiated under subsection 45.37(1) unless the Commission Chairman has previously investigated, or instituted a hearing to inquire into, the complaint under section 45.43.

(2) Where, after reviewing a complaint, the Commission Chairman is satisfied with the disposition of the complaint by the Force, the Commission Chairman shall prepare and send a report in writing to that effect to the Minister, the Commissioner, the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint and, in the case of a complaint under subsection 45.35(1), the complainant.

(3) Where, after reviewing a complaint, the Commission Chairman is not satisfied with the disposition of the complaint by the Force or considers that further inquiry is warranted, the Commission Chairman may

(a) prepare and send to the Minister and the Commissioner a report in writing setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission Chairman sees fit;

(b) request the Commissioner to conduct a further investigation into the complaint; or

(c) investigate the complaint further or institute a hearing to inquire into the complaint.

45.43 (1) Where the Commission Chairman considers it advisable in the public interest, the Commission Chairman may investigate, or institute a hearing to inquire into, a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act, whether or not the complaint has been investigated, reported on or otherwise dealt with by the Force under this Part.

(2) Notwithstanding any other provision of this Part, where the Commission Chairman investigates, or institutes a hearing to inquire into, a complaint pursuant to subsection (1), the Force is not required to investigate, report on or otherwise deal with the complaint before the report under subsection (3) or the interim report under subsection 45.45(14) with respect to the complaint has been received by the Commissioner.

(3) On completion of an investigation under paragraph 45.42(3)(c) or subsection (1), the Commission Chairman shall prepare and send to the Minister and the Commissioner a report in writing setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission Chairman sees fit unless the Commission Chairman has instituted, or intends to institute, a hearing to inquire into the complaint under that paragraph or subsection.

45.44 (1) Where the Commission Chairman decides to institute a hearing to inquire into a complaint pursuant to

(2) En cas de renvoi devant la Commission conformément au paragraphe (1):

a) le président de la Commission transmet au commissaire une copie de la plainte;

a b) le commissaire transmet au président de la Commission l'avis visé au paragraphe 45.36(6) ou le rapport visé à l'article 45.4 relativement à la plainte, ainsi que tout autre document pertinent placé sous la responsabilité de la Gendarmerie.

45.42 (1) Le président de la Commission examine chacune des plaintes qui sont renvoyées devant la Commission conformément au paragraphe 45.41(1) ou qui sont portées en application du paragraphe 45.37(1), à moins qu'il n'ait déjà fait enquête ou convoqué une audience pour faire enquête en vertu de l'article 45.43.

(2) Après examen de la plainte, le président de la Commission, s'il est satisfait de la décision de la Gendarmerie, établit et transmet un rapport écrit à cet effet au ministre, au commissaire, au membre ou à l'autre personne dont la conduite fait l'objet de la plainte et, dans le cas d'une plainte en vertu du paragraphe 45.35(1), au plaignant.

(3) Après examen de la plainte, le président de la Commission, s'il n'est pas satisfait de la décision de la Gendarmerie ou s'il est d'avis qu'une enquête plus approfondie est justifiée, peut:

a) soit établir et transmettre au ministre et au commissaire un rapport écrit énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées;

b) soit demander au commissaire de tenir une enquête plus approfondie sur la plainte;

c) soit tenir une enquête plus approfondie ou convoquer une audience pour enquêter sur la plainte.

45.43 (1) Le président de la Commission peut, s'il estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte, tenir une enquête ou convoquer une audience pour enquêter sur une plainte portant sur la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de celle-ci, que la Gendarmerie ait ou non enquêté ou produit un rapport sur la plainte, ou pris quelque autre mesure à cet égard en vertu de la présente partie.

(2) Par dérogation aux autres dispositions de la présente partie, en cas d'enquête ou de convocation d'une audience conformément au paragraphe (1), la Gendarmerie n'est pas tenue d'enquêter ou de produire un rapport sur la plainte, ou de prendre quelque autre mesure à cet égard avant que le commissaire n'ait reçu le rapport visé au paragraphe (3) ou le rapport provisoire visé au paragraphe 45.45(14).

(3) Au terme de l'enquête prévue à l'alinéa 45.42(3)c) ou au paragraphe (1), le président de la Commission établit et transmet au ministre et au commissaire un rapport écrit énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées, à moins qu'il n'ait déjà convoqué une audience, ou se propose de le faire, pour faire enquête en vertu de cet alinéa ou paragraphe.

45.44 (1) Le président de la Commission, s'il décide de convoquer une audience pour enquêter sur une plainte en vertu

subsection 45.42(3) or 45.43(1), the Commission Chairman shall assign the member or members of the Commission to conduct the hearing and send a notice in writing of the decision to the Minister, the Commissioner, the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint and, in the case of a complaint under subsection 45.35(1), the complainant.

(2) Where a complaint that is to be the subject of a hearing concerns conduct occurring in the course of providing services pursuant to an arrangement entered into under section 20, the member of the Commission appointed for the province in which the conduct occurred shall be assigned, either alone or with other members of the Commission, to conduct the hearing.

45.45 (1) For the purposes of this section, the member or members conducting a hearing to inquire into a complaint are deemed to be the Commission.

(2) The Commission shall serve a notice in writing of the time and place appointed for a hearing on the parties.

(3) Where a party wishes to appear before the Commission, the Commission shall sit at such place in Canada and at such time as may be fixed by the Commission, having regard to the convenience of the parties.

(4) The Commission has, in relation to the complaint before it, the powers conferred on a board of inquiry, in relation to the matter before it, by paragraphs 24.1(3)(a), (b) and (c).

(5) The parties and any other person who satisfies the Commission that the person has a substantial and direct interest in a complaint before the Commission shall be afforded a full and ample opportunity, in person or by counsel, to present evidence, to cross-examine witnesses and to make representations at the hearing.

(6) The Commission shall permit any person who gives evidence at a hearing to be represented by counsel.

(7) In addition to the rights conferred by subsections (5) and (6), the appropriate officer may be represented or assisted at a hearing by any other member.

(8) Notwithstanding subsection (4), the Commission may not receive or accept

(a) subject to subsection (9), any evidence or other information that would be inadmissible in a court of law by reason of any privilege under the law of evidence;

(b) any answer or statement made in response to a question described in subsection 24.1(7), 35(8), 40(2), 45.1(11) or 45.22(8);

(c) any answer or statement made in response to a question described in subsection (9) in any hearing under this section into any other complaint; or

(d) any answer or statement made in the course of attempting to dispose of a complaint under section 45.36.

(9) In a hearing, no witness shall be excused from answering any question relating to the complaint before the Commission when required to do so by the Commission on the ground that the answer to the question may tend to criminate the witness or subject the witness to any proceeding or penalty.

(10) Where the witness is a member, no answer or statement made in response to a question described in subsection (9) shall be used or receivable against the witness in any hearing under section 45.1 into an allegation of contravention of the Code of

des paragraphes 45.42(3) ou 45.43(1), désigne le ou les membres de la Commission qui tiendront l'audience, transmet un avis écrit de sa décision au ministre et en signifie copie au ministre, au commissaire, au membre ou à l'autre personne dont la conduite fait l'objet de la plainte et, dans le cas d'une plainte en vertu du paragraphe 45.35(1), au plaignant.

(2) Dans les cas où la plainte faisant l'objet de l'audience porte sur la conduite, dans le cadre de services fournis en exécution d'arrangements conclus en vertu de l'article 20, le membre de la Commission représentant la province où la cause de la plainte a pris naissance doit être désigné, seul ou avec d'autres membres de la Commission, pour tenir l'audience.

45.45 (1) Pour l'application du présent article, le ou les membres qui tiennent l'audience sont réputés être la Commission.

(2) La Commission signifie aux parties un avis écrit de la date, de l'heure et du lieu de l'audience.

(3) Lorsqu'une partie désire comparaître devant la Commission, celle-ci siège à la date, à l'heure et à l'endroit au Canada qu'elle détermine eu égard à la situation des parties.

(4) La Commission dispose, relativement à la plainte dont elle est saisie, des pouvoirs dont jouit une commission d'enquête en vertu des alinéas 24.1(3)(a), (b) et (c).

(5) Les parties et toute personne qui convainc la Commission qu'elle a un intérêt direct et réel dans la plainte dont celle-ci est saisie doivent avoir toute latitude de présenter des éléments de preuve à l'audience, d'y contre-interroger les témoins et d'y faire des observations, soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un avocat.

(6) La Commission doit permettre aux témoins de se faire représenter à l'audience par avocat.

(7) L'officier compétent peut en outre se faire représenter ou assister à l'audience par un autre membre.

(8) Par dérogation au paragraphe (4), la Commission ne peut recevoir ou accepter:

a) sous réserve du paragraphe (9), des éléments de preuve ou autres renseignements non recevables devant un tribunal du fait qu'ils sont protégés par le droit de la preuve;

b) les réponses ou déclarations faites en réponse aux questions visées aux paragraphes 24.1(7), 35(8), 40(2), 45.1(11) ou 45.22(8);

c) les réponses ou déclarations faites à la suite des questions visées au paragraphe (9) lors de toute audience tenue en vertu du présent article pour enquêter sur une autre plainte;

d) les réponses ou déclarations faites dans le cadre d'une tentative de règlement à l'amiable en vertu de l'article 45.36.

(9) Au cours de l'audience, un témoin n'est pas dispensé de répondre aux questions portant sur la plainte dont est saisie la Commission lorsque celle-ci l'exige, au motif que sa réponse peut l'incriminer ou l'exposer à des poursuites ou à une peine.

(10) Dans le cas où le témoin est un membre, les réponses ou déclarations faites à la suite des questions visées au paragraphe (9) ne peuvent être utilisées ni ne sont recevables contre lui au cours d'une audience tenue en vertu de l'article 45.1 et portant

Conduct by the witness, other than a hearing into an allegation that with intent to mislead the witness gave the answer or statement knowing it to be false.

(11) A hearing to inquire into a complaint shall be held in public, except that the Commission may order the hearing or any part of the hearing to be held in private if it is of the opinion that during the course of the hearing any of the following information will likely be disclosed, namely,

(a) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

(b) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to law enforcement; and

(c) information respecting a person's financial or personal affairs where that person's interest outweighs the public's interest in the information.

(12) Any document or thing produced pursuant to this section to the Commission shall, on the request of the person producing the document or thing, be released to that person within a reasonable time after completion of the final report under subsection 45.46(3).

(13) Where the Commission sits at a place in Canada that is not the ordinary place of residence of the member or other person whose conduct is the subject-matter of the complaint, of the complainant or of the counsel of that member or other person or that complainant, that member or other person, complainant or counsel is entitled, in the discretion of the Commission, to receive such travel and living expenses incurred by the member or other person, complainant or counsel in appearing before the Commission as may be fixed by the Treasury Board.

(14) On completion of a hearing, the Commission shall prepare and send to the Minister and the Commissioner a report in writing setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission sees fit.

(15) In this section and section 45.46, "parties" means the appropriate officer, the member or other person whose conduct is the subject-matter of a complaint and, in the case of a complaint under subsection 45.35(1), the complainant.

45.46 (1) On receipt of a report under subsection 45.42(3), 45.43(3) or 45.45(14), the Commissioner shall review the complaint in light of the findings and recommendations set out in the report.

(2) After reviewing a complaint in accordance with subsection (1), the Commissioner shall notify the Minister and the Commission Chairman in writing of any further action that has been or will be taken with respect to the complaint, and where the Commissioner decides not to act on any findings or recommendations set out in the report, the Commissioner shall include in the notice the reasons for not so acting.

(3) After considering a notice under subsection (2), the Commission Chairman shall prepare and send to the Minister, the Commissioner and the parties a final report in writing setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission Chairman sees fit.

sur l'allégation selon laquelle il a contrevenu au code de déontologie, autre qu'une audience portant sur l'allégation selon laquelle il a fait une telle réponse ou déclaration, qu'il savait fausse, dans l'intention de tromper.

(11) Les audiences sont publiques; toutefois, la Commission peut ordonner le huis clos pendant tout ou partie d'une audience si elle estime qu'au cours de celle-ci seront probablement révélés:

a) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives;

b) des renseignements risquant d'entraver la bonne exécution des lois;

c) des renseignements concernant les ressources pécuniaires ou la vie privée d'une personne dans le cas où l'intérêt de cette personne l'emporte sur l'intérêt du public dans ces renseignements.

(12) Les documents et autres pièces produits devant la Commission en vertu du présent article sont remis à la personne qui les a produits, si elle en fait la demande, dans un délai raisonnable après l'achèvement du rapport final visé au paragraphe 45.46(3).

(13) Lorsque la Commission siège, au Canada, ailleurs qu'au lieu de résidence habituel du membre ou de l'autre personne dont la conduite fait l'objet de la plainte, du plaignant ou de leur avocat, ce membre, cette personne, ce plaignant ou cet avocat a droit, selon l'appréciation de la Commission et selon les normes établies par le Conseil du Trésor, aux frais de déplacement et de séjour engagés par lui pour sa comparution devant la Commission.

(14) Au terme de l'audience, la Commission établit et transmet au ministre et au commissaire un rapport écrit énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées.

(15) Au présent article et à l'article 45.46, «partie» s'entend de l'officier compétent, du membre ou de l'autre personne dont la conduite est l'objet de la plainte et, dans le cas d'une plainte en vertu du paragraphe 45.35(1), du plaignant.

45.46 (1) Sur réception du rapport visé aux paragraphes 45.42(3), 45.43(3) ou 45.45(14), le commissaire révisé la plainte à la lumière des conclusions et des recommandations énoncées au rapport.

(2) Après révision de la plainte conformément au paragraphe (1), le commissaire avise, par écrit, le ministre et le président de la Commission de toute mesure additionnelle prise ou devant l'être quant à la plainte. S'il choisit de s'écarter des conclusions ou des recommandations énoncées au rapport, il motive son choix dans l'avis.

(3) Après examen de l'avis visé au paragraphe (2), le président de la Commission établit et transmet au ministre, au commissaire et aux parties un rapport écrit final énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées.

45.47 The Commissioner shall

- (a) establish and maintain a record of all complaints received by the Force under this Part; and
- (b) on request, make available to the Commission any information contained in the record.

The Trial Judge looked to the authorities for the general principles on retrospective operation of statutes. He recited the general rule that statutes are *prima facie* prospective, and considered the exception that the presumption against retrospectivity does not apply to legislation concerned merely with matters of procedure or of evidence. On this he held as follows (at pages 769-770):

I am of the opinion that the provisions introduced by Part VII of the Act go beyond a mere procedural change to the previously existing arrangements. I understand the test for whether a provision is substantive or procedural, as set out in *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, to be expressed in the following question: Does the provision affect substantive rights? It is not enough to ask whether the provisions are provisions which affect procedure — one must ask whether they affect procedure only and do not affect substantive rights of the parties.

In this case, it is clear that the provisions introduced in Part VII affect procedural rights. Beyond those, however, other rights of the parties are also affected. The former RCMP complaints procedure contained no provision for an independent public review, such as that now set out in Part VII to be carried out by the Commission, a body external to the RCMP itself. As counsel for the Attorney General has pointed out, the review process by the Commission, as set out in Part VII, is an external process involving a newly created body which had no role or function in connection with the former RCMP complaints procedure. This is a change which has an effect on the content or existence of a right. It creates a new right to external, public review of RCMP conduct, and for most complaints it will extend the time taken for consideration of complaints, it may involve hearings, generally in public, and until matters are finally disposed of the uncertainties attendant on the process will be extended.

Consequently, I am not persuaded, despite submissions of counsel for the Commission, that Parts VI and VII of the Act establish only a new procedure for the investigation of public complaints against members of the RCMP. The exemption from the general presumption against retrospectivity afforded procedural legislation does not, therefore, assist greatly in construing the intent and purposes of the legislation here in question.

In turning next to the question whether the Act in the case at bar fell under any other exception to the general presumption against retrospectivity,

45.47 Le commissaire:

- a) établit et conserve un dossier de toutes les plaintes reçues par la Gendarmerie en application de la présente partie;
- b) fournit à la Commission, à sa demande, tout renseignement contenu dans le dossier.

Le juge de première instance a consulté la doctrine et la jurisprudence pour en dégager les principes généraux en matière de rétroactivité des lois. Il a cité le principe général voulant que les lois ne disposent à première vue que pour l'avenir, et a examiné l'exception suivant laquelle la présomption de non-rétroactivité ne s'applique pas dans le cas des lois qui s'intéressent simplement à des questions de procédure ou de preuve. Voici ce qu'il a statué sur cette question (aux pages 769 et 770):

Je suis d'avis que les dispositions introduites par la partie VII de la Loi constituent plus qu'une simple modification procédurale aux modalités préexistantes. Si j'ai bien compris, le critère posé dans l'arrêt *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance* pour savoir si une disposition est une disposition de fond ou une disposition procédurale est exprimé par la question suivante: la disposition touche-t-elle des droits matériels? Il ne suffit pas de se demander si les dispositions touchent la procédure; on doit se demander si elles ne touchent que la procédure sans toucher le fond du droit des parties.

En l'espèce, il est évident que les dispositions introduites par la partie VII touchent des droits procéduraux. Mais elles touchent aussi d'autres droits des parties. L'ancienne procédure de règlement des plaintes de la GRC ne prévoyait pas d'examen public indépendant comme celui auquel la Commission, qui est un organisme distinct de la GRC, doit procéder aux termes de la partie VII. Comme l'avocate du procureur général l'a souligné, la procédure d'examen de la Commission prévue par la partie VII est une procédure externe dans laquelle intervient un organisme nouvellement créé qui ne jouait aucun rôle et n'exerçait aucune fonction relativement à l'ancienne procédure de règlement des plaintes de la GRC. Il s'agit d'une modification qui a un effet sur le contenu ou sur l'existence d'un droit. Elle crée un nouveau droit à un examen public externe de la conduite de la GRC et, pour la plupart des plaintes, elle allongera le temps consacré à l'examen des plaintes, elle peut comporter la tenue d'audiences, généralement publiques, et, en attendant que la question soit tranchée définitivement, les incertitudes inhérentes au processus seront accrues.

En conséquence, je ne suis pas persuadé, malgré les prétentions de l'avocat de la Commission, que les parties VI et VII de la Loi établissent seulement une nouvelle procédure d'enquête des plaintes portées par le public contre des membres de la GRC. L'exception à l'application de la présomption générale de non rétroactivité qui existe dans le cas des lois procédurales n'est pas d'un grand secours lorsqu'il s'agit d'interpréter les objets des dispositions législatives dont il est question en l'espèce.

Passant ensuite à la question de savoir si la présente Loi tombait sous le coup d'une autre exception à la présomption générale de non-

MacKay J. looked closely at the recent Supreme Court decision in *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, a case which dealt in part with whether action taken by the Alberta Securities Commission under a revised *Securities Act* [S.A. 1981, c. S-6.1] attracted the presumption against retrospectivity. L'Heureux-Dubé J. for the Court recognized an exception to the general rule in the case of enactments whose object is not to punish offenders but to protect the public, even though such enactments may incidentally impose a penalty on a person related to a past event. She concluded (at page 321):

The provisions in question are designed to disqualify from trading in securities those persons whom the Commission finds to have committed acts which call into question their business integrity. This is a measure designed to protect the public, and it is in keeping with the general regulatory role of the Commission. Since the amendment at issue here is designed to protect the public, the presumption against the retrospective effect of statutes is effectively rebutted.

In the view of the Trial Judge, *Brosseau* was directly on point and he therefore concluded (at pages 774-775):

I am prepared to conclude that Parts VI and VII in the amendments to the Act were enacted with the primary objective of protecting the public and the RCMP itself from the risk of an apprehension of or actual bias in dealing with complaints about police conduct. Prior to these amendments, the RCMP itself was functioning as the sole arbiter of complaints made against it. The opportunity for independent and open review by the Commission of RCMP disposal of complaints can only enhance confidence of the general public in the force and in its activities.

In my view the dominant objective of Parts VI and VII of the Act is the advancement of a public purpose, the protection of the public. To the extent these amendments may be said to affect vested rights or interests, or to lead to punishment for past conduct, that is subordinate to the dominant objective here, just as it was, in a different context, in *Brosseau*. In light of the dominant purpose here, the protection of the public interest, the presumption against retrospective application of Part VII, to conduct occurring before its proclamation in force, is rebutted.

The Trial Judge found this conclusion also supported by the necessary implication of the statute. He stated (at page 778):

rétroactivité, le juge MacKay a examiné attentivement l'arrêt récent *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, de la Cour suprême. Cette affaire portait en partie sur la question de savoir si une mesure prise par l'Alberta Securities Commission en vertu d'une loi révisée sur les valeurs mobilières *Securities Act* [S.A. 1981, chap. S-6.1] donnait lieu à la présomption de non-rétroactivité. Le juge L'Heureux-Dubé, qui s'exprimait au nom de la Cour, a reconnu qu'il existait une exception au principe général dans le cas des textes législatifs dont l'objet n'est pas de punir les contrevenants mais de protéger le public, même si ces textes législatifs peuvent accessoirement infliger une peine liée à un événement passé. Elle a conclu (à la page 321):

Les dispositions en question sont destinées à empêcher les personnes que la Commission trouve coupables d'avoir accompli des actes qui mettent en doute leur intégrité commerciale, d'effectuer des opérations relatives à des valeurs mobilières. Il s'agit d'une mesure destinée à protéger le public et elle est conforme au rôle général de réglementation de la Commission. Étant donné que la modification contestée en l'espèce est destinée à protéger le public, la présomption de non-rétroactivité de la loi est en fait repoussée.

Le juge de première instance s'est dit d'avis que l'arrêt *Brosseau* se rapportait directement au cas qui nous occupe et il a par conséquent conclu (aux pages 774 et 775):

Je suis disposé à conclure que les parties VI et VII des modifications à la Loi ont été adoptées dans le but principal de protéger le public et la GRC elle-même contre le risque de partialité réelle ou appréhendée dans le traitement des plaintes déposées au sujet de la conduite de la Gendarmerie. Avant ces modifications, c'était la GRC elle-même qui agissait comme seul arbitre des plaintes portées contre elle. La possibilité de faire réviser par la Commission de façon impartiale et ouverte le règlement des plaintes ne peut qu'améliorer la confiance du grand public dans la Gendarmerie et ses activités.

À mon avis, l'objectif primordial des parties VI et VII de la Loi est de favoriser un objectif public, en l'occurrence la protection du public. Dans la mesure où l'on peut considérer que ces modifications touchent des droits ou des intérêts acquis ou amènent à infliger une peine liée à une conduite antérieure, cet aspect est secondaire par rapport à l'objectif primordial qui existe en l'espèce, tout comme il l'était, dans un contexte différent, dans l'arrêt *Brosseau*. Compte tenu de l'objectif primordial poursuivi en l'espèce, à savoir la protection de l'intérêt public, la présomption de non-rétroactivité de la partie VII à l'égard des actes accomplis avant son entrée en vigueur est réfutée.

Le juge de première instance a estimé que la loi appuyait aussi, par déduction nécessaire, cette conclusion. Il a déclaré (à la page 778):

From the general circumstances concerning the enactment and its possible application, from my earlier conclusion that the objective of Parts VI and VII was to provide protection of public interests, and that any effect upon vested rights or interests is subordinate to the public protection intended, I find that Parliament intended, by necessary implication, that the Commission would be concerned with complaints initiated by submission to the Commission, or referred to the Commission, after September 30, 1988 when Part VII came into force, whether the conduct upon which the complaint is based occurred before or after that date.

On the question of how far back the retrospective application of Parts VI and VII may reach, he concluded (at pages 779-780):

I find that having concluded that Parts VI and VII have a retrospective application based on the principle that the presumption against retrospectivity was rebutted by the provisions' objective of protection of the public, and that this objective or purpose implies an intention that the legislation have retrospective application to all cases which independent review would serve to settle in the manner prescribed by Part VII, it is inappropriate to assign a date to which retrospective application should be limited.

In the same vein the Trial Judge held that, since Parts VI and VII have retrospective application, a "complainant" under subsection 45.35(1), as referred to by subsection 45.41(1), must refer to any person having made a complaint to RCMP or provincial authorities, at whatever time made (at page 783):

Having determined already that Parts VI and VII of the *Royal Canadian Mounted Police Act* have a retrospective application, I am of the opinion that the interpretation of the phrase "a complainant under subsection 45.35(1)" as used in subsection 45.41(1) which should be adopted is the one which is the most likely to facilitate the objective of the Act. Thus, any complainant taking the steps to initiate a complaint which that subsection describes, whether those steps be before or after subsection 45.35(1) was in force, may if dissatisfied with RCMP handling of his or her complaint, refer the matter to the Commission. I place reliance, in this regard, on section 12 of the *Interpretation Act*.

Finally, with respect to the statutory discretion as to whether to investigate or initiate a hearing, both parties submitted that the person or body upon whom discretion has been conferred has implicit jurisdiction to decline to deal with the case if, due to the passage of time, proceeding with it would prejudice the persons to be affected thereby or the investigation to be conducted. The Trial Judge held that it is the Chairman, not the Com-

Eu égard aux circonstances générales entourant l'adoption des dispositions législatives et leur application possible, vu la conclusion à laquelle j'en suis déjà venu suivant laquelle les parties VI et VII avaient pour but de protéger l'intérêt public et que tout effet sur les droits acquis est subordonné à l'intention de protéger le public, j'en viens à la conclusion que le législateur voulait, par déduction nécessaire, que la Commission s'occupe des plaintes déposées ou renvoyées devant elle après le 30 septembre 1988, date à laquelle la partie VII est entrée en vigueur, que les actes à l'origine des plaintes aient été accomplis avant ou après cette date.

Sur la question de savoir jusqu'où l'on devait remonter dans le passé pour appliquer rétroactivement les parties VI et VII, il a conclu (aux pages 779 et 780):

Ayant conclu que les parties VI et VII s'appliquent rétroactivement suivant le principe voulant que la présomption de non-rétroactivité a été réfutée en raison de l'objectif de protection du public visé par les dispositions, et que cet objectif ou objet suppose que le législateur voulait que la loi s'applique rétroactivement à tous les cas qu'un examen indépendant permettrait de régler de la manière prévue par la partie VII, je conclus qu'il n'y a pas lieu de fixer une date à laquelle la rétroactivité devrait être limitée.

Dans le même ordre d'idées, le juge de première instance a statué que, comme les parties VI et VII s'appliquent rétroactivement, l'expression «Le plaignant visé au paragraphe 45.35(1)» qui est employée au paragraphe 45.41(1) devait s'entendre de toute personne qui a déposé une plainte auprès de la GRC ou des autorités provinciales, quelle que soit la date à laquelle cette plainte a été déposée (à la page 783):

Ayant déjà établi que les parties VI et VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* s'appliquent rétroactivement, je suis d'avis que l'interprétation à retenir, en ce qui concerne l'expression «Le plaignant visé au paragraphe 45.35(1)» telle qu'elle est employée au paragraphe 45.41(1), est celle qui offre le plus de chances de faciliter la réalisation des objets de la Loi. Ainsi, tout plaignant qui prend des mesures en vue de déposer une plainte visée par ce paragraphe, que ces mesures soient antérieures ou postérieures à l'entrée en vigueur du paragraphe 45.35(1), peut, s'il n'est pas satisfait du règlement de sa plainte par la GRC, renvoyer l'affaire devant la Commission. Je me fonde, à cet égard, sur l'article 12 de la *Loi d'interprétation*.

Finalement, en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi relativement à l'opportunité de faire enquête ou de convoquer une audience, les deux parties ont prétendu que la personne ou l'organisme à qui ce pouvoir discrétionnaire a été conféré à le pouvoir implicite de déclarer la plainte irrecevable si, en raison de l'écoulement du temps, procéder à l'examen de la plainte causerait un préjudice aux personnes visées

mission itself, who has the ultimate obligation as to complaints, and that his discretion is a broad one (at pages 786-787):

Where there has been such delay in referring a complaint to the Commission that its investigation or review would likely be prejudiced, or parties concerned in regard to the complaint would be prejudiced, or any other unfairness would result, that surely would be a factor to be considered by the Chairman in reaching a conclusion whether in all the circumstances, disposition of the complaint by the RCMP is satisfactory. In that determination the Chairman clearly has discretion. For example, if the conduct complained of would be akin to that raising issues of civil liability, statutes of limitations may suggest time periods for considering past conduct. But, if the conduct complained of would be criminal in nature it is relevant to keep in mind that no limitation period would by itself preclude possible prosecution. These considerations, and others may be relevant in a given case in the determination by the Chairman whether he or she is satisfied or dissatisfied with disposition of the complaint by the RCMP.

Finally, it may be trite to add that in relation to the initiation of a complaint pursuant to section 45.37 by the Chairman, there can be no question that such a step is completely within the Chairman's discretion.

In summary, the Trial Judge set out the questions asked in the stated case and his answers to them (at pages 787-789):

Question 1 — Does the Commission, in connection with Part VII of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, as amended by S.C. 1986, c. 11 (the "Act"), have jurisdiction to entertain complaints numbered "A-1", "A-2" and "A-3", respectively, described in Schedule "A" to the attached agreed statement of facts, having regard to the fact that:

(a) the original conduct complained of in complaints "A-1", "A-2" and "A-3", respectively, allegedly occurred prior to September 30, 1988 but on or after December 18, 1986, that is, prior to the proclamation of Part VII of the Act but on or after the proclamation of Part VI of the Act; and

(b) the original complaint made by the complainant in each of complaints "A-1", "A-2" and "A-3", respectively, was not made in the first instance at a time when subsection 45.35(1) of the Act was in force.

Answer to Question 1

Yes, the Commission has jurisdiction to consider these complaints if the Commission Chairman decides, pursuant to subsection 45.44(1), to institute a hearing to inquire into these complaints.

par la plainte ou nuirait au déroulement de l'enquête à mener. Le juge de première instance a statué que c'est le président, et non la Commission elle-même, qui a en définitive une obligation en ce qui concerne les plaintes, et qu'il dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire étendu (aux pages 786 et 787):

Lorsque le temps qui s'est écoulé avant que la plainte soit renvoyée devant la Commission est susceptible de nuire au déroulement de l'enquête ou à l'examen de la plainte ou de causer un préjudice aux personnes visées par la plainte ou de créer toute autre injustice, cela constitue sûrement un facteur dont le président doit tenir compte pour en arriver à une conclusion quant à la question de savoir si, eu égard à toutes les circonstances, le règlement de la plainte par la GRC est satisfaisant. Pour en arriver à cette décision, le président a de toute évidence un pouvoir discrétionnaire. Ainsi, si la conduite reprochée s'apparente aux questions soulevées en matière de responsabilité civile, les lois de prescription peuvent prescrire des délais pour tenir compte d'actes antérieurs. Mais, si la conduite reprochée est de nature pénale, il convient de se rappeler qu'aucun délai de prescription ne pourrait à lui seul empêcher d'éventuelles poursuites. Ce sont là des considérations qui, avec d'autres facteurs, peuvent être pertinentes dans un cas donné lorsqu'il s'agit pour le président de décider s'il est satisfait ou non du règlement de la plainte par la GRC.

Finalement, il n'est peut-être pas nécessaire d'ajouter qu'en ce qui concerne l'introduction d'une plainte par le président en vertu de l'article 45.37, il est incontestable que cette mesure relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du président.

Pour récapituler, le juge de première instance a reproduit les questions posées dans le mémoire spécial et les réponses qui leur ont été données (aux pages 787 à 789):

Première question: La Commission a-t-elle, relativement à la partie VII de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), chap. R-10, modifiée par S.C. 1986, chap. 11 (la «Loi»), compétence pour statuer sur les plaintes numérotées «A-1», «A-2» et «A-3» respectivement, qui sont décrites à l'annexe «A» de l'exposé conjoint des faits ci-joint, compte tenu du fait que:

a) l'acte initial reproché dans les plaintes «A-1», «A-2» et «A-3» respectivement aurait été accompli avant le 30 septembre 1988 mais après le 18 décembre 1986, c'est-à-dire avant la promulgation de la partie VII de la Loi mais après la promulgation de la partie VI de la Loi;

b) la plainte initiale déposée par le plaignant dans le cas de chacune des plaintes «A-1», «A-2» et «A-3» respectivement, n'a pas été déposée en premier lieu à un moment où le paragraphe 45.35(1) de la Loi était en vigueur.

Réponse à la première question

Oui, la Commission a compétence pour examiner ces plaintes si le président de la Commission décide, en vertu du paragraphe 45.44(1), de convoquer une audience pour enquêter sur ces plaintes.

Until that decision by the Commission Chairman complaints referred to the Commission are matters for consideration of the Chairman in accord with duties assigned to the Chairman under the Act (sections 45.32(2), 45.41(2)(a) and 45.42).

Question 2 — Does the Commission, in connection with Part VII of the Act, have jurisdiction to entertain complaint numbered “B-1” described in Schedule “B” to the attached agreed statement of facts, having regard to the fact that:

- (a) the original conduct complained of in complaint “B-1” allegedly occurred prior to December 18, 1986 but on or after March 26, 1986, that is, prior to proclamation of either of Parts VII or VI of the Act, but on or after the date upon which the Act received Royal Assent; and
- (b) the original complaint made by the complainant in complaint “B-1” was not made in the first instance at a time when subsection 45.35(1) of the Act was in force.

Answer to Question 2

Yes, the Commission has jurisdiction to consider this complaint in the same circumstances as are outlined in the answer to Question 1.

Question 3 — Does the Commission, in connection with Part VII of the Act, have jurisdiction to entertain complaint numbered “C-1” as described in Schedule “C” to the attached agreed statement of facts, having regard to the fact that:

- (a) the original conduct complained of in complaint “C-1” allegedly occurred prior to March 26, 1986, that is, prior to the proclamation of either of Parts VII or VI of the Act and prior to the date upon which the Act received Royal Assent; and
- (b) the original complaint made by the complainant in complaint “C-1” was not made in the first instance at a time when subsection 45.35(1) of the Act was in force.

Answer to Question 3

Yes, the Commission has jurisdiction to consider this complaint in the same circumstances as are outlined in the answer to Question 1.

Question 4 — Does the Commission, in connection with Part VII of the Act, have jurisdiction to entertain complaint numbered “C-2” as described in Schedule “C” to the attached agreed statement of facts, having regard to the fact that the conduct complained of in complaint “C-2” allegedly occurred prior to March 26, 1986, that is, prior to the proclamation of either of Parts VII or VI of the Act and prior to the date upon which the Act received Royal Assent?

Answer to Question 4

Assuming the complaint was initiated by being made to the Commission in accord with paragraph 45.35(1)(a), then

- a) the complaint shall be acknowledged (subsection 45.35(2));
- b) the Commissioner of the RCMP shall be notified of the complaint (subsection 45.35(3)); and
- c) the Commission may not “entertain” the complaint further unless the Chairman of the Commission, pursuant to subsection 45.44(1), decides to institute a hearing to inquire into this complaint.

Jusqu'à ce que le président de la Commission prenne cette décision, les plaintes renvoyées devant la Commission doivent être examinées par le président conformément aux fonctions qui lui sont attribuées par la Loi (paragraphe 45.32(2), al. 45.41(2)a) et art. 45.42).

a Deuxième question: La Commission a-t-elle, relativement à la partie VII de la Loi, compétence pour statuer sur la plainte numérotée «B-1» décrite à l'annexe «B» de l'exposé conjoint des faits ci-joint, compte tenu du fait que:

- a) l'acte initial reproché dans la plainte «B-1» aurait été accompli avant le 18 décembre 1986 mais après le 26 mars 1986, c'est-à-dire avant la promulgation des parties VI et VII de la Loi, mais après la date à laquelle la Loi a reçu la sanction royale;
- b) la plainte initiale déposée par le plaignant dans le cas de la plainte «B-1» n'a pas été présentée en premier lieu à un moment où le paragraphe 45.35(1) de la Loi était en vigueur.

Réponse à la deuxième question

Oui, la Commission a compétence pour examiner cette plainte dans les mêmes circonstances que celles qui sont précisées dans la réponse à la première question.

d Troisième question: La Commission a-t-elle, relativement à la partie VII de la Loi, compétence pour statuer sur la plainte numérotée «C-1» décrite à l'annexe «C» de l'exposé conjoint des faits ci-joint, compte tenu du fait que:

- a) l'acte initial reproché dans la plainte «C-1» aurait été accompli avant le 26 mars 1986, c'est-à-dire avant la promulgation des parties VI et VII de la Loi et avant la date à laquelle la Loi a reçu la sanction royale;
- b) la plainte initiale déposée par le plaignant dans le cas de la plainte «C-1» n'a pas été présentée en premier lieu à un moment où le paragraphe 45.35(1) de la Loi était en vigueur.

Réponse à la troisième question

Oui, la Commission a compétence pour examiner cette plainte dans les mêmes circonstances que celles qui sont précisées dans la réponse à la première question.

h Quatrième question: La Commission a-t-elle, relativement à la partie VII de la Loi, compétence pour statuer sur la plainte numérotée «C-2» décrite à l'annexe «C» de l'exposé conjoint des faits ci-joint, compte tenu du fait que l'acte reproché dans la plainte «C-2» aurait été accompli avant le 26 mars 1986, c'est-à-dire avant la promulgation des parties VI et VII de la Loi et avant la date à laquelle la Loi a reçu la sanction royale?

Réponse à la quatrième question

i En présumant que la plainte a été déposée auprès de la Commission conformément à l'alinéa 45.35(1)a),

- a) il doit être accusé réception de la plainte (paragraphe 45.35(2));
- b) la plainte doit être portée à l'attention du commissaire de la GRC (paragraphe 45.35(3));
- c) la Commission ne peut pas «instruire» davantage la plainte à moins que le président de la Commission décide, en vertu du paragraphe 45.44(1), de convoquer une audience pour enquêter sur la plainte.

Question 5 — If the answer to question 3 above is in the affirmative, does the Commission have jurisdiction, in relation to complaint numbered “C-1”:

- (a) to decline to entertain the complaint at all;
- (b) to decline to investigate the complaint; or
- (c) to decline to hold a hearing to inquire into the complaint

if it appears to the Commission that a period of time between the date upon which the conduct complained of is alleged to have occurred and the date upon which complaint numbered “C-1” was referred to the Commission has elapsed which, in the opinion of the Commission, is likely to prejudice the review of complaint numbered “C-1” or the person whose conduct is complained of in complaint numbered “C-1”?

Answer to Question 5

No, the Commission does not have jurisdiction or discretion to make any of the decisions here suggested.

The Chairman of the Commission has preliminary duties under the Act:

- to furnish the Commissioner with a copy of the complaint (paragraph 45.41(2)(a)),
- to review the complaint (subsection 45.42(1)),
- to determine whether he or she is satisfied or dissatisfied with the disposition of the complaint by the RCMP (subsections 45.42(2) and (3)). In that determination where the delay or lapse of time, from the date of the conduct giving rise to the complaint until the date of referral to the Commission, is likely to prejudice review of the complaint or the parties concerned with the complaint, or is otherwise likely to lead to unfairness, this may be a factor among circumstances considered by the Chairman in his or her decision.

Question 5 and the Trial Judge’s answer to it were not put in issue on this appeal.

II

The respondent supported the reasoning of the Trial Judge with respect to his interpretation of *Brosseau* as establishing a public-interest exception to the presumption against retrospectivity, but also contended that Parts VI and VII, as purely procedural amendments, fell squarely as well within the exception enjoyed by purely procedural statutes, a matter on which I shall set out the law in Part IV *infra*. The respondent also argued the implied intention of Parts VI and VII, and submitted an additional consideration based upon subsection 45.41(1). The appellant, while supporting the Trial Judge’s holding that Parts VI and VII did not deal with merely procedural matters, generally sought to limit the Trial Judge’s public-interest exception to the presumption against retrospectivity, which he had based upon *Brosseau*. The correct

Cinquième question: Si la réponse à la troisième question est affirmative, la Commission a-t-elle, relativement à la plainte numérotée «C-1», compétence:

- a) soit pour déclarer la plainte irrecevable;
- b) soit pour refuser de faire enquête sur la plainte;
- c) soit pour refuser de convoquer une audience pour enquêter sur la plainte

si la Commission estime que le temps écoulé entre la date à laquelle l’acte reproché aurait été accompli et la date à laquelle la plainte numérotée «C-1» a été renvoyée devant la Commission risque de nuire à l’examen de la plainte numérotée «C-1» ou de causer un préjudice à la personne dont la conduite fait l’objet de la plainte numérotée «C-1»?

Réponse à la cinquième question

Non, la Commission n’a ni la compétence ni le pouvoir discrétionnaire de rendre l’une ou l’autre des décisions susmentionnées.

Le président de la Commission doit d’abord, suivant la Loi:

- transmettre une copie de la plainte au commissaire (alinéa 45.41(2)a);
- examiner la plainte (paragraphe 45.42(1));
- établir s’il est satisfait ou non du règlement de la plainte par la GRC (paragraphe 45.42(2) et (3)). Pour en arriver à cette décision, le président peut notamment tenir compte du fait que le retard ou le temps écoulé entre l’acte à l’origine de la plainte et la date du renvoi devant la Commission risque de nuire à l’examen de la plainte ou de causer un préjudice aux parties concernées par la plainte ou de causer autrement une injustice.

La cinquième question et la réponse que le juge de première instance lui a donnée n’ont pas été mises en litige dans le présent appel.

II

L’intimée souscrit au raisonnement que le juge de première instance a suivi pour interpréter l’arrêt *Brosseau* en déclarant que cet arrêt crée une exception fondée sur l’intérêt public à la présomption de non-rétroactivité, mais elle prétend également que les parties VI et VII, en tant que modifications purement procédurales, relèvent tout autant de l’exception qui existe dans le cas des lois purement procédurales. J’exposerai plus loin, à la partie IV, le droit sur cette question. L’intimée invoque également l’intention implicite des parties VI et VII et soulève un autre point fondé sur le paragraphe 45.41(1). Tout en appuyant la conclusion du juge de première instance voulant que les parties VI et VII ne portent pas sur des questions purement procédurales, l’appelant tente de façon générale de restreindre la portée de l’exception

interpretation of *Brosseau* is therefore key to the resolution of this point.

Since L'Heureux-Dubé J. dealt with the retrospectivity question in *Brosseau* within the framework established by Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, 1983,¹ I believe Driedger's analysis of "External Sources of Parliamentary Intent" (Chapter 10, at pages 183-221) deserves close scrutiny.

It may be useful to recall at the beginning Driedger's subtle distinction between retrospectivity and retroactivity,* at pages 185 ff.

A retroactive statute is one that operates backwards, i.e., that is operative as of a time prior to its enactment, either by being deemed to have come into force at a time prior to its enactment (e.g., budgetary measures) or by being expressed to be operative with respect to past transactions as of a past time (e.g., acts of indemnity). A retroactive statute is easier to recognize because the retroactivity is usually express.

A retrospective statute, on the other hand, changes the law only for the future but looks backward by attaching new consequences to completed transactions. It thus opens up closed transactions and changes their consequences as of the future.

A statute can be both retroactive and retrospective. The statute in the case at bar is not, however, retroactive, though it is arguably retrospective.

¹ She supplemented this with a quotation from his article, "Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at p. 275.

* Editor's Note: In French, "rétroactivité" covers both concepts. For the purposes of this analysis, however, "rétroactif" was rendered by "rétroactif" and "retrospective" by "rétrospectif". Elsewhere in these reasons, "retrospective" was rendered by "rétroactif".

fondée sur l'intérêt public que le juge de première instance a établie en ce qui concerne la présomption de non-rétroactivité sur le fondement de l'arrêt *Brosseau*. Il est donc essentiel, pour résoudre cette question, de bien interpréter l'arrêt *Brosseau*.

Comme le juge L'Heureux-Dubé a, dans l'arrêt *Brosseau*, examiné la question de la rétroactivité en suivant le plan établi par Driedger dans son ouvrage *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, 1983¹, j'estime que l'analyse faite par Driedger au sujet des sources externes de l'intention du législateur (chapitre 10, aux pages 183 à 221) mérite un examen minutieux.

Il sera peut-être utile de rappeler, pour commencer, la subtile distinction que Driedger fait entre les termes anglais *retrospectivity* et *retroactivity**, aux pages 185 et suivantes.

Une loi rétroactive (en anglais, *retroactive statute*) est une loi qui agit dans le passé, c'est-à-dire une loi qui produit des effets à partir d'une date antérieure à son adoption, soit parce qu'elle est réputée être entrée en vigueur à une date antérieure à sa promulgation (par ex. les mesures budgétaires), soit parce qu'elle porte uniquement sur des opérations passées, à compter d'une date donnée dans le passé (par ex. en matière d'indemnisation). Il est plus facile de reconnaître une loi rétroactive parce que la rétroactivité est habituellement prévue expressément.

En revanche, une loi «rétrospective» (en anglais *retrospective statute*) ne modifie le droit que pour l'avenir mais regarde en arrière en rattachant de nouveaux effets à des opérations terminées. Elle revient donc sur des opérations terminées et en change les conséquences pour l'avenir.

Une loi peut être à la fois rétroactive et «rétrospective». Quoi qu'il en soit, la loi qui nous occupe en l'espèce n'est pas rétroactive, même si l'on pourrait prétendre qu'elle est «rétrospective».

¹ Elle a complété cette étude en citant un extrait d'un article de Driedger, «Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. Can.* 264, à la p. 275.

* Note de l'arrêviste: La notion française de rétroactivité comprend ces deux notions. Aux fins de cette analyse, toutefois, «*retroactive*» a été rendu par «rétroactif» et «*retrospective*» par «rétrospectif». Ailleurs dans ces motifs, «*retrospective*» a été rendu par «rétroactif».

In Driedger's analysis, the presumption as to retrospective operation needs to be carefully distinguished from that against interference with vested rights. The latter is not a *prima facie* presumption but rather one that may be invoked only when a statute is reasonably susceptible of two meanings (*supra*, at page 185) whereas the retrospective presumption is a *prima facie* one, which applies unless it is rebutted (*supra*, at page 189). The reason for this is that impairment of existing rights is a frequently intended consequence of statutes,² and therefore the presumption against non-interference with vested rights applies only in the case of ambiguity in the statutory language, i.e., one looks first to the statute, and to the presumption only secondarily, if the intent is unclear.

Driedger states that the confusion between the two presumptions is found in two early Supreme Court decisions, *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; and *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47, both relied on heavily by the respondent in the case at bar. In his view both cases are pure "vested rights" cases, which are only prospective in operation. Neither case was cited by L'Heureux-Dubé J., undoubtedly because she was in agreement with Driedger's thesis.

Driedger's analysis proceeds (*supra*, at pages 197-198):

As has here already been indicated, a retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only; it is prospective, but it imposes new results in respect of a past

² Accordingly, in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at pp. 282-283, Dickson J. [as he then was] held for the Supreme Court that a taxpayer had no vested right to claim tax deductions in the future: "A taxpayer may plan his financial affairs in reliance on the tax laws remaining the same; he takes the risk that the legislation may be changed." *Gustavson* was followed in *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal et al.*, [1986] 1 S.C.R. 732 where the Supreme Court held that the Crown's right to discontinue an expropriation unilaterally was not a vested right but only a possibility or an option, and that this right was abolished by the new *Expropriation Act* [R.S.Q. 1977, c. E-24].

Suivant l'analyse de Driedger, il faut distinguer attentivement entre la présomption de non-rétroactivité et la présomption du respect des droits acquis. Il ne s'agit pas, dans ce dernier cas, d'une présomption simple, mais plutôt d'une présomption qui ne peut être invoquée que lorsqu'une loi est logiquement susceptible de deux interprétations (ci-dessus, à la page 185), tandis que la présomption de non-rétroactivité est une présomption simple, qui joue tant qu'elle n'est pas réfutée (ci-dessus, à la page 189). La raison en est que l'atteinte aux droits existants est une conséquence fréquemment voulue par le législateur², et que la présomption du respect des droits acquis ne s'applique par conséquent que lorsque le texte de la loi est ambigu: il faut donc se tourner d'abord vers la loi, et ne faire intervenir la présomption qu'en second lieu, si l'intention n'est pas claire.

Driedger affirme que la confusion qui existe au sujet des deux présomptions se trouve dans deux anciennes décisions de la Cour suprême, l'arrêt *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; et l'arrêt *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, sur lesquels l'intimée s'est fortement appuyée en l'espèce. Suivant Driedger, ces deux affaires portent uniquement sur des «droits acquis», lesquels ne valent que pour l'avenir. Le juge L'Heureux-Dubé n'a cité aucun de ces deux arrêts, sans doute parce qu'elle souscrivait à la thèse de Driedger.

Driedger poursuit son analyse dans les termes suivants (*supra*, aux pages 197 et 198):

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà dit, une loi rétroactive est une loi qui produit des effets à partir d'une date antérieure à son adoption. Une loi «rérospective» n'agit que dans le futur; elle ne dispose que pour l'avenir, mais elle rattache de nouvelles

² Par conséquent, dans l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la p. 283, le juge Dickson [tel était alors son titre] a statué, au nom de la Cour suprême, qu'un contribuable ne possédait pas un droit acquis de réclamer pour l'avenir des déductions fiscales: «Un contribuable est libre de planifier sa vie financière en se fondant sur l'espoir que le droit fiscal demeure statique; il prend alors le risque d'une modification à la législation.» L'arrêt *Gustavson* a été suivi dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation et autres*, [1986] 1 R.C.S. 732, dans lequel la Cour suprême a statué que le droit que possédait la Couronne de mettre unilatéralement fin à une expropriation n'était pas un droit acquis mais seulement une possibilité ou une option, et que ce droit avait été aboli par la nouvelle *Loi sur l'expropriation* [L.R.Q. 1977, chap. E-24].

event. A retroactive statute *operates backwards*. A retrospective statute *operates forwards*, but it looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event.

Unless a clear distinction is made between the two words, there is bound to be confusion. Thus, a statute could be retroactive but not retrospective, retrospective but not retroactive, or both retroactive and retrospective; and both retroactive statutes and retrospective statutes could be, and usually are, prospective also. The presumption applies to both, but the test of retroactivity is different from that of retrospectivity. For retroactivity the question is: Is there anything in the statute to indicate that it must be deemed to be the law as of a time prior to its enactment? For retrospectivity the question is: Is there anything in the statute to indicate that the consequences of a prior event are changed, not for a time before its enactment, but henceforth from the time of enactment, or from the time of its commencement if that should be later?

But not all retrospective statutes attract the presumption; only those, to use the words of Sedgwick [*Statutory Construction and Constitutional Law*, 2nd ed., New York, 1874, at 160], that

create a new obligation, or impose a new duty or attach a new disability in respect to transactions or considerations already passed.

In brief, the presumption applies only to prejudicial statutes; not beneficial ones.

Thus, there are three kinds of statutes that can properly be said to be retrospective, but there is only one that attracts the presumption. First, there are the statutes that attach benevolent consequences to a prior event; they do not attract the presumption. Second, there are those that attach prejudicial consequences to a prior event; they attract the presumption. Third, there are those that impose a penalty on a person who is described by reference to a prior event, but the penalty is not intended as further punishment for the event; these do not attract the presumption.

The threefold division of statutes in the last paragraph of the quotation was set out and explicitly followed by L'Heureux-Dubé J., though nothing more was said of the first category.³ She

³ In *Snider v. Edmonton Sun et al.* (1988), 93 A.R. 26 (C.A.), at p. 30, Lieberman J.A. wrote for the Court with respect to the first category:

conséquences à des événements passés. Une loi rétroactive agit dans le passé. Une loi «rétrospective» agit dans le futur, mais elle regarde en arrière, en ce sens qu'elle rattache pour l'avenir de nouvelles conséquences à un événement qui a eu lieu avant l'adoption de la loi. Une loi rétroactive change le droit par rapport à ce qu'il était; une loi «rétrospective» change le droit par rapport à ce qu'il serait autrement en ce qui concerne un événement passé . . .

À moins de faire une nette distinction entre les deux termes, la confusion est inévitable. Ainsi, une loi pourrait être rétroactive sans être «rétrospective», être «rétrospective» sans être rétroactive, ou être à la fois rétroactive et «rétrospective»; et les lois rétroactives et les lois «rétrospectives» pourraient également disposer pour l'avenir, et le font habituellement. La présomption s'applique aux deux types de lois, mais le critère permettant de savoir si une loi est rétroactive est différent de celui qui s'applique dans le cas des lois «rétrospectives». Pour savoir si une loi est rétroactive, il faut se demander si la loi contient des éléments qui permettent de conclure qu'elle doit être réputée avoir été le droit applicable à compter d'une date antérieure à son adoption. Pour savoir si une loi est «rétrospective», il faut se demander si la loi renferme des éléments qui indiquent que les conséquences d'un événement passé sont modifiées, non pas à partir d'une date antérieure à son adoption, mais à compter de la date de sa promulgation, ou à compter de la date de son entrée en vigueur, si celle-ci est postérieure.

Ce ne sont pas toutes les lois «rétrospectives» qui donnent lieu à la présomption, mais, pour reprendre les mots employés par Sedgwick [*Statutory Construction and Constitutional Law*, 2nd ed., New York, 1874, à la page 160], seulement celles qui

[TRADUCTION] créent une obligation nouvelle, imposent un devoir nouveau ou ajoutent une incapacité nouvelle à l'égard d'opérations ou de prestations déjà accomplies.

Bref, la présomption ne joue que dans le cas des lois qui ont un effet préjudiciable et non dans le cas de celles qui ont un effet favorable.

Il existe donc trois sortes de lois qu'on peut, à proprement parler, qualifier de «rétrospectives», mais il n'y en a qu'une qui donne lieu à la présomption. Premièrement, il y a les lois qui ajoutent des conséquences favorables à un événement antérieur; elles ne donnent pas lieu à la présomption. Deuxièmement, il y a celles qui rattachent des conséquences préjudiciables à un événement antérieur; elles donnent lieu à la présomption. Troisièmement, il y a celles qui infligent une peine à une personne qui est décrite par rapport à un événement antérieur, mais la peine n'est pas destinée à constituer une autre punition pour l'événement; elles ne donnent pas lieu à la présomption.

Le juge L'Heureux-Dubé a reproduit et explicitement suivi la division des lois en trois catégories faite dans le dernier paragraphe de la citation. Elle n'a cependant rien dit de plus au sujet de la première catégorie³. Elle s'est concentrée sur la

³ Dans l'arrêt *Snider v. Edmonton Sun et al.* (1988), 93 A.R. 26 (C.A.), à la p. 30, le juge d'appel Lieberman a écrit ce qui suit, au nom de la Cour, au sujet de la première catégorie:

concentrated on the third category of statutes, as follows (at page 319):

A sub-category of the third type of statute described by Driedger is enactments which may impose a penalty on a person related to a past event, so long as the goal of the penalty is not to punish the person in question, but to protect the public.

The two supporting cases cited by L'Heureux-Dubé J., *Reg. v. Vine* (1875), 10 L.R. Q.B. 195; and *Re A Solicitor's Clerk*, [1957] 3 All E.R. 617 (Q.B.D.), are in my opinion worth remarking. In the former case a new statutory provision provided that convicted felons were forever disqualified from selling retail spirits. The Court refused to consider the statute as governed by the presumption against retrospectivity. Cockburn C.J., wrote at pages 199-200:

... here the object of the enactment is not to punish offenders, but to protect the public against public-houses in which spirits are retailed being kept by persons of doubtful character. . . . the legislature has categorically drawn a hard and fast line, obviously with a view to protect the public, in order that places of public resort may be kept by persons of good character; and it matters not for this purpose whether a person was convicted before or after the Act passed, one is equally bad as the other and ought not to be intrusted with a licence.

In the latter case a statutory amendment had allowed the making of orders disqualifying persons convicted of larceny, embezzlement or fraudulent conversion of property from acting as solicitors' clerks. Lord Goddard C.J. wrote (at page 619):

In my opinion, however, this Act is not in truth retrospective. It enables an order to be made disqualifying a person from acting as a solicitor's clerk in the future and what happened in the past is the cause or reason for the making of the order; but the order has no retrospective effect. It would be retrospective if the Act provided that anything done before the Act came into force or before the order was made should be void or voidable or if a penalty were inflicted for having acted in this or any other capacity before the Act came into force or before the order was made. This Act simply enables a disqualification to be imposed for the future which in no way affects anything done by the appellant in the past.

(Continued from previous page)

I am of the respectful view that a statute can only be classed as "benevolent", as that word is used by Driedger when it confers a benefit upon a person without contemporaneously depriving another person of a vested right

troisième catégorie de lois, en déclarant ce qui suit (à la page 319):

Une sous-catégorie du troisième type de lois décrit par Driedger est composée des textes législatifs qui peuvent imposer à une personne une peine liée à un événement passé en autant que le but de la peine n'est pas de punir la personne en question mais de protéger le public.

Les deux arrêts que le juge L'Heureux-Dubé a cités à l'appui, l'arrêt *Reg. v. Vine* (1875), 10 L.R. Q.B. 195; et l'arrêt *Re A Solicitor's Clerk*, [1957] 3 All E.R. 617 (Q.B.D.), méritent à mon avis qu'on s'y arrête. Dans la première affaire, une nouvelle disposition législative empêchait pour le reste de leurs jours les personnes reconnues coupables d'une infraction majeure de vendre de l'alcool au détail. La Cour a refusé de considérer que la loi était régie par la présomption de non-rétroactivité des lois. Le juge en chef Cockburn écrit, aux pages 199 et 200:

[TRADUCTION] . . . en l'espèce, le but du texte législatif n'est pas de punir les contrevenants, mais de protéger le public contre la possibilité que des débits d'alcool soient tenus par des personnes de mœurs douteuses . . . le Parlement a de façon catégorique adopté une position ferme, de toute évidence pour protéger le public, afin que les endroits publics puissent être tenus par des personnes de bonnes mœurs, et il n'est pas important à cette fin de savoir si une personne a été déclarée coupable avant ou après l'adoption de la loi, car elle est tout aussi mauvaise dans un cas comme dans l'autre et ne devrait pas recevoir de permis.

Dans la dernière affaire, une loi avait été modifiée de façon à permettre de rendre une ordonnance déclarant une personne inhabile à agir à titre de clerk d'avocat si cette personne avait été déclarée coupable de vol, d'abus de confiance ou de détournement de biens. Le juge en chef, lord Goddard, a écrit (à la page 619):

[TRADUCTION] À mon avis, cette loi n'est pas véritablement «rétroactive». Elle permet de rendre une ordonnance empêchant pour l'avenir une personne d'agir à titre de clerk d'avocat et ce qui s'est produit dans le passé constitue la cause ou la raison de l'ordonnance; mais l'ordonnance n'a pas d'effet «rétroactif». Elle serait «rétroactive» si la loi déclarait nulle ou annulable une chose faite avant l'entrée en vigueur de la loi ou avant le prononcé de l'ordonnance ou si elle infligeait une peine pour avoir agi de la sorte avant que la loi n'entre en vigueur ou que l'ordonnance ne soit prononcée. La loi permet simplement de déclarer une personne inhabile pour l'avenir, ce qui n'a aucun effet sur ce que l'appellant a fait dans le passé.

(Suite de la page précédente)

[TRADUCTION] À mon humble avis, on ne peut qualifier une loi de loi «avantageuse», au sens où Driedger emploie ce mot, que lorsqu'elle accorde un avantage à une personne sans simultanément priver une autre personne d'un droit acquis

On Driedger's analysis Lord Goddard was apparently another victim of confused terminology. But his message nevertheless is clear: the statute is not retroactive, but retrospective, and is enforceable as an exception to the presumption against retrospectivity.

After quoting from these two decisions, L'Heureux-Dubé returned to Driedger (at page 320):

Elmer Driedger summarizes the point in "Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at p. 275:

In the end, resort must be had to the object of the statute. If the intent is to punish or penalize a person for having done what he did, the presumption applies, because a new consequence is attached to a prior event. But if the new punishment or penalty is intended to protect the public, the presumption does not apply.

What this amounts to, it seems to me, is made crystal clear in her final two quotations, taken from Stevenson J.A. (as he then was) of the Alberta Court of Appeal in the same case, *sub nom. Barry and Brosseau v. Alberta Securities Commission* (1986), 67 A.R. 222, at page 229 (at pages 320-321 S.C.R.):

Stevenson J.A. of the Court of Appeal likened the situation in the present appeal to that in the *Re A Solicitor's Clerk* case at p. 229:

In my view the principle in the *Solicitor's Clerk* case is indistinguishable. An additional power is given to the Commission — based on previous conduct. A new punishment cannot be added but that is not the nature of the office of ss. 166 and 167. It is the same office that the *Solicitor's Clerk* case deals with, namely to provide a disqualification based on past conduct which may show unfitness for the exemption.⁴

⁴ Stevenson J.A. explained the notion of exemption earlier in his decision (p. 225 A.R.):

The exemption referred to are exemptions from registration for certain kinds of trading, exemptions from prospectus requirements in specified cases, and exemptions regarding some particular bids. The consequence of making any of the requested orders would be to restrict the appellants from engaging in activities which would otherwise be exempt from regulation by the Commission. It is acknowledged that the Commission did not have the power to subject these appellants to the kinds of orders envisaged by ss. 165 and 166 under the Act that was in force when the impugned prospectus was delivered.

Suivant l'analyse de Driedger, lord Goddard était vraisemblablement une autre victime de la confusion terminologique. Mais son message est néanmoins clair: la loi n'est pas rétroactive, mais «rétrospective», et elle s'applique en tant qu'exception à la présomption de non-rétroactivité des lois.

Après avoir cité des extraits de ces deux décisions, le juge L'Heureux-Dubé revient à Driedger (à la page 320):

Elmer Driedger résume la question dans «Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections» (1978), 56 R. du B. can. 264, à la p. 275:

[TRADUCTION] Finalement, il faut se tourner vers l'objet de la loi. Si l'intention est de punir ou de pénaliser une personne pour ce qu'elle a fait, la présomption joue, parce qu'une nouvelle conséquence se rattache à un événement antérieur. Toutefois, si la nouvelle punition ou peine est destinée à protéger le public, la présomption ne joue pas.

Le principe qui se dégage de ce qui précède est, il me semble, exposé dans les termes les plus nets dans les deux derniers passages qu'elle tire (aux pages 320 et 321) de l'arrêt rendu par le juge Stevenson de la Cour d'appel (tel était alors son titre) de l'Alberta dans la même affaire, sous l'intitulé *Barry and Brosseau v. Alberta Securities Commission* (1986), 67 A.R. 222, à la page 229 (aux pages 320 et 321 R.C.S.):

Le juge Stevenson de la Cour d'appel a comparé la situation de la présente affaire à celle de l'affaire *Re A Solicitor's Clerk* à la p. 229:

[TRADUCTION] À mon avis, on ne peut établir de distinction avec le principe énoncé dans l'arrêt *Solicitor's Clerk*. Un pouvoir additionnel est accordé à la Commission, fondé sur la conduite antérieure. Une nouvelle peine ne peut être ajoutée mais ce n'est pas le rôle des art. 166 et 167. L'arrêt *Solicitor's Clerk* portait sur le même rôle, c'est-à-dire prévoir une exclusion fondée sur la conduite passée qui peut démontrer l'incapacité en ce qui a trait à l'exemption⁴.

⁴ Le juge Stevenson avait expliqué antérieurement la notion d'exemption dans sa décision (à la p. 225 A.R.):

[TRADUCTION] Les exemptions dont il est question ont trait à la dispense d'enregistrement de certains types de commerce, à la soustraction aux exigences du prospectus dans certains cas déterminés et aux exemptions applicables à certaines offres. Le prononcé de l'une ou l'autre des ordonnances sollicitées aurait pour effet d'empêcher les appelants de se livrer à des activités qui échapperaient autrement aux règlements de la Commission. Il est reconnu que la Commission n'avait pas le pouvoir d'assujettir les appelants aux ordonnances visées par les articles 165 et 166 sous le régime de la Loi qui était en vigueur lorsque le prospectus contesté a été lancé.

The present case involves the imposition of a remedy, the application of which is based upon conduct of the appellant before the enactment of ss. 165 and 166. Nonetheless, the remedy is not designed as a punishment for that conduct. Rather, it serves to protect members of the public.

The fact that the relief is not really punitive in nature is supported by the conclusion of Stevenson J.A. that the imposition of the new remedy did not lie at the root of the appellant's concern in this matter at p. 229:

In essence, the appellants fear the stigma arising from a finding that they did, or failed to do, what is alleged in the hearing notice. That root concern was well illustrated by the suggestion made in argument that neither would be particularly aggrieved by the remedy being imposed against them, indeed they could accept the remedies, but were concerned about the finding of wrong doing.

The office or function of such statutes is to establish some form of legal disqualification rather than to punish as such. In short, there is an exception to the presumption against retrospectivity where there is (1) a statutory disqualification, (2) based on past conduct, (3) which demonstrates a continuing unfitness for the privilege in question. To my mind this is quite a narrow exception to the general presumption, one that is very much more limited in scope than the Trial Judge's holding that an exception occurs whenever the statutory purpose may be conceptualized in broad terms as the protection of the public, whatever may be the effect upon the subordinate value of vested rights or interests. The actual holding of *Brosseau*, as far as I can see, has no possible application to the case at bar, since there is no question here of a continuing unfitness.

Of course, L'Heureux-Dubé categorizes the kind of statute she is dealing with as only "A sub-category of the third type of statute described by Driedger" (at page 319). Driedger's third type of statute, it will be recalled, is statutes "that impose a penalty on a person who is described by reference to a prior event, but the penalty is not intended as further punishment for the event" (*supra*, at page 198). What L'Heureux-Dubé J. describes as a sub-category, is nevertheless expressed in almost identical terms with Driedger's description of the whole category, and appears to exhaust it: in her words, "enactments which may impose a penalty on a person related to the past event, so long as the

La présente affaire concerne un redressement dont l'application est fondée sur la conduite de l'appelant avant l'adoption des art. 165 et 166. Néanmoins, le redressement n'est pas conçu comme une peine liée à cette conduite. Il vise plutôt à protéger le public.

^a Le fait que ce redressement ne soit pas véritablement de nature punitive est appuyé par la conclusion du juge d'appel Stevenson selon laquelle l'imposition du nouveau redressement n'était pas la préoccupation fondamentale de l'appelant en l'espèce à la p. 229:

^b [TRADUCTION] Essentiellement, les appelants craignent d'être marqués par une décision indiquant qu'ils ont fait ou omis de faire ce qui est allégué dans l'avis d'audition. Cette préoccupation fondamentale est bien illustrée par la déclaration faite dans l'argumentation, selon laquelle ils se souciaient moins du redressement imposé contre eux, car ils pouvaient accepter le redressement, que de la possibilité d'une conclusion sur l'illégalité.

^c Ces lois ont pour rôle ou pour fonction de créer une certaine forme d'incapacité légale plutôt que de punir comme tel. En résumé, la présomption de non-rétroactivité comporte une exception lorsqu'il y a (1) une incapacité légale (2) fondée sur une conduite antérieure, (3) qui démontre une inaptitude prolongée à bénéficier du privilège en question. À mon sens, il s'agit là d'une exception très étroite à la présomption générale, une exception dont la portée est beaucoup plus limitée que ce qu'a déclaré le juge de première instance en statuant que l'exception joue chaque fois qu'on peut considérer que la loi vise, de façon générale, à protéger le public, quelles qu'en soient les conséquences sur la valeur subordonnée des droits ou des intérêts acquis. Le principe qui a été effectivement posé dans l'arrêt *Brosseau* ne saurait, autant que je puisse en juger, s'appliquer au cas qui nous occupe, étant donné qu'il n'est pas question en l'espèce d'une inaptitude prolongée.

^d Certes, le juge L'Heureux-Dubé qualifie le genre de loi qu'elle examine de simple «sous-catégorie du troisième type de lois décrit par Driedger» (à la page 319). On se rappellera que le troisième type de lois de Driedger porte sur les lois [TRADUCTION] «qui infligent une peine à une personne qui est décrite par rapport à un événement antérieur, mais la peine n'est pas destinée à constituer une autre punition pour l'événement» (*supra*, à la page 198). Ce que le juge L'Heureux-Dubé qualifie de sous-catégorie est néanmoins exprimé en des termes presque identiques à ceux qu'emploie Driedger pour désigner la catégorie elle-même, et semble en couvrir tous les aspects; ce sont, pour

goal of the penalty is not to punish the person in question, but to protect the public” (at page 319).

Whether there is a general category broader than the sub-category, it must at least be recognized that there cannot be any public-interest or public-protection exception, writ large, to the presumption against retrospectivity, for the simple reason that every statute, whatever its content, can be said to be in the public interest or for the public protection. No Parliament ever deliberately legislates against the public interest but always visualizes its legislative innovations as being for the public good.

If there is a public-interest exception at all, therefore, it must in my opinion be reducible to a matter of legislative intent, that is, whether parliament intended prospectivity or retrospectivity. All the presumptions in question, after all, are presumptions of parliamentary intent. Hence there is nothing inconsistent in seeking to elucidate a presumption in the light of textual indications of parliamentary intent, as taken in the total statutory context.⁵ If presumptions can aid intent, why cannot real intent aid fictitious presumptions? Or put more precisely, all that is needed is the intent, whether derived from a presumption or from the statute itself.

Thus the counsel of Wright J. in *In re Athlumney. Ex parte Wilson*, [1898] 2 Q.B. 547 at pages 551-552 was to look to the statute:

Perhaps no rule of construction is more firmly established than this — that a retrospective operation is not to be given to a statute so as to impair an existing right or obligation, otherwise than as regards matter of procedure, unless that effect cannot be avoided without doing violence to the language of the

⁵ Such an interpretation of any broader meaning to be given to Driedger's third category brings it very close to his first category, “statutes that attach benevolent consequences to a prior event” (*supra*, at p. 198) as interpreted by *Snider v. Edmonton Sun et al.*, *supra*, note 3.

reprendre ses propres mots, «des textes législatifs qui peuvent imposer à une personne une peine liée à un événement passé en autant que le but de la peine n'est pas de punir la personne en question mais de protéger le public» (à la page 319).

Qu'il existe ou non une catégorie générale qui est plus large que la sous-catégorie, il faut à tout le moins reconnaître que la présomption de non-rétroactivité ne peut comporter d'exceptions fondées sur l'intérêt — ou, à plus grande échelle, sur la protection — du public pour la simple raison que l'on peut affirmer que, quel qu'en soit le contenu, toute loi vise l'intérêt ou la protection du public. Aucun législateur ne légifère délibérément contre l'intérêt public, mais perçoit toujours ces innovations législatives comme favorisant le bien public.

Si tant est qu'il existe une exception fondée sur l'intérêt public, elle doit par conséquent, selon moi, se ramener à une question d'intention du législateur, c'est-à-dire à la question de savoir si le législateur voulait que la loi agisse dans l'avenir ou dans le passé. Après tout, toutes les présomptions en question sont des présomptions d'intention du législateur. Il n'y a donc rien d'illogique à essayer d'élucider une présomption à la lumière des indices que comporte le texte au sujet de l'intention du législateur, en tenant compte du contexte général de la loi⁵. Si les présomptions peuvent nous aider à découvrir l'intention du législateur, pourquoi l'intention véritable ne pourrait-elle pas nous aider à comprendre le sens d'une présomption fictive? Ou, pour être plus exact, seule l'intention est nécessaire, qu'elle découle d'une présomption ou de la loi elle-même.

Ainsi, dans *In re Athlumney. Ex parte Wilson*, [1898] 2 Q.B. 547, aux pages 551 et 552, le juge Wright conseille de se tourner vers la loi:

[TRADUCTION] Il se peut qu'aucune règle d'interprétation ne soit plus solidement établie que celle-ci: on ne doit pas donner à une loi un effet rétrospectif de manière à porter atteinte à un droit ou à une obligation existants, sauf en matière de procédure, à moins que ce résultat ne puisse pas être évité sans

⁵ Cette interprétation d'un sens plus large à accorder à la troisième catégorie de Driedger la rapproche considérablement de la première catégorie, c'est-à-dire de celle des [TRADUCTION] «lois qui ajoutent des conséquences favorables à un événement antérieur» (*supra*, à la p. 198), telle qu'elle a été interprétée dans l'arrêt *Snider v. Edmonton Sun et al.*, *supra*, note 3.

enactment. If the enactment is expressed in language which is fairly capable of either interpretation, it ought to be construed as prospective only.

We also have the authority of the Supreme Court for looking to the text of a statute for resolution of the meaning of such a presumption: *Nova, An Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et al.*, [1981] 2 S.C.R. 437, where, in the words of L'Heureux-Dubé, *supra*, at page 318, "Estey J. dealt with the issue of retrospectivity by scrutinizing the intent behind the particular piece of legislation." Moreover, that Court in *Quebec (Attorney General) v. Healey*, [1987] 1 S.C.R. 158, at pages 166-167 approved the following statements from *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., 1969 at pages 215-216:

It is a fundamental rule of English law that no statute shall be construed to have a retrospective operation unless such a construction appears very clearly in the terms of the Act, or arises by necessary and distinct implication.

If, however, the language or the dominant intention of the enactment so demands, the Act must be construed so as to have a retrospective operation, for "the rule against the retrospective effect of statutes is not a rigid or inflexible rule but is one to be applied always in the light of the language of the statute and the subject-matter with which the statute is dealing."

To reflect on the language of the statute and its subject-matter, we must turn to a close examination of the Act itself.

III

It is common ground that the genesis of the amending Act is to be found in *The Report of the Commission of Inquiry Relating to Public Complaints, Internal Discipline and Grievance Procedure within the Royal Canadian Mounted Police*, Information Canada, Ottawa, 1976 (The Marin Commission Report). That Report recommended the creation of a public complaint system operationally and functionally distinct from the disciplinary system.

The mischief aimed at by the amending Act is undoubtedly accurately expressed by the following statement of the Marin Commission (at page 97):

déformer l'énoncé du texte. Si le libellé de la loi se prête à plusieurs interprétations, on doit l'interpréter comme devant prendre effet pour l'avenir seulement.

Nous avons également un arrêt de la Cour suprême qui nous invite à nous tourner vers le texte de la loi pour trouver le sens d'une telle présomption, l'arrêt *Nova, An Alberta Corporation c. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et autres*, [1981] 2 R.C.S. 437, dans lequel, pour reprendre les termes employés par le juge L'Heureux-Dubé, *supra*, à la page 318, «le juge Estey a analysé la question de la rétroactivité en examinant l'intention qui sous-tend la disposition législative visée». En outre, dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Healey*, [1987] 1 R.C.S. 158, aux pages 166 et 167, la Cour suprême s'est ralliée aux énoncés suivants tirés de *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12^e éd., 1969, aux pages 215 et 216:

[TRADUCTION] Le droit anglais pose pour règle fondamentale que nulle loi ne doit s'interpréter comme ayant un effet rétroactif, à moins qu'une telle interprétation ne ressorte clairement du texte de la loi ou ne s'impose comme inéluctable.

Toutefois, si la langue ou l'intention première du texte législatif l'exige, la loi doit être interprétée de manière à s'appliquer rétroactivement, car «la règle contre l'effet rétroactif des lois n'est ni rigide ni inflexible mais doit toujours être appliquée en fonction du texte de la loi et de l'objet de celle-ci.»

Pour réfléchir sur le texte et l'objet de la loi, nous devons examiner attentivement la Loi elle-même.

III

Il est constant que la genèse de la Loi modificative se trouve dans le *Rapport de la Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie royale du Canada*, Information Canada, Ottawa, 1976 (le rapport de la Commission Marin). Les auteurs de ce rapport recommandaient la création d'un système de traitement des plaintes du public qui soit distinct, tant sur le plan opérationnel que sur le plan fonctionnel, du système disciplinaire.

La situation que la Loi modificative visait à réformer est indubitablement exprimée avec exactitude dans la déclaration suivante de la Commission Marin (à la page 107):

The need for an independent authority to review the actions of the Force in handling public complaints is not one based on any discovery of a history of abuse or neglect. On the contrary, we have not found many cases where the Force was not both thorough in its investigation and fair in its disposition of complaints. The need in question is based on perceptions held by many who have difficulty in understanding how the Force can be both the supervisor and final arbiter for public complaints. Complainants, members involved in complaints and Canadians in general are entitled to an unqualified confidence in the Royal Canadian Mounted Police. In our view, the introduction of an independent review authority will ensure that such confidence is attainable.

As drawn to the Court's attention by the respondent, this view was echoed by the then Solicitor General in moving second reading of the amending legislation, (*Debates of the House of Commons*, September 11, 1985, at page 6518):

I see the establishment of the public complaints commission as an amendment of paramount importance. It is a contemporary response to a need for objective, open and fair handling of complaints against RCMP members in a manner which will command public confidence.

One purpose of the legislation, then, deduced from the mischief at which it was directed, is the protection of the public from having its complaints investigated privately. But it is evident from other clarifying words of the Solicitor General that there is another mischief to be guarded against as well, viz., the pillorying of members of the Force (*Debates*, September 11, 1985, at page 6519):

The recommendations of the Marin Commission are substantially implemented in this Act and considerable time and effort has been invested in developing revisions that will support and further the work of the RCMP and adequately preserve the delicate balance between the protection of the rights of the public and the individual members of the RCMP.

This comment would indicate that both mischiefs are being equally guarded against.

A surer way of approaching the problem, it seems to me, is through analysis of the provisions of the amending Act, particularly in relation to the antecedent Act.

As I indicated at the outset, the Commission is established by Part VI of the Act. Part VII then begins (subsection 45.35(1)) with the right of any member of the public having a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or

La nécessité qu'il y ait un organisme indépendant afin de réviser les mesures prises par la Gendarmerie dans le traitement des plaintes du public n'est pas fondée sur quelque histoire d'abus ou de négligence. Au contraire, nous n'avons pas trouvé beaucoup d'affaires dans lesquelles la Gendarmerie n'a pas mené une enquête approfondie ou réglé une plainte d'une façon injuste. Mais il demeure néanmoins que de nombreuses personnes peuvent difficilement comprendre comment la Gendarmerie peut à la fois agir à titre de surveillant et d'arbitre en dernier ressort en ce qui a trait aux plaintes du public. Les plaignants, les membres impliqués dans les plaintes et les Canadiens en général sont en droit d'aspirer à une confiance sans réserve à l'égard de la Gendarmerie royale du Canada. À notre avis, l'implantation d'un organisme indépendant de révision permettrait de satisfaire à de telles aspirations.

Comme l'intimée nous l'a fait remarquer, le solliciteur général de l'époque a fait écho à cette manière de voir en proposant la deuxième lecture de la Loi modificative (*Débats de la Chambre des communes*, 11 septembre 1985, à la page 6518):

Je vois l'établissement de la Commission des plaintes du public comme une modification de première importance. C'est une solution contemporaine à la nécessité de traiter de façon objective, ouverte et juste les plaintes formulées contre des agents de la GRC, solution qui méritera la confiance de la population.

Ainsi donc, un objet de la loi qu'on peut dégager de la situation qu'elle visait à réformer est de protéger le public contre la tenue d'enquêtes secrètes sur ses plaintes. Mais il ressort à l'évidence d'autres éclaircissements fournis par le solliciteur général que l'on voulait aussi se protéger contre un autre abus, à savoir la mise au pilori des membres de la Gendarmerie (*Débats*, 11 septembre 1985, à la page 6519):

Ce projet de loi donne suite à la plupart des recommandations de la commission Marin et l'on a passé beaucoup de temps à préparer des révisions qui aideront la GRC dans son travail tout en préservant le délicat équilibre entre la protection des droits du public et celle des membres de la GRC.

Cette observation indique que l'on se prémunit également contre les deux abus.

Une manière plus sûre d'aborder le problème consiste, il me semble, à analyser les dispositions de la Loi modificative, particulièrement par rapport à la Loi précédente.

Comme je l'ai précisé au départ, la Commission est constituée aux termes de la partie VI de la Loi. La partie VII commence ensuite (paragraphe 45.35(1)) avec le droit de tout membre du public qui a un sujet de plainte concernant la conduite,

function under the Act, of any member or other person appointed or employed under the Act, to make a complaint to the Commission, to any member or other person appointed or employed under the Act, or to any provincial authority responsible for complaints by the public against police. Complaints may also be initiated by the Commission Chairman.

The Commission must notify the Commissioner of every complaint received, and he must deal with every complaint, either informally (on consent) or with an investigation, or without an investigation if he does not deem it warranted or reasonably practicable. Where a complaint has been initiated by the Commission Chairman, the Commissioner must investigate it.

Forthwith upon being notified of a complaint, the Commissioner must notify the person complained against, unless, in his opinion, to do so might adversely affect an investigation.

A complainant who is dissatisfied with the disposition of a complaint by the RCMP may, pursuant to section 45.41, refer the complaint to the Commission. Upon such referral of a complaint, the Commission is obliged to review the complaint unless it has already investigated it or instituted an inquiry into the matter.

In addition to this duty to review complaints that have been referred, the Chairman has also, by virtue of section 45.43, the power to investigate or institute a hearing into a complaint, whether or not it has been investigated or reported on or otherwise dealt with by the Commissioner where he "considers it advisable in the public interest."

Where the Chairman decides to institute a hearing, the Chairman assigns a member or members of the Commission to conduct it. For purposes of the hearing, this member or these members are then deemed to be the Commission. There are formalities of notice, and the Commission has the powers conferred on a board of inquiry, including the power of subpoena. The complainant, the RCMP, and the person complained against all have the right to present evidence, to cross-exam-

dans l'exercice de fonctions prévues par la Loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la Loi, de déposer une plainte auprès de la Commission, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de la Loi, ou de l'autorité provinciale compétente pour recevoir des plaintes et faire enquête. Le président de la Commission peut également porter plainte.

La Commission doit aviser le commissaire du dépôt de chaque plainte, et le commissaire doit instruire chaque plainte, en la réglant à l'amiable (de consentement), en procédant à une enquête, ou en refusant de procéder à une enquête s'il est d'avis qu'une telle mesure n'est pas justifiée ou qu'elle n'est pas raisonnablement praticable. Le commissaire est tenu d'enquêter sur les plaintes portées par le président de la Commission.

Dès qu'il est avisé d'une plainte, le commissaire doit aviser la personne dont la conduite fait l'objet de la plainte pour autant qu'il soit d'avis qu'une telle mesure ne risque pas de nuire à la conduite d'une enquête.

Le plaignant qui n'est pas satisfait du règlement de sa plainte par la GRC peut, en vertu de l'article 45.41, renvoyer sa plainte devant la Commission. La Commission est tenue d'examiner la plainte qui lui est renvoyée, à moins qu'elle n'ait déjà fait enquête ou convoqué une audience pour faire enquête sur la question.

Outre cette obligation d'examiner les plaintes qui font l'objet d'un renvoi, le président a également le pouvoir, en vertu de l'article 45.43, de tenir une enquête ou de convoquer une audience pour enquêter sur une plainte, que le commissaire ait ou non enquêté ou produit un rapport sur la plainte, ou pris quelque autre mesure à cet égard, s'il «estime dans l'intérêt public d'agir de la sorte».

Le président de la Commission, s'il décide de convoquer une audience, désigne le ou les membres de la Commission qui tiendront l'audience. À l'audience, le ou les membres qui tiennent l'audience sont réputés être la Commission. Des formalités de préavis sont prévues, et la Commission a les pouvoirs qui sont conférés à une commission d'enquête, y compris le pouvoir d'assigner des témoins. Le plaignant, la GRC et la personne qui fait l'objet de la plainte ont tous le droit de présenter

ine witnesses, to make representations, and to be represented by counsel.

The Commission does not have any power to issue a binding order or direction, but it must, on completion of a hearing, report in writing to the Commissioner and the Solicitor General, "setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission sees fit."

The Commissioner is required to review the complaint in the light of the findings and recommendations set out in the report, and reply to the Solicitor General and the Chairman what action, if any, he will take, or with reasons for not acting, if his decision is not to act.

The last word belongs to the Chairman, who must make a final report in writing to the parties, the Solicitor General, and the Commissioner.

Prior to the amending Act, there was no statutory scheme in place for the investigation of public complaints. There was only an internal review procedure, established by an administrative act of the Commissioner (Bulletin AM-740 of October 19, 1984, set out at Appeal Book I, at pages 32 ff and II, at pages 193 ff).⁶ As neither statute law nor regulation, it had no legal status: *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, at page 129.

It is also worth noting that the disciplinary offences (major and minor service offences) applied only to members in the pre-amendment Act (sections 25 and 26), so that there could be no statutory review of the conduct of civilian employees of the Force except under the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33] (section 10 of the old Act), whereas of course

des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins, de faire des observations et d'être représentés par un avocat.

^a La Commission n'a pas le pouvoir de rendre des décisions obligatoires, mais elle doit, au terme de l'audience, établir et transmettre au commissaire et au solliciteur général un rapport écrit «énonçant les conclusions et les recommandations qu'elle estime indiquées».

^c Le commissaire est tenu de réviser la plainte à la lumière des conclusions et des recommandations énoncées au rapport et d'aviser le solliciteur général et le président des mesures qu'il prendra ou de leur exposer les raisons pour lesquelles il ne prendra pas de mesure, si telle est sa décision.

^d Le dernier mot revient au président, qui doit établir et transmettre aux parties, au solliciteur général, et au commissaire, un rapport écrit final.

^e Avant l'entrée en vigueur de la Loi modificative, il n'existait pas de mécanisme législatif d'enquête au sujet des plaintes portées par de simples citoyens. Il existait seulement une procédure interne d'examen, qui avait été établie en vertu d'un texte administratif du commissaire (le bulletin AM-740 du 19 octobre 1984, reproduit au dossier d'appel I aux pages 32 et suivantes, et au dossier d'appel II, aux pages 193 et suivantes)⁶. Comme il n'est ni un texte législatif ni un règlement, ce bulletin n'a pas force de loi: *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la page 129.

^h Il vaut également la peine de noter que les manquements à la discipline (manquements graves et simples au devoir) s'appliquaient seulement aux membres de la Gendarmerie aux termes de l'ancienne Loi (articles 25 et 26), de sorte que la conduite du personnel civil de la Gendarmerie ne pouvait faire l'objet d'une examen légal, sauf sous le régime de la *Loi sur l'emploi dans la fonction*

⁶ Counsel for both parties agreed that this Bulletin was not even a Commissioner's Standing Order.

⁶ Les avocats des deux parties s'entendent pour dire que ce bulletin ne constitue même pas une consigne du commissaire.

under Part VII public complaints may be brought against such employees.⁷

It is also noteworthy that Part II of the amending Act provided for the creation of an External Review Committee, which plays an important role in the new internal grievance procedure for complaints by RCMP personnel established by Part III of the amending Act. Part IV of the amending Act instituted a new disciplinary Code of Conduct governing the conduct of members of the RCMP, which essentially replaced Part II of the old Act. Part II was proclaimed as law as of December 18, 1986 and Parts III and IV as of June 30, 1988.

IV

It was submitted by the respondent that Parts VI and VII create nothing more than a new procedure for the investigation of public complaints against members of the RCMP, and that, as procedural legislation, the presumption against the retrospective application of statutes does not apply.

The law in this respect was shortly stated by La Forest J. for the Supreme Court in *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at page 262:

There is a presumption that statutes do not operate with retrospective effect. "Procedural" provisions, however, are not subject to the presumption. To the contrary, they are presumed to operate retrospectively

That much is clear. However, as La Forest J. went on to say (at page 262), "The distinction between

⁷ It is of course true, as contended by the respondent, that complaints by the public against non-member personnel could have triggered an inquiry under the *Inquiries Act* [R.S.C., 1985, c. I-11], but that is equally true of anything and everyone else, and can hardly be seen as a form of review of the conduct of non-members. The companion submission of the respondent that non-member personnel could have been investigated under section 31 of the old Act, which provided for investigations "Whenever it appears . . . that a service offence has been committed" makes no sense at all, since a non-member could not be found guilty of a service offence.

publique [L.R.C. (1985), chap. P-33] (article 10 de l'ancienne Loi), tandis qu'aux termes de la partie VII, de simples citoyens peuvent évidemment porter plainte contre ces employés⁷.

^a Il vaut également la peine de noter que la partie II de la Loi modificative prévoit la création d'un Comité externe d'examen, qui joue un rôle important dans la nouvelle procédure interne de règlement des griefs relatifs au personnel de la GRC ^b qui est établie par la partie III de la Loi modificative. La partie IV de la Loi modificative crée un nouveau code de déontologie disciplinaire qui régit la conduite des membres de la GRC, et qui remplace essentiellement la partie II de l'ancienne Loi. ^c La partie II a pris effet le 18 décembre 1986 et les parties III et IV sont entrées en vigueur le 30 juin 1988.

IV

^d L'intimée prétend que les parties VI et VII ne créent rien de plus qu'une nouvelle procédure d'enquête des plaintes portées par le public contre des membres de la GRC et que, comme il s'agit de dispositions de caractère procédural, la présomption de la non-rétroactivité des lois ne s'applique pas. ^e

Les règles de droit applicables à cet égard ont été brièvement énoncées par le juge La Forest, au nom de la Cour suprême, dans l'arrêt *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, à la page 262:

Il existe une présomption que les lois n'ont pas d'effet rétroactif. Toutefois les dispositions «procédurales» ne sont pas assujetties à la présomption. Au contraire, elles sont présumées agir rétroactivement

Jusqu'ici, tout est clair. Mais le juge La Forest ajoute (à la page 262): «la distinction qui existe

⁷ Il est évidemment vrai, comme le prétend l'intimée, que les plaintes portées par le public contre des employés qui ne font pas partie de la Gendarmerie auraient pu donner lieu à une enquête sous le régime de la *Loi sur les enquêtes* [L.R.C. (1985), chap. I-11], mais cela est également vrai pour toute autre chose et toute autre personne, et ne peut guère être considéré comme une forme d'examen de la conduite de personnes étrangères à la Gendarmerie. L'argument connexe de l'intimée, suivant lequel les employés qui ne font pas partie de la Gendarmerie auraient pu faire l'objet d'une enquête en vertu de l'article 31 de l'ancienne Loi, qui prévoyait la tenue d'une enquête «Lorsqu'il . . . apparaît qu'un manquement au devoir a été commis», est tout à fait illogique, étant donné que les personnes qui sont étrangères à la Gendarmerie ne pouvaient être déclarées coupables d'un manquement au devoir.

substantive and procedural provisions . . . is far from clear.” To begin with, as stated by Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1984, at page 137:

Procedural acts have no retroactive operation, their effect is only immediate

It is not enough for the law to be procedural in nature. For the rule of immediate application to apply, it must, in the specific circumstances in which it will apply, affect “procedure only”, it must be a provision of “mere procedure” or “pure procedure”.

Côté adds (at page 139):

Thus, a statute is purely procedural if its application affects only the means of exercising a right.

La Forest J. put it this way in *Angus* (at page 265):

Even if one assumes that the provision in question is procedural in some sense, the judicially created presumptions regarding the retrospective effect of procedural rules were not devised with this sort of distinction in mind. Normally, rules of procedure do not affect the content or existence of an action or defence (or right, obligation, or whatever else is the subject of the legislation), but only the manner of its enforcement or use.

The cases cited by the appellant, *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687 (C.A.); *Re Royal Insurance Co. of Canada and Ontario Human Rights Commission et al.* (1985), 51 O.R. (2d) 797 (Div. Ct.); and *R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p R*, [1989] 1 All ER 647 (Q.B.D.), all involve, it seems to me, new statutory structures which are both more elaborate and more clearly substantive in their effects on rights than the statute at bar. The instant case is a more borderline one because the Commission is rather like an ombudsman with an opportunity to persuade the ultimate authority, the Commissioner. Indeed, the respondent argued strenuously that the absence of powers allowing the Commission to impose sanctions of any kind upon RCMP personnel shows the non-punitive and merely procedural character of Part VII. Sanctions as such can be imposed only by the Commissioner.

entre les dispositions de fond et celles de nature procédurale est loin d’être claire». Pour commencer, comme le déclare Côté dans son ouvrage intitulé *Interprétation des lois*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, aux pages 149 et 150:

Les lois de procédure n’ont donc pas d’effet rétroactif: elles n’ont qu’un effet immédiat

Il ne suffit pas que la loi soit une loi de procédure: elle doit, pour s’appliquer immédiatement, avoir, dans les circonstances concrètes où elle doit s’appliquer, un effet sur la «procédure seulement» («*procedure only*»), elle ne doit être que de «simple procédure» («*mere procedure*») ou de «pure procédure».

Côté ajoute (à la page 151):

En résumé, une loi est de pure procédure si son application dans un cas concret n’a d’effet que sur la manière d’exercer un droit.

Voici comment le juge La Forest formule le principe dans l’arrêt *Angus* (à la page 265):

Même si l’on présume que la disposition en question est de nature procédurale dans un certain sens, les tribunaux qui ont créé des présomptions concernant l’effet rétroactif des règles de procédure n’avaient pas ce genre de distinction à l’esprit. Normalement, les règles de procédure n’ont pas d’effet sur le contenu ou sur l’existence d’une action ou d’un moyen de défense (ou d’un droit, d’une obligation ou de quelque autre objet de la loi), mais seulement sur la manière de l’appliquer ou de l’utiliser.

Les décisions citées par l’appellant, *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.); *Re Royal Insurance Co. of Canada and Ontario Human Rights Commission et al.*, (1985), 51 O.R. (2d) 797 (C. div.); et *R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p R*, [1989] 1 All ER 647 (Q.B.D.), traitent toutes, il me semble, de nouvelles structures législatives qui sont plus compliquées que celles de la présente loi et qui touchent de façon plus évidente le fond du droit que ne le fait la présente loi. Le cas qui nous occupe est davantage un cas limite, parce que la Commission agit plutôt comme un protecteur du citoyen capable de persuader l’autorité ultime, le commissaire. D’ailleurs, l’intimée affirme énergiquement que l’absence de pouvoirs permettant à la Commission de prononcer des sanctions de quelque nature que ce soit contre le personnel de la GRC montre le caractère non punitif et purement procédural de la partie VII. Seul le commissaire peut infliger des sanctions à proprement parler.

Nevertheless, I believe it would be unrealistic to conclude that there will be no effect on those investigated as a result of any investigation undertaken, particularly where there is a public hearing. The Commission may operate either as a form of appellate review of an RCMP investigation, or, when the Chairman invokes the public interest, as an external review of first instance. The Act provides for subpoenas, oral testimony with cross-examination, arguments by counsel, and a report by the Committee. Parliament itself has in my opinion recognized the effect on the rights of RCMP personnel by providing in subsection 45.45(10) that no answer or statement in response to a question shall be used or receivable against a witness in a disciplinary hearing, except where there is perjury. This indicates clearly enough Parliament's view as to the substantive effect of Part VII. Beyond all this, there is Parliament's addition of non-members to those whose conduct can be scrutinized under the Act. What is legislated is clearly not just a manner of scrutiny, but the very existence of public scrutiny for the first time. In terms of the test established by *La Forest J.* in *Angus* this is not the kind of procedural legislation that can escape the presumption against retrospectivity.

Hence I do not find relevant the respondent's citation of *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, where the Supreme Court held that the incompetence and uncompellability of a wife under the previous law is a merely procedural right, not the result of a substantive right to confidentiality, since the Court obviously found the provision there to be a matter of mere procedure.

I am therefore persuaded by the learned Trial Judge and for the same reasons that this legislation does not fall under the exception to the general presumption against retrospectivity afforded procedural legislation. As he put it (at page 770):

Quoi qu'il en soit, je crois qu'il serait irréaliste de conclure que les enquêtes qui seront entreprises n'auront aucune incidence sur les personnes qui en feront l'objet, particulièrement lorsque ces enquêtes sont publiques. La Commission peut agir sous la forme d'un organisme d'appel chargé de réviser les enquêtes menées par la GRC ou, lorsque le président invoque l'intérêt public, comme un organisme procédant en première instance à un examen externe. La Loi prévoit l'assignation de témoins, l'audition de témoignages et la tenue de contre-interrogatoires, la présentation d'observations par des avocats, et l'établissement d'un rapport par le Comité. Le législateur fédéral a, à mon avis, lui-même reconnu les incidences que les enquêtes ont sur les droits du personnel de la GRC en prévoyant, au paragraphe 45.45(10), que les réponses ou les déclarations faites à la suite des questions ne peuvent être utilisées ni ne sont recevables contre un témoin au cours d'une audience disciplinaire, sauf en cas de parjure. Cela démontre de façon assez évidente l'opinion du législateur quant aux effets de la partie VII sur le fond du droit. Ajoutons que le législateur permet aussi, en vertu de la Loi, de scruter la conduite de personnes étrangères à la Gendarmerie. Il ne légifère donc pas uniquement sur la manière de procéder à cet examen minutieux, mais, pour la première fois, sur l'existence même de l'examen public. Selon le critère posé par le juge *La Forest* dans l'arrêt *Angus*, il ne s'agit pas d'un type de loi de procédure qui peut échapper à la présomption de non-rétroactivité.

En conséquence, je trouve dénué de pertinence le passage tiré par l'intimée de l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, dans lequel la Cour suprême a statué que l'incapacité et l'impossibilité de contraindre une épouse qui étaient prévues par la loi antérieure ne résultaient pas d'une règle de fond en matière de confidentialité mais constituaient une simple règle de procédure, puisque la Cour a de toute évidence conclu que la disposition en cause dans cette affaire portait simplement sur la procédure.

Je suis donc persuadé par le juge de première instance et pour les mêmes motifs que la présente loi ne tombe pas sous le coup de l'exception à la présomption générale de la non-rétroactivité qui existe dans le cas des lois procédurales. Voici en quels termes il formule la question (à la page 770):

... the review process by the Commission, as set out in Part VII, is an external process involving a newly created body which had no role or function in connection with the former RCMP complaints procedure. This is a change which has an effect on the content or existence of a right. It creates a new right to external, public review of RCMP conduct, and for most complaints it will extend the time taken for consideration of complaints, it may involve hearings, generally in public, and until matters are finally disposed of the uncertainties attendant on the process will be extended.

V

In my view, the same evidence of parliamentary intention which prove that Parts VI and VII are not a purely procedural exception to the presumption against retrospectivity also speak to a parliamentary intention of prospectivity rather than retrospectivity. The introduction of Part VII imposes new disabilities (as to reputation and discipline) and new duties (as to responding to complaints) on RCMP personnel. It cannot realistically be said that any such penalties are not intended as punishment for the event. That is indeed one of the purposes, where fault on behalf of RCMP personnel is found. The public is not being protected merely against a continuing unfitness as in *Brosseau*, but by exposure and punishment of wrongdoers. Equally, RCMP members and non-members are intended to be protected, as far as possible, from unsupported allegations against them. An RCMP member might have been charged with an offence, tried and acquitted pursuant to the provisions of Part II of the Act as it read prior to these amendments. A retrospective application of Part VII could have the effect of putting that person through an inquiry process a second time. Indeed, there might already have been a conviction under the old Part II and a consequent punishment, but the matter could still be revisited if retrospectivity were recognized.

This is a world removed from the legislation allowed to function retrospectively in *Brosseau*. Nor does it qualify for any broader meaning of the third category, viz., that it created only benefits

... la procédure d'examen de la Commission prévue par la partie VII est une procédure externe dans laquelle intervient un organisme nouvellement créé qui ne jouait aucun rôle et n'exerçait aucune fonction relativement à l'ancienne procédure de règlement des plaintes de la GRC. Il s'agit d'une modification qui a un effet sur le contenu ou sur l'existence d'un droit. Elle crée un nouveau droit à un examen public externe de la conduite de la GRC et, pour la plupart des plaintes, elle allongera le temps consacré à l'examen des plaintes, elle peut comporter la tenue d'audiences, généralement publiques, et, en attendant que la question soit tranchée définitivement, les incertitudes inhérentes au processus seront accrues.

V

À mon avis, les mêmes éléments de preuve relatifs à l'intention du législateur qui établissent que les parties VI et VII ne sont pas une exception purement procédurale à la présomption de non-rétroactivité indiquent également que le législateur voulait que la loi dispose pour l'avenir plutôt que pour le passé. L'adoption de la partie VII impose au personnel de la GRC de nouvelles incapacités (quant à la réputation et à la discipline) et de nouvelles obligations (quant à la suite à donner aux plaintes). On ne saurait avec réalisme prétendre qu'aucune de ces peines ne constitue une punition pour l'événement. C'est effectivement l'un des buts visés, lorsque le personnel de la GRC se rend coupable d'une faute. On ne protège pas simplement le public contre une inhabilité prolongée comme dans l'arrêt *Brosseau*, mais on le protège en dénonçant et en punissant les contrevenants. Par ailleurs, on cherche autant que possible à protéger les personnes qui sont membres de la GRC et celles qui n'en font pas partie des accusations injustifiées portées contre elles. Il est possible qu'un membre de la GRC ait été accusé d'une infraction, puis jugé et acquitté conformément aux dispositions de la partie II de la Loi dans leur rédaction en vigueur avant l'adoption des modifications en question. Une application rétroactive de la partie VII pourrait avoir pour conséquence de soumettre une seconde fois cette personne au processus d'enquête. En fait, cette personne aurait pu avoir été reconnue coupable en vertu de l'ancienne partie II et avoir été punie en conséquence, mais l'affaire pourrait être réexaminée si la rétroactivité était reconnue.

Il y a un monde entre la présente loi et celle à laquelle on a donné un effet rétrospectif dans l'arrêt *Brosseau*. La présente loi ne remplit pas non plus les conditions nécessaires pour qu'on lui

and imposed no obligations. As already observed, the Act imposes disabilities and obligations on a new group, never before scrutinized, i.e., non-members.

All of this is not merely to say that Parts VI and VII do not neatly fall within Driedger's third category of presumptions. What is even more important is that the parliamentary intention which is reflected by these provisions does not imply retrospectivity. On the contrary, Parliament's including a whole new group in the coverage of possible disciplinary proceedings and its extreme care in delineating protections for those complained against establish exactly the opposite, viz., that it intended only prospective operation.

The Trial Judge, of course, reached a contrary conclusion as to the necessary implication of the Act, and is supported in that by the respondent. For the Trial Judge, as I read him, this position is principally an elucidation of his previously arrived at conclusion with respect to the Act's falling within the third or excepting category of presumption, since he draws it [at page 778] "From the general circumstances concerning the enactment and its possible application, from my earlier conclusion that the objective of Parts VI and VII was to provide protection of public interests, and that any effect upon vested rights or interests is subordinate to the public protection intended". But if the Act is looked at without the belief that it is governed by *Brosseau*, but merely for indications of Parliament's own intent, then a retrospective interpretation is not, I believe, possible.

For the sake of completeness, however, I should refer specifically to two included considerations taken into account by the Trial Judge under the same rubric (at pages 776-777):

reconnaisse le sens élargi donné à la troisième catégorie, c'est-à-dire pour qu'on considère qu'elle crée seulement des avantages et qu'elle n'impose aucune obligation. Comme je l'ai déjà signalé, la Loi impose des incapacités et des obligations à un nouveau groupe dont la conduite n'a jamais été scrutée, à savoir des personnes étrangères à la GRC.

Je ne veux pas simplement en déduire que les parties VI et VII n'entrent pas nettement dans la troisième catégorie de présomptions de Driedger. Ce qui est encore plus important, c'est que l'intention du législateur qui ressort de ces dispositions ne permet pas de conclure qu'elles ont un effet rétroactif. Au contraire, le fait que le législateur a assujéti un tout nouveau groupe aux mesures disciplinaires qui peuvent être prises et le soin extrême qu'il a pris à énoncer en détail les mesures de protection dont bénéficient les personnes dont la conduite fait l'objet d'une plainte démontrent exactement le contraire, c'est-à-dire qu'il voulait que la Loi ne dispose que pour l'avenir.

Le juge de première instance en est évidemment venu à la conclusion contraire sur l'interprétation qu'exige implicitement la Loi, et l'intimée se rallie à son opinion sur ce point. Si j'ai bien compris, pour le juge de première instance, ce point de vue est surtout un éclaircissement de sa conclusion antérieure suivant laquelle la Loi tombe sous le coup de la troisième catégorie de présomptions, la catégorie d'exception, étant donné qu'il en vient à cette conclusion [à la page 778] «Eu égard aux circonstances générales entourant l'adoption des dispositions législatives et leur application possible, vu la conclusion à laquelle j'en suis déjà venu suivant laquelle les parties VI et VII avaient pour but de protéger l'intérêt public et que tout effet sur les droits acquis est subordonné à l'intention de protéger le public». Mais si l'on examine la Loi sans considérer qu'elle est régie par l'arrêt *Brosseau*, mais en cherchant simplement des indices de la volonté du législateur lui-même, il est impossible, selon moi, de donner une interprétation rétroactive à la Loi.

Cependant, pour ne rien omettre, je cite expressément les deux facteurs dont le juge de première instance a tenu compte sous la même rubrique (aux pages 776 et 777):

One factor in the general circumstances relating to the enactment and application of Part VII, not referred to by counsel in argument, may have relevance. Other parts of the same amending statute were apparently enacted to implement other recommendations of the Report of the Marin Commission. Thus, Part II provided for the creation of the Royal Canadian Mounted Police External Review Committee, and Part III, providing a statutory internal grievance procedure for complaints by members of the RCMP, provides for this External Review Committee to play an important role in the grievance process. That role is somewhat comparable to the role of the Public Complaints Commission as an external body with a reviewing function in relation to public grievances. Parts II and III of the Act also came into force by proclamation, at a date earlier than Part VII. It would seem to me anomalous to conclude that Parliament would have intended an external review of internal grievances and an external review of public complaints, both originating from the same Inquiry's Report and both included in the same amending statute, to be effective at different times.

One other factor, touched upon in argument on behalf of the Commission, arises from the implications of the position of the Attorney General that Part VII should not be applied in the case of a complaint alleging conduct that occurred prior to September 30, 1988. If that were the case, it would be necessary, if public complaints are to be dealt with, that for a considerable time there be two on-going parallel processes for dealing with complaints, one involving the RCMP alone for complaints about conduct occurring before Part VII was in force and the other involving the RCMP and the new Commission where the conduct alleged occurred after that date.

Both these factors refer to the supposed anomaly of Parliament's intending to bring different Parts of the amending Act into force at different times with varying effects. Perhaps that was not Parliament's intention, but Parliament well understands that proclamation is an executive act, and that the coming into force of legislation depends not upon Parliament itself but upon the executive of the day. Nothing in this consideration in my view implies that Parliament intended any part of the Act to have an effect retrospective to the time of its coming into force. Parliament may well have intended that the various parts of the amending Act should all come into force at the same time, but that does not imply that all or any of them should have retrospective effect. That falls to be decided upon an examination of the factors I have already considered.

The respondent also raised an issue as to the interpretation to be given to subsection 45.41(1) of

Un des facteurs qui fait partie des circonstances générales entourant l'adoption et l'application de la partie VII que les avocats n'ont pas mentionné lors des débats est peut-être pertinent. D'autres parties de la même Loi modificative ont apparemment été édictées pour donner suite à d'autres recommandations du rapport publié par la Commission Marin. Ainsi, la partie II prévoit la création du Comité externe d'examen de la Gendarmerie royale du Canada, et la partie III, qui établit une procédure interne de règlement des griefs dans le cas des plaintes formulées par des membres de la GRC, attribue à ce Comité externe d'examen un rôle important dans la procédure de règlement des griefs. Ce rôle s'apparente quelque peu à celui que joue la Commission des plaintes du public à titre d'organisme externe chargé d'examiner les griefs du public. Les parties II et III de la Loi sont également entrées en vigueur par proclamation, à une date antérieure à celle de la partie VII. Il semblerait anormal de conclure que le législateur aurait voulu que prennent effet à des dates différentes l'examen externe des griefs internes et l'examen externe des plaintes du public, qui proviennent tous les deux du même rapport d'enquête et qui sont tous les deux inclus dans la même Loi modificative.

Un autre facteur que l'avocat de la Commission a abordé dans sa plaidoirie découle de la thèse du procureur général suivant laquelle la partie VII ne devrait pas être appliquée dans le cas d'une plainte portant sur des actes qui auraient été accomplis avant le 30 septembre 1988. Si c'était le cas, il serait nécessaire, pour pouvoir examiner des plaintes du public, que coexistent pendant une période très longue deux processus parallèles d'examen des plaintes: l'un auquel seule la GRC participerait et qui porterait sur les plaintes déposées au sujet d'actes accomplis avant l'entrée en vigueur de la partie VII, et l'autre, dans lequel la GRC et la nouvelle commission interviendraient, lorsque l'acte reproché aurait été accompli après cette date.

Ces deux facteurs ont trait à l'argument suivant lequel il serait anormal que le législateur fédéral ait voulu que différentes parties de la Loi modificative entrent en vigueur à des dates différentes avec des résultats différents. Ce n'était peut-être pas son intention, mais le législateur sait bien que la promulgation est un acte de l'exécutif et que l'entrée en vigueur d'une loi ne dépend pas du législateur lui-même mais de l'exécutif du moment. Cette observation n'implique nullement à mon avis que le législateur voulait qu'une partie de la Loi prenne effet avant la date de son entrée en vigueur. Il se peut bien que le législateur ait voulu que les diverses parties de la Loi modificative entrent toutes en vigueur au même moment, mais cela n'implique pas que l'une ou l'autre de ces parties devrait avoir un effet rétrospectif. Cette question doit être tranchée après examen des facteurs que j'ai déjà analysés.

L'intimée soulève également un autre point litigieux au sujet de l'interprétation à donner au

the Act. In this connection the respondent submitted that "A complainant under subsection 43.35(1)" of the Act, as it appears in subsection 45.41(1), should be interpreted to include any person who has made a complaint to any of the persons referred to in paragraph 45.35(1)(a), (b), or (c) of the Act, whether or not the complaint was made before the coming into force of Part VII. As an alternative interpretation it was contended that the phrase "A complainant under subsection 45.35(1)" of the Act, as it appears in subsection 45.41(1), should be interpreted to mean a member of the public who initiates a complaint, as distinct from the Chairman of the Commission, who may initiate a complaint under subsection 45.37(1). This latter interpretation may well be the correct one, but this whole argument as to subsection 45.41(1) is, as the Trial Judge rightly found, "simply another way of considering the question of whether Part VII is to have retrospective application to conduct alleged to have occurred before Part VII was in force" (at page 780). It is not, in short, a distinct argument which needs to be treated separately, and is answered by the general answer already given.

In summary, the Act as enacted by Parliament, when carefully examined, reveals a concern for those complained against and an enlargement of those subject to complaint in my view wholly inconsistent with retrospectivity. Since in my opinion the Act is in no way retrospective, the various dates referred to in the questions and complaints in the stated case are all equally before the operative time for the statute, and must therefore all stand or fall together. As I read the statute, they all fall.

In the result the appeal should be allowed, the judgment of the Trial Judge set aside, and the four questions referred to the Court answered in the negative. Because of the referential character of this case, in my opinion there should be no order as to costs.

URIE J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

paragraphe 45.41(1) de la Loi. À cet égard, l'intimée prétend que l'expression «Le plaignant visé au paragraphe 45.35(1)» qui figure au paragraphe 45.41(1) devrait être interprétée comme comprenant toute personne qui a déposé une plainte auprès de l'une ou l'autre des personnes mentionnées aux alinéas 45.35(1)a), b) ou c) de la Loi, que la plainte ait été ou non déposée avant l'entrée en vigueur de la partie VII. À titre subsidiaire, elle prétend que l'expression «Le plaignant visé au paragraphe 45.35(1)» qui figure au paragraphe 45.41(1) devrait s'entendre du membre du public qui dépose une plainte, de façon à le distinguer du président de la Commission, qui peut porter plainte en vertu de paragraphe 45.37(1). Cette dernière interprétation est peut-être la bonne, mais, comme le juge de première instance l'a à juste titre signalé, tout ce débat sur le paragraphe 45.41(1) est «simplement d'une autre façon d'envisager la question de savoir si la partie VII doit s'appliquer rétroactivement aux actes qui auraient été accomplis avant l'entrée en vigueur de la partie VII» (à la page 780). Il ne s'agit pas, en résumé, d'un moyen distinct qu'il faut examiner séparément, et on y répond par la réponse générale déjà donnée.

En résumé, telle qu'elle a été édictée par le législateur, la Loi révèle, lorsqu'on l'examine attentivement, une préoccupation envers la personne qui fait l'objet d'une plainte et un élargissement à cette personne du champ d'application de la Loi qui excluent entièrement à mon avis tout effet rétroactif. Puisque, selon moi, la Loi n'a aucun effet rétroactif, les diverses dates mentionnées dans les questions et les plaintes formulées dans le mémoire spécial sont toutes antérieures à la date à laquelle la loi a pris effet, et doivent donc demeurer ou disparaître ensemble. Selon mon interprétation de la Loi, elles disparaissent toutes.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le jugement du juge de première instance, et de répondre par la négative aux quatre questions soumises à la Cour. Comme la présente affaire est de la nature d'un renvoi, je suis d'avis qu'il ne devrait pas y avoir d'adjudication de dépens.

LE JUGE URIE, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je suis du même avis.

Appendix
Schedule "A"
COMPLAINT "A-1"

(a) This complainant alleges that during the evening of June 20, 1988, he entered the 18th floor of a hotel in downtown Toronto in the belief that a meeting he planned to attend was being held there.

(b) The hotel floor in question was occupied by the United States delegation to an economic summit meeting of world leaders being held in Toronto.

(c) The complainant alleges that upon discovering that the room for the meeting in question was empty, he made enquiries of security personnel, who were members of the RCMP.

(d) It is alleged that the officers in question, rather than responding to the enquiries of the complainant, proceeded to arrest the complainant and detain him for over an hour. The complainant alleges that during this time his person and belongings were searched, attempts were made to question him in spite of his insistence upon the right to remain silent, and he was subjected to various accusations against his good character.

(e) The complainant informed the RCMP of his complaint regarding this conduct by letter dated June 22, 1988, and the complaint was disposed of by the RCMP by letter dated December 5, 1988.

(f) The complaint was referred to the Commission for review by the complainant in writing by letter dated December 15, 1988. Also by letter dated December 15, 1988, the complainant informed the RCMP that he was not satisfied with the disposition of his complaint by the RCMP and that the matter would be referred to the Commission.

(g) By letter dated December 29, 1988 to the complainant, the Commission acknowledged receipt of the complaint and informed the complainant of the jurisdictional questions which had arisen regarding the Commission's authority to review the complaint.

Appendice
Annexe «A»
PLAINTE «A-1»

a) Le plaignant allègue qu'au cours de la soirée du 20 juin 1988, il s'est rendu au 18^e étage d'un hôtel du centre-ville de Toronto, croyant qu'une réunion à laquelle il devait assister avait lieu à cet endroit.

b) L'étage en question de l'hôtel était occupé par une délégation des États-Unis qui participait à un sommet économique de dirigeants mondiaux qui avait lieu à Toronto.

c) Le plaignant allègue qu'après avoir découvert que la salle où devait avoir lieu la réunion en question était vide, il s'est renseigné auprès du personnel de sécurité, qui était constitué de membres de la GRC.

d) Le plaignant allègue qu'au lieu de répondre à ses demandes de renseignements, les agents en question ont procédé à son arrestation et l'ont détenu pendant plus d'une heure. Le plaignant allègue que pendant cette période de temps, on l'a fouillé et on a fouillé ses objets personnels, qu'on a essayé de l'interroger en dépit du fait qu'il insistait pour garder le silence, et qu'il a fait l'objet de diverses accusations au sujet de sa moralité.

e) Le plaignant a déposé une plainte auprès de la GRC au sujet de cette conduite dans une lettre datée du 22 juin 1988, et la GRC a rendu une décision au sujet de la plainte dans une lettre datée du 5 décembre 1988.

f) Le plaignant a, par une lettre datée du 15 décembre 1988, renvoyé la plainte devant la Commission pour qu'elle la révise. De plus, par une lettre datée du 15 décembre 1988, le plaignant a informé la GRC qu'il était insatisfait du règlement de sa plainte par la GRC et qu'il renverrait l'affaire devant la Commission.

g) Par une lettre adressée le 29 décembre 1988 au plaignant, la Commission a accusé réception de la plainte et a informé le plaignant des questions de compétence qui avaient été soulevées au sujet du pouvoir de la Commission de réviser la plainte.

COMPLAINT "A-2"

(a) This complainant alleges that on or about March 8, 1988, he was arrested for a minor offence and held in detention by members of the RCMP.

(b) The complainant alleges that while in custody he was severely beaten by members of the RCMP, as a consequence of which he permanently lost the sight of one eye and sustained a fracture of the left side of his skull, among other injuries.

(c) The complainant informed the RCMP of his complaint in writing on or about March 15, 1988. The RCMP disposed of the complaint by letter to the complainant dated May 20, 1988.

(d) The complaint was communicated in writing to the Commission by the complainant's solicitors by letter dated December 14, 1988.

(e) By letter dated December 21, 1988 the Commission informed the complainant's solicitors of the jurisdictional questions which had arisen regarding the Commission's authority to review the complaint.

(f) By letter dated January 19, 1989, the Commission again wrote to the complainant's solicitors requesting that the complaint be confirmed in writing and again referring to the jurisdictional questions which had arisen.

(g) By letter dated February 6, 1989 the complainant's solicitors wrote to the Commission confirming the complainant's request that the Commission review the complaint.

(h) By letter dated February 13, 1989 the Commission acknowledged to the complainant's solicitors receipt of the request that the Commission review the complaint and indicated that the matter of the retrospective application of Part VII of the Act had to be determined before the Commission could proceed with the complaint.

COMPLAINT "A-3"

(a) This complainant is the estate of an individual who died on August 28, 1988, allegedly as the result of the unlawful act of another individual

PLAINTE «A-2»

a) Le plaignant allègue que le ou vers le 8 mars 1988, il a été arrêté pour une infraction mineure et qu'il a été détenu par des membres de la GRC.

b) Le plaignant allègue qu'alors qu'il était détenu, il a été gravement battu par des membres de la GRC et qu'il a en conséquence subi des blessures et a notamment perdu de façon permanente l'usage d'un œil et a subi une fracture au côté gauche du crâne.

c) Le plaignant a déposé par écrit une plainte auprès de la GRC le ou vers le 15 mars 1988. La GRC a rendu une décision au sujet de la plainte dans une lettre adressée au plaignant le 20 mai 1988.

d) Par une lettre datée du 14 décembre 1988, les procureurs du plaignant ont communiqué par écrit la plainte à la Commission.

e) Par une lettre datée du 21 décembre 1988, la Commission a informé le plaignant des questions de compétence qui avaient été soulevées au sujet du pouvoir de la Commission de réviser la plainte.

f) Par une lettre datée du 19 janvier 1989, la Commission a écrit à nouveau aux procureurs du plaignant pour leur demander de confirmer la plainte par écrit et pour faire à nouveau état des questions de compétence qui avaient été soulevées.

g) Par une lettre datée du 6 février 1989, les procureurs du plaignant ont écrit à la Commission pour confirmer la demande que le requérant avait adressée à la Commission pour qu'elle révisé sa plainte.

h) Par une lettre datée du 13 février 1989, la Commission a accusé réception aux procureurs du plaignant de la demande de révision de la plainte par la Commission, et a précisé que la question de la rétroactivité de la partie VII de la Loi devait être tranchée avant que la Commission puisse instruire la plainte.

PLAINTE «A-3»

a) Le plaignant est la succession d'un individu qui serait décédé le 28 août 1988 par suite de l'acte illicite dont se serait rendu coupable un individu

who at this time stands charged with the offence of second degree murder.

(b) The complainant alleges that the person responsible for the deceased's death had been on a "rampage" for approximately 24 hours prior to the deceased's death in the small community in which the person and the deceased resided. It is further alleged that several complaints were made to the community's RCMP detachment during this time about the person alleged to be responsible for the death of the deceased, and that the RCMP failed to take any steps to apprehend that person.

(c) The complainant, through his solicitors, informed the RCMP detachment in question of his complaint by letter dated September 28, 1988.

(d) By letter dated February 15, 1989 from counsel at the Department of Justice, Canada on behalf of the RCMP to the solicitors for the complainant, the complaint was disposed of by the RCMP on the basis that "no evidence exists to support any alleged negligence of the part of the [RCMP personnel]".

(e) By letter dated February 22, 1989 from the complainant's solicitors to the Commission, the Commission was requested to review the complaint and, further, was requested to investigate the matter further as "the circumstances warrant". The solicitors for the complainant also requested the Commission to hold a public hearing in respect of the disposition of the complaint by the RCMP.

(f) By letter dated March 13, 1989 the solicitors for the complainant again wrote to the Commission formally requesting that the Commission review the disposition of the complaint by the RCMP pursuant to subsection 45.41(1) of the Act.

Schedule "B"
COMPLAINT "B-1"

(a) This complainant alleges that on October 26, 1986, he was assaulted by a breathalyser technician employed by the RCMP while the technician was in the course of measuring his blood alcohol

qui fait présentement l'objet d'une accusation de meurtre au second degré.

b) Le plaignant allègue que la personne responsable du décès du défunt s'est «divrée à des actes de violence» pendant environ vingt-quatre heures avant le décès du défunt dans la petite collectivité où résidaient cette personne et le défunt. Il allègue en outre que plusieurs plaintes ont été présentées devant le détachement de la GRC de la collectivité pendant cette période au sujet de la personne qui serait responsable du décès du défunt, et que la GRC n'a pris aucune mesure pour appréhender cette personne.

c) Le plaignant a, par l'intermédiaire de ses procureurs, déposé une plainte auprès du détachement de la GRC en question dans une lettre datée du 28 septembre 1988.

d) Par une lettre du 15 février 1989 écrite au nom de la GRC par des avocats du ministère fédéral de la Justice à l'intention des procureurs du plaignant, la GRC a rendu une décision au sujet de la plainte en concluant que [TRADUCTION] «il n'existe aucun élément de preuve qui permette de conclure à une présumée faute de la part du [personnel de la GRC]».

e) Par une lettre adressée le 22 février 1989 par les procureurs du plaignant à la Commission, on a demandé à la Commission de réviser la plainte et de mener une enquête approfondie sur l'affaire si [TRADUCTION] «les circonstances le justifient». Les procureurs du plaignant ont également demandé à la Commission de mener une enquête publique au sujet de la décision rendue par la GRC au sujet de la plainte.

f) Par une lettre datée du 13 mars 1989, les procureurs du plaignant ont à nouveau écrit à la Commission pour lui demander officiellement de réviser le règlement de la plainte par la GRC conformément au paragraphe 45.41(1) de la Loi.

Annexe «B»
PLAINTE «B-1»

a) Le plaignant allègue que le 26 octobre 1986, il a été agressé par un éthyloscopiste qui était au service de la GRC pendant que l'éthyloscopiste était en train de mesurer son alcoolémie. Le plai-

level. The complainant alleges that he was "choked until blacking out on the floor".

(b) Written complaints dated January 12, 1987 and March 14, 1987, respectively, from the complainant to the RCMP were disposed of by letter from the RCMP dated March 26, 1987.

(c) By letter dated April 7, 1987 to the RCMP, the complainant again requested an investigation of his complaint.

(d) By letter from the complainant to the Commission dated December 5, 1988, the complainant informed the Commission of the complaint.

(e) By letter dated December 29, 1988 to the complainant, the Commission acknowledged in writing the complaint made by the complainant regarding the disposition by the RCMP of his complaint and requested the complainant to forward in writing a request to the Commission seeking a review of the complaint. In addition, the Commission in its letter of December 29, 1988, informed the complainant of the jurisdictional questions which had arisen regarding the Commission's authority to review the complaint.

Schedule "C"
COMPLAINT "C"

(a) This complainant alleges that in 1981 the RCMP caused his dismissal from employment by informing his employer that he was a murder suspect.

(b) The Commission has been informed by the complainant that by letter dated December 13, 1988, the RCMP informed the complainant that it would take no further steps with respect to his complaint. The Commission possesses no information at this time as to the date or content of the complainant's original complaint to the RCMP, nor has the Commission been provided with a copy of the RCMP's letter of December 13, 1988.

(c) The complainant was dissatisfied with the disposition of his complaint by the RCMP and communicated his dissatisfaction to the Commission by an undated letter received by the Commission from the complainant on December 30, 1988.

gnant allègue qu'on l'a [TRADUCTION] «étouffé jusqu'à ce que je perde conscience et que je m'écroule au sol».

a) b) La GRC a, dans une lettre datée du 26 mars 1987, rendu une décision au sujet des plaintes datées du 12 janvier 1987 et du 14 mars 1987 que le plaignant lui avait présentées par écrit.

b) c) Par une lettre adressée le 7 avril 1987 à la GRC, le plaignant a demandé à nouveau qu'on enquête sur sa plainte.

c) d) Par une lettre adressée le 5 décembre 1988 par le plaignant à la Commission, le plaignant a déposé une plainte auprès de la Commission.

e) e) Par une lettre adressée le 29 décembre 1988 au plaignant, la Commission a accusé réception par écrit de la plainte présentée par le plaignant au sujet du règlement de sa plainte par la GRC et a demandé au plaignant de transmettre par écrit à la Commission une demande de révision de la plainte. En outre, dans sa lettre du 29 décembre 1988, la Commission a informé le plaignant des questions de compétence qui avaient été soulevées au sujet du pouvoir de la Commission de réviser la plainte.

Annexe «C»
PLAINTE «C»

f) a) Le plaignant allègue qu'en 1981, la GRC lui a fait perdre son emploi en informant son employeur qu'il était soupçonné de meurtre.

g) b) La Commission a été informée par le plaignant que, par une lettre datée du 13 décembre 1988, la GRC avait informé le plaignant qu'elle ne prendrait pas d'autres mesures relativement à sa plainte. La Commission ne possède pour le moment aucun renseignement au sujet de la date ou du contenu de la plainte initiale déposée par le plaignant auprès de la GRC, et on n'a pas fourni copie à la Commission de la lettre écrite par la GRC le 13 décembre 1988.

j) c) Le plaignant était insatisfait du règlement de sa plainte par la GRC et a fait connaître son insatisfaction à la Commission par une lettre non datée que la Commission a reçue du plaignant le 30 décembre 1988.

(d) By letter dated January 25, 1989 the Commission acknowledged receipt of the complainant's letter indicating dissatisfaction with the disposition by the RCMP of the complaint and, further, informed the complainant of the jurisdictional questions which had arisen regarding the Commission's authority to review the complaint.

COMPLAINT "C-2"

(a) This complainant was arrested and charged by the RCMP in May, 1985 with possession of stolen property. The complainant alleges that at the time of his arrest, members of the RCMP fabricated evidence against him, which was subsequently used to secure his conviction on the charge, as a result of which he has spent 30 months in prison.

(b) This complaint was first communicated to the Commission by letter dated January, 29, 1988⁸ from the complainant, received by the Commission in January, 1989.

(c) The complainant again wrote to the Commission concerning this complaint by letter dated February 24, 1989. In this letter, as well as in his letter dated January 29, 1989, the complainant requested the Commission to investigate his complaint.

(d) The Commission wrote the complainant by letter dated March 13, 1989 acknowledging receipt of the complainant's complaint and informing the complainant of the jurisdictional questions which had arisen regarding the Commission's authority to entertain the complaint.

(e) As set out in paragraph 13 of the agreed statement of facts, prior to the date hereof, this complaint had not been brought formally to the attention of the RCMP by the Commission or its staff or, in so far as the Commission is aware, by any other person.

d) Par une lettre datée du 25 janvier 1989, la Commission a accusé réception de la lettre du plaignant dans laquelle celui-ci déclarait qu'il était insatisfait du règlement de sa plainte par la GRC, et a informé le plaignant des questions de compétence qui avaient été soulevées au sujet du pouvoir de la Commission de réviser la plainte.

PLAINTE «C-2»

a) Le plaignant a été arrêté et accusé en mai 1985 par la GRC de s'être trouvé en possession de biens volés. Le plaignant allègue qu'au moment de son arrestation, des membres de la GRC ont fabriqué contre lui des éléments de preuve qui ont par la suite été utilisés pour obtenir sa condamnation, à la suite de laquelle il a passé 30 mois en prison.

b) Cette plainte a été pour la première fois déposée auprès de la Commission par une lettre que le plaignant a écrite le 29 janvier 1988⁸ et qui a été reçue en janvier 1989 par la Commission.

c) Le plaignant a écrit à nouveau à la Commission au sujet de cette plainte dans une lettre datée du 24 février 1989. Dans cette lettre, ainsi que dans sa lettre du 29 janvier 1989, le plaignant a demandé à la Commission d'enquêter sur sa plainte.

d) La Commission a écrit le 13 mars 1989 une lettre au plaignant dans laquelle elle a accusé réception de la plainte portée par le plaignant et l'a informé des questions de compétence qui avaient été soulevées au sujet du pouvoir de la Commission d'instruire la plainte.

e) Ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 13 de l'exposé conjoint des faits, avant cette date, la plainte en question n'avait pas été officiellement portée à l'attention de la GRC par la Commission ou son personnel ni, pour autant que le sache la Commission, par toute autre personne.

⁸ This appears to be an error for 1989.

⁸ Il semblerait qu'il s'agisse d'une erreur et que la lettre date du 29 janvier 1989.

A-514-89

A-514-89

Canadian Pacific Limited (Applicant)

v.

Canadian Human Rights Commission, and Gilles Fontaine; and Sidney N. Lederman, Kristian A. Eggum, and Jill M. Sangster, together constituting a Human Rights Tribunal (Respondents)

INDEXED AS: *CANADIAN PACIFIC LTD. v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (C.A.)*

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Urie and Mahoney J.J.A.—Winnipeg, September 25; Ottawa, November 13, 1990.

Human rights — Cook assigned to CP railroad gang by catering company forced to quit — On learning cook infected with HIV virus, Roadmaster refusing to eat, signalling danger to crew — Cook feared for safety — Human Rights Tribunal finding constructive dismissal, and violation of Canadian Human Rights Act, s. 7 — Application of s. 7 to conduct of someone other than actual employer, who controls or influences employer — Meaning of “employ” — CP controlling who would work as cook as caterer's only customer — CHRA Tribunal having jurisdiction over employment matters normally within provincial competence (catering of food services) where essential to core federal undertaking (interprovincial railway).

Constitutional law — Distribution of powers — Cook for CP railroad gang forced to quit due to inhospitable climate created by Roadmaster upon learning cook infected with HIV virus — Human Rights Tribunal under Canadian Human Rights Act having jurisdiction over employment matters normally within provincial competence (cooking or catering of food services), when essential to core federal undertaking (interprovincial railway).

Construction of statutes — Canadian Human Rights Act, s. 7 — “Employ” used in broader sense than master/servant relationship — Interpretation should advance purposes of human rights legislation — Adoption of ordinary, grammatical meaning “to utilize” resulting in application of s. 7 to someone other than actual employer exerting considerable influence or control over employer.

Canadien Pacifique Limitée (requérante)

c.

Commission canadienne des droits de la personne et Gilles Fontaine; et Sidney N. Lederman, Kristian A. Eggum et Jill M. Sangster, constituant collectivement un tribunal des droits de la personne (intimés)

RÉPERTORIÉ: *CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (C.A.)*

c Cour d'appel, juge en chef Iacobucci et juges Urie et Mahoney, J.C.A.—Winnipeg, 25 septembre; Ottawa, 13 novembre 1990.

Droits de la personne — Un cuisinier affecté à une équipe d'entretien de la voie du CP par une société de services d'alimentation a été contraint à démissionner — Lorsqu'il a appris que le cuisinier était infecté par le virus VIH, le chef cantonnier a refusé de manger, signalant par là que l'équipe était en danger — Le cuisinier s'est senti menacé — Le tribunal des droits de la personne a conclu qu'il y a eu congédiement implicite et violation de l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Application de l'art. 7 à la conduite d'une personne, autre que l'employeur réel, qui exerce le contrôle ou une influence sur ce dernier — Sens du terme «employer» — Vu que CP était la seule cliente du fournisseur de services d'alimentation, elle décidait qui travaillerait comme cuisinier — Le tribunal constitué sous le régime de la LCDP connaît de différends en matière d'emploi dans des secteurs qui relèveraient normalement de la compétence provinciale (la fourniture de services d'alimentation) lorsque l'activité en question est essentielle à l'entreprise fédérale principale (chemin de fer interprovincial).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Le cuisinier d'une équipe d'entretien de la voie du CP a été contraint à démissionner en raison du climat d'inimitié créé par le chef cantonnier lorsque celui-ci a appris que le cuisinier était infecté par le virus VIH — Le tribunal des droits de la personne constitué sous le régime de la Loi canadienne sur les droits de la personne connaît de différends en matière d'emploi dans des secteurs qui relèveraient normalement de la compétence provinciale (la préparation des aliments ou la fourniture de services d'alimentation) lorsque l'activité en question est essentielle à l'entreprise fédérale principale (chemin de fer interprovincial).

Interprétation des lois — Art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Le terme «employé» a un sens plus large que celui qui lui est attribué dans une relation maître-préposé — L'interprétation doit promouvoir les objets des lois en matière de droits de la personne — La Cour a attribué à ce terme le sens courant et grammatical d'«avoir recours», de sorte que l'art. 7 s'applique à la personne, autre que l'employeur réel, qui exerce une influence ou un contrôle considérable sur ce dernier.

This was an application to set aside the decision of a Human Rights Tribunal that the termination of a cook for a railroad gang by Canadian Pacific Limited (CP) violated *Canadian Human Rights Act*, section 7. Section 7 provides that it is a discriminatory practice to directly or indirectly refuse to employ or continue to employ any individual on a prohibited ground of discrimination. CP contracted out the catering services to R. Smith (1960) Limited (Smith). When the Roadmaster learned that the cook assigned to his crew by Smith was infected with the HIV virus, which can lead to AIDS, he refused to eat, thereby signalling to the crew that they were in danger. Thereafter, the cook feared for his safety at the hands of the crew. Although not expressly told to leave, an inhospitable climate was created which gave the cook no option but to depart as quickly as possible. The Tribunal found that the cook had been constructively dismissed and that CP's failure to adopt a policy regarding AIDS in the workplace left employees, such as the Roadmaster, to deal with such situations based on their own personal misconceptions. It was conceded that the cook was under a "disability" within subsection 3(1) of the Act. The first issue was whether section 7 applies to someone other than the actual employer. According to the Tribunal, section 7 applied to someone who had a considerable degree of control or influence over the actual employer. The second issue was whether the Tribunal had jurisdiction, since cooking or catering of food services was within provincial competence.

Held, the application should be dismissed.

"Employ" should be given a broader meaning than that afforded by the master/servant relationship. It should be interpreted to advance the purposes of human rights statutes. To "utilize" is a common and grammatically correct use of "employ". On the facts, especially that CP was Smith's only customer and the inference that CP would control who would work as a cook on its railroad gangs, it was open to the Tribunal to conclude that CP indirectly refused to continue to employ the cook, interpreting "employ" to mean "utilize".

Parliament may assert exclusive jurisdiction over employment matters where such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other federal work, undertaking or business. CP's railway is a federal undertaking by reason of its interprovincial character. Smith provided exclusive catering services for CP railroad gangs, with CP as its only customer. The services were vital, essential and integral to CP's operation of the railway. Railroad gangs, are sent to remote areas to do maintenance on the railways and cannot do their work without being fed by on-site cooks. There was a direct connection between CP's core federal undertaking as a railway and Smith's activities.

Il s'agit d'une demande en vue d'annuler la décision d'un tribunal des droits de la personne portant que la cessation d'emploi d'un cuisinier affecté à une équipe d'entretien de la voie par Canadian Pacific Limited (CP) violait l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Aux termes de cet article, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects, de refuser d'employer, ou de continuer d'employer, un individu. Le CP avait sous-traité les services d'alimentation à R. Smith (1960) Limited (Smith). Lorsque le chef cantonnier a appris que le cuisinier affecté par Smith à son équipe était infecté par le virus VIH, lequel peut aboutir au sida, il a refusé de manger, signalant par là à son équipe qu'elle était en danger. Par la suite, le cuisinier s'est senti menacé par l'équipe. Même si personne ne lui a expressément demandé de partir, il régnait un climat d'inimitié qui n'a pas laissé de choix au cuisinier, si ce n'est de partir le plus tôt possible. Le tribunal a conclu que le cuisinier avait été congédié de façon implicite et que le défaut du CP de ne pas avoir adopté de politique sur le sida en milieu de travail obligeait les employés, notamment le chef cantonnier, à régler eux-mêmes ces cas en se fondant sur leur propres préjugés personnels. Il a été admis que le cuisinier était atteint d'une «déficience» au sens du paragraphe 3(1) de la Loi. Il s'agissait d'abord de déterminer si l'article 7 s'appliquait à une personne autre que l'employeur réel. Selon le tribunal, l'article 7 s'appliquait à celui qui avait un degré de contrôle ou une influence considérable sur l'employeur réel. Il s'agissait ensuite de déterminer si le tribunal pouvait connaître de l'affaire, puisque la préparation des aliments et les services d'alimentation étaient de compétence provinciale.

Arrêt: la demande devrait être rejetée.

Il y a lieu d'accorder au terme «employé» un sens plus large que l'acception qui lui est attribuée dans une relation maître-préposé. Il doit être interprété de façon à promouvoir les objets des lois en matière de droits de la personne. Il est courant et correct, au plan grammatical, d'utiliser «employer» dans le sens d'«avoir recours». Vu les faits en l'espèce, surtout le fait que CP était la seule cliente de Smith et l'inférence selon laquelle elle pouvait décider qui travaillerait comme cuisinier dans ses équipes d'entretien, il était loisible au tribunal de conclure que CP avait, par un moyen indirect, refusé de continuer d'employer le cuisinier, en interprétant le terme «employer» dans le sens de «avoir recours».

Le Parlement peut établir sa compétence exclusive en matière d'emploi lorsqu'elle fait partie intégrante de la compétence première sur d'autres ouvrages, entreprises ou affaires de compétence fédérale. Le chemin de fer exploité par CP est une entreprise fédérale du fait de son caractère interprovincial. Smith fournissait des services d'alimentation exclusifs aux équipes de l'entretien de la voie de CP, et cette dernière était sa seule cliente. Les services étaient vitaux, essentiels et fondamentaux à l'exploitation du chemin de fer de CP. Des équipes d'entretien de la voie sont envoyées dans les régions isolées pour effectuer les travaux et elles ne peuvent faire leur travail sans être nourries par des cuisiniers sur place. Il existait un lien direct entre l'entreprise fédérale principale de CP, son chemin de fer, et les activités de Smith.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 7.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)
 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act 1982*, item 1), s. 92(10)(a).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1102.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pannu, Kang and Gill v. Prestige Cab Ltd. (1986), 73 A.R. 166; 31 D.L.R. (4th) 338; [1986] 6 W.W.R. 617; 47 Alta L.R. (2d) 56; 87 CLLC 17,003 (C.A.); *Cormier v. Human Rights Commission (Alta.) and Ed Block Trenching Ltd.* (1984), 56 A.R. 351; 14 D.L.R. (4th) 55; 33 Alta. L.R. (2d) 359; 6 C.C.E.L. 60; 5 C.H.R.R. D/2441 (Q.B.); *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107; *Bernshine Mobile Maintenance Ltd. v. Canada Labour Relations Board*, [1986] 1 F.C. 422; (1985), 22 D.L.R. (4th) 748; 85 CLLC 14,060; 62 N.R. 209 (C.A.).

REFERRED TO:

Robichaud v. Canada (Treasury Board), [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communication Workers of Canada et al.*, [1983] 1 S.C.R. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161.

COUNSEL:

Marc W. Shannon for applicant.
Peter C. Engelmann for respondent Canadian Human Rights Commission.
Timothy J. Preston for Gilles Fontaine.

SOLICITORS:

Canadian Pacific Ltd. Legal Services for applicant.
Canadian Human Rights Commission Legal Services for respondent Canadian Human Rights Commission.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 3, 7.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1), art. 92(10)a).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1102.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Pannu, Kang and Gill v. Prestige Cab Ltd. (1986), 73 A.R. 166; 31 D.L.R. (4th) 338; [1986] 6 W.W.R. 617; 47 Alta L.R. (2d) 56; 87 CLLC 17,003 (C.A.); *Cormier v. Human Rights Commission (Alta.) and Ed Block Trenching Ltd.* (1984), 56 A.R. 351; 14 D.L.R. (4th) 55; 33 Alta. L.R. (2d) 359; 6 C.C.E.L. 60; 5 C.H.R.R. D/2441 (B.R.); *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107; *Bernshine Mobile Maintenance Ltd. c. Conseil canadien des relations de travail*, [1986] 1 C.F. 422; (1985), 22 D.L.R. (4th) 748; 85 CLLC 14,060; 62 N.R. 209 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor), [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Northern Telecom Canada Ltée et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre*, [1983] 1 R.C.S. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161.

AVOCATS:

Marc W. Shannon, pour la requérante.
Peter C. Engelmann pour l'intimée Commission canadienne des droits de la personne.
Timothy J. Preston pour Gilles Fontaine.

PROCUREURS:

Services juridiques, Canadien Pacifique Ltée pour la requérante.
Services juridiques, Commission canadienne des droits de la personne pour l'intimée Commission canadienne des droits de la personne.

Kaufman, Cassidy, Winnipeg, for Gilles Fontaine.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

IACOBUCCI C.J.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application seeks to review and set aside the decision rendered on October 27, 1989 by a Human Rights Tribunal [*Fontaine v. Cdn. Pacific Ltd.* (1989), 29 C.C.E.L. 192; 11 C.H.R.R. D/288; 89 CLLC 17,024] ("Tribunal") appointed under the *Canadian Human Rights Act* ("CHRA").¹ The Tribunal decided that the termination of Mr. Gilles Fontaine by Canadian Pacific Limited ("CP") violated section 7 of the CHRA² and awarded monetary damages and related relief which are not challenged in this application. It would be helpful to set forth the surrounding facts in more detail.

FACTS

In December, 1985 Mr. Fontaine was diagnosed as having the Human Immunodeficiency Virus ("HIV") which can lead to Acquired Immune Deficiency Syndrome ("AIDS"). His family doctor did not recommend that he cease working as a cook, an occupation in which he had been engaged for many years. Mr. Fontaine was told there was no medical evidence that the HIV could be spread to others in his work and he was advised that it was up to him whether to reveal that he had the HIV.

In the Spring of 1987, Mr. Fontaine went to the offices of R. Smith (1960) Limited ("Smith") to apply for a cook's position and while there met with Mrs. Rita Berthelette, the personnel manager of Smith. About a month and a half later, he was

¹ R.S.C., 1985, c. H-6.

² Section 7 provides as follows:

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

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

on a prohibited ground of discrimination.

Kaufman, Cassidy, Winnipeg, pour Gilles Fontaine.

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

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: La présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] vise à faire réviser et annuler la décision rendue le 27 octobre 1989 par un tribunal des droits de la personne [*Fontaine v. Cdn. Pacific Ltd.* (1989), 29 C.C.E.L. 192; 11 C.H.R.R. D/288; 89 CLLC 17,024] («tribunal») constitué sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* («LCDP»)¹. Le tribunal a décidé que la cessation d'emploi de M. Gilles Fontaine par Canadien Pacifique Limitée («CP») violait l'article 7 de la LCDP² et a adjugé des dommages-intérêts et un redressement y afférents, lesquels ne sont pas contestés dans la présente demande. Il serait utile d'exposer les faits qui ont donné lieu au litige de façon plus détaillée.

LES FAITS

En décembre 1985, les médecins ont diagnostiqué, chez Gilles Fontaine, le virus de l'immunodéficience humaine («VIH») qui peut aboutir au syndrome d'immunodéficience acquise («sida»). Son médecin de famille ne lui a pas recommandé de cesser de travailler comme cuisinier, un métier qu'il exerçait depuis de nombreuses années. Il a dit à M. Fontaine qu'il n'y avait aucune preuve médicale que le VIH pouvait être transmis à d'autres dans l'exécution de son travail et il l'a informé que c'était à lui de décider s'il voulait dévoiler à d'autres qu'il était infecté par le VIH.

Au printemps 1987, M. Fontaine s'est rendu au bureau de R. Smith (1960) Limited («Smith») pour postuler un emploi de cuisinier. À cette occasion, il a rencontré Mme Rita Berthelette, directrice du personnel chez Smith. Environ un mois et

¹ L.R.C. (1985), chap. H-6.

² L'article 7 dispose:

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

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

advised he was hired and was assigned to be a cook for a CP railroad gang performing maintenance work between Broadview and Moose Jaw, Saskatchewan. His duties included maintaining the kitchen, ordering food supplies, and feeding three meals per day to a crew of some 16 or 17 men.

On May 19, 1987, Mr. Fontaine reported to the Roadmaster, Mr. J. Fowlie, who was in charge of the railroad gang at Broadview, Saskatchewan. For one month, Mr. Fontaine carried out his cooking responsibilities without complaint working 15 hours a day from Monday through Thursday. In addition, Mr. Fowlie, on CP's behalf, engaged Mr. Fontaine's services to be responsible each weekend for checking a generator and generally serving as a watchman when the railroad crew was away from the site. These services were part of a distinct employment arrangement between Mr. Fontaine and CP and were independent of his cooking duties.

On the evening of June 15, 1987, Mr. Fontaine told a member of the railroad gang that he was infected with the HIV.³ This news spread rapidly and from this point on there was a difference of opinion among the various individuals involved as to what happened.

However, without going through all of the different viewpoints of witnesses on whether Mr. Fontaine quit voluntarily or whether he was compelled to leave as a result of the discovery of his having the HIV virus, it is important to note that the Tribunal found and concluded that Mr. Fontaine was constructively dismissed. The Tribunal's comments on this point are important and bear repeating:

We are asked to decide whether Mr. Fontaine quit his job of his own volition or whether he felt compelled to leave as a result of the discovery of his illness. It is clearly acknowledged by Mr. Fontaine that neither Mr. Fowlie nor Mr. Lewko nor indeed Mrs. Berthelette ever told him that he was fired. There was no direct termination of employment in that sense.

However, one indisputable fact emerges from the evidence and that is the genuine fear that Mr. Fontaine experienced after his conversation with Mr. Fowlie early in the morning of June 16, 1987. Not only did Mr. Fowlie express to Mr.

demi plus tard, on l'a informé qu'il était engagé et il a été affecté au poste de cuisinier dans une équipe d'entretien de la voie du CP chargée de travaux entre Broadview et Moose Jaw (Saskatchewan). Son travail consistait à entretenir la cuisine, à commander les vivres et à préparer trois repas par jour pour une équipe d'environ 16 ou 17 hommes.

Le 19 mai 1987, M. Fontaine s'est présenté au chef cantonnier, M. J. Fowlie, qui était responsable de l'équipe d'entretien, à Broadview (Saskatchewan). Pendant un mois, M. Fontaine s'est acquitté de ses fonctions de cuisinier travaillant 15 heures par jour, du lundi au jeudi, sans qu'il n'y ait eu de plaintes à son égard. En outre, M. Fowlie, pour le compte de CP, avait retenu les services de M. Fontaine pour que celui-ci vérifie, chaque fin de semaine, la génératrice et remplisse les fonctions générales de gardien de sécurité, lorsque l'équipe n'était pas au chantier. Ces services faisaient l'objet d'une entente d'emploi distincte conclue entre M. Fontaine et CP, qui n'avait aucun rapport avec ses fonctions de cuisinier.

Dans la soirée du 15 juin 1987, M. Fontaine a révélé à un membre de l'équipe d'entretien qu'il était infecté par le VIH³. La nouvelle s'est répandue rapidement et les divers intéressés donnent des opinions divergentes sur ce qui s'est passé par la suite.

Néanmoins, sans passer en revue tous les témoignages divergents sur la question à savoir si M. Fontaine a quitté son emploi volontairement ou s'il a été obligé de partir par suite de la découverte qu'il avait le virus VIH, il est important de noter que le tribunal a constaté et conclu que M. Fontaine avait été congédié de façon implicite. Les commentaires du tribunal à cet égard sont importants et méritent d'être répétés:

Les parties nous demandent de décider si M. Fontaine a quitté son emploi de son propre gré ou s'il s'est senti obligé de partir par suite de la découverte de sa maladie. M. Fontaine reconnaît clairement que ni M. Fowlie ni M. Lewko, ni certainement Mme Berthelette ne lui ont jamais dit qu'il était congédié. Il n'y a eu aucune cessation directe d'emploi en ce sens.

Toutefois, un fait indiscutable ressort de la preuve : il s'agit de la crainte véritable que M. Fontaine a ressentie après sa conversation avec M. Fowlie, au début de la matinée du 16 juin 1987. Non seulement M. Fowlie a-t-il exprimé à M. Fontaine

³ At pp. 196-198.

³ Aux p. 196 à 198.

Fontaine his personal concern about the safety of his men and the danger of the spread of AIDS throughout the camp but he personally refused to eat breakfast that morning. That served as a dramatic statement to his own men that they were facing a serious danger. If the Roadmaster who was in charge of the entire crew led by example in this fashion, one could readily imagine how his crew might react towards Mr. Fontaine. Moreover, in cross-examination Mr. Fowlie admitted the truth of a statement that he had made in June 1988 to a Human Rights investigator to the effect that he did not want Mr. Fontaine to cook for the gang for two reasons. One reason was his personal concern that Mr. Fontaine could pass on the HIV infection as little was known about the disease. Even if he and his men were not so exposed, he was worried that his men might nevertheless attack Mr. Fontaine if he remained in camp. His concern about this was so great that he stated that he parked his truck in such a way as to prevent his men from driving their cars to town to seek out Mr. Fontaine. Mr. Fontaine's fear was so intense that he took refuge in a laundry room in Broadview to avoid any altercation. Mr. Fontaine's expression to others of fear for his own safety was confirmed by the testimony of Mrs. Berthelette and Mr. Hutton.

Following the discussion with Mr. Fowlie, Mr. Fontaine was certainly left with the impression that he could not continue his employment at the camp. Even before he went to town to telephone Mrs. Berthelette, he had already started to pack his bags. Mrs. Berthelette in her own testimony stated that she wanted Mr. Fontaine to remain on the site until the week's end not for the purpose of conducting an investigation into the matter but rather to buy some time to allow her to send a replacement cook up to the site. We must conclude that there was no expectation on her part that Mr. Fontaine's tenure would be anything but short-lived. Furthermore, no one — not Mr. Fowlie, not Mr. Lewko not Mrs. Berthelette — did or said anything to allay Mr. Fontaine's fears.

Accordingly, although no one told him expressly to get out and no one directly threatened him, an inhospitable climate was created which left Mr. Fontaine no reasonable option but to depart as quickly as possible. This apprehension of fear was created by Mr. Fowlie and there is no question it all arose because Mr. Fontaine possessed the HIV. Mrs. Berthelette's very telling statement in the record of employment that Mr. Fontaine was "dismissed by the Roadmaster for having the AIDS virus" must have been based upon what Mr. Fowlie told her. In the circumstances, one must conclude that Mr. Fontaine did not voluntarily quit but was constructively dismissed: See *Hinds v. Canada (Employment & Immigration Comm.)* (1988), 24 C.C.E.L. 65; 88 C.L.L.C. 17,029; 10 C.H.R.R. D/5683 at D/5696 (Cdn. Human Rights Trib.). We find, therefore, that he was dismissed because of that fact and the responsibility for the termination must rest primarily with Mr. Fowlie which in turn is attributable to his employer, C.P.: see *Robichaud v. Canada (Treasury Bd.)*, [1987] 2 S.C.R. 84; 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 C.L.L.C. 17,025; 75 N.R. 303.

Moreover, C.P.'s failure to have in place an express and clear policy about AIDS in the workplace has meant that employees such as Mr. Fowlie have been left to deal with these situations

son inquiétude personnelle au sujet de la sécurité de ses hommes et du danger de propagation du sida dans tout le chantier, mais il a refusé personnellement de manger le déjeuner préparé ce matin-là. Il s'agissait là d'un exemple dramatique donné à ses hommes qu'ils faisaient face à un grave danger. Si le chef cantonnier responsable de toute l'équipe a donné un tel exemple, on peut facilement imaginer la réaction de l'équipe à l'égard de M. Fontaine. En outre, au cours du contre-interrogatoire, M. Fowlie a admis la véracité d'une déclaration qu'il avait faite en juin 1988 à un enquêteur des droits de la personne selon laquelle il ne voulait pas que M. Fontaine prépare les repas du groupe pour deux raisons. L'une d'elles était qu'il s'inquiétait du fait que M. Fontaine puisse transmettre l'infection au VIH, car on savait peu de choses au sujet de cette maladie. Même si lui-même et ses hommes n'étaient pas exposés, il s'inquiétait que ses hommes puissent néanmoins attaquer M. Fontaine si celui-ci demeurait au chantier. Ses inquiétudes étaient telles qu'il a déclaré avoir stationné son camion de façon à empêcher ses hommes de prendre leur voiture pour aller en ville chercher M. Fontaine. La crainte de celui-ci était si intense qu'il s'est réfugié dans une salle de lavage, à Broadview, pour éviter toute altercation. Mme Berthelette et M. Hutton ont confirmé dans leur témoignage que M. Fontaine avait fait part à d'autres de ses craintes pour sa propre sécurité.

Après discussion avec M. Fowlie, M. Fontaine avait certainement l'impression qu'il ne pouvait continuer à travailler au chantier. Même avant d'aller téléphoner à Mme Berthelette, il avait déjà commencé à faire ses bagages. Dans son témoignage, Mme Berthelette a déclaré qu'elle voulait que M. Fontaine demeure sur place jusqu'à la fin de la semaine, non pas dans le but de faire une enquête sur toute l'affaire mais plutôt dans le but de gagner du temps afin de trouver un cuisinier de remplacement qui se rendrait au chantier. Nous devons conclure qu'elle ne s'attendait aucunement à ce que M. Fontaine ne demeure trop longtemps encore au chantier. De plus, personne, ni M. Fowlie, ni M. Lewko, ni Mme Berthelette, n'a fait ou dit quoi que ce soit afin d'apaiser les craintes de M. Fontaine.

Par conséquent, même si personne ne lui a dit expressément de partir et ne l'a menacé directement, il régnait un climat d'inimitié délimité qui n'a pas laissé de choix à M. Fontaine, si ce n'est de partir le plus tôt possible. M. Fowlie est à l'origine de cette appréhension de crainte, et il n'y a aucun doute qu'elle a surgi parce que M. Fontaine avait le virus du sida. La déclaration sans équivoque que M^{me} Berthelette a faite dans le relevé d'emploi, selon lequel M. Fontaine était [TRADUCTION] «congédié par le chef cantonnier parce qu'il a le virus du sida» devait être fondée sur ce que M. Fowlie lui avait dit. Dans les circonstances, il faut conclure que M. Fontaine n'est pas parti de son plein gré, mais qu'il a été congédié de façon implicite: Voir *Hinds c. Canada (Comm. de l'emploi et de l'immigration)* (1988), 24 C.C.E.L. 65; 88 C.L.L.C. 17,029; 10 C.H.R.R. D/5683, à la p. D/5696 (T.C.D.P.). Par conséquent, nous concluons qu'il a été congédié pour cette raison et que la responsabilité de la cessation d'emploi incombe en premier lieu à M. Fowlie, et cet acte est attribuable, à son tour, à son employeur, C.P.: Voir *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 C.L.L.C. 17,025; 75 N.R. 303.

En outre, l'absence d'une politique claire et précise sur le sida en milieu de travail, chez C.P., est à l'origine de situations comme la présente, où des employés comme M. Fowlie doivent

based on their own personal misconceptions. Dr. M. Grimard, the Chief of Health and Medical Services for C.P. was called as a witness to state C.P.'s position with respect to individuals who have AIDS or the HIV. He testified that C.P. views such persons just like anyone else, that they pose no threat and have no occupational limitations. Although there is no written policy in C.P. about AIDS and employment, Dr. Grimard had written articles in the C.P. newsletter putting the AIDS problem in perspective and emphasizing that it is not easily conveyed from one individual to another. These newsletter articles, however, are not sufficient for the purpose of making C.P.'s position on these matters clear to its employees. Dr. Grimard himself estimated that there were 200 to 300 C.P. employees with the HIV infection in 1987 and that fact alone suggests that the Fontaine incident may not be the last one unless C.P. develops and disseminates among its employees a written policy against discrimination of those with AIDS or the HIV infection to educate its personnel and prevent irrational fears that could otherwise arise in these circumstances.⁴

eux-mêmes régler des problèmes en se fondant sur leurs propres préjugés personnels. Le Dr M. Grimard, chef des Services médicaux et de santé de C.P. a été appelé à témoigner pour indiquer la position de C.P. à l'égard des personnes affectées du sida ou ayant le VIH. Il a déclaré que C.P. considère ces personnes comme n'importe qui d'autre, qu'elles ne constituent aucune menace et ne font l'objet d'aucune restriction professionnelle. Même s'il n'existe aucune politique écrite au C.P. au sujet du sida et du travail, le Dr Grimard a écrit des articles dans le bulletin de C.P. dans lesquels il a mis le problème du sida en perspective et souligné que la maladie est difficilement transmissible d'une personne à l'autre. Toutefois, ces articles du bulletin ne sont pas suffisants pour clarifier aux employés la position de C.P. sur la question. Le Dr Grimard a estimé lui-même qu'entre 200 et 300 employés de C.P. avaient l'infection à VIH en 1987 et que ce seul fait laisse entendre que l'incident dont a fait l'objet M. Fontaine peut ne pas être le dernier, à moins que C.P. n'élabore et ne diffuse, au sein de son personnel, une politique écrite condamnant la discrimination exercée à l'égard de ceux qui sont affectés du sida ou ont l'infection à VIH, et ce, en vue d'éduquer le personnel et d'empêcher l'apparition de craintes irrationnelles qui pourraient par ailleurs surgir dans les circonstances⁴.

d

THE TRIBUNAL'S DECISION

With these facts and related findings made by the Tribunal including the concession by CP that a person who suffers from the HIV is under a "disability" within the meaning of subsection 3(1) of the CHRA,⁵ the Tribunal concluded that CP contravened section 7 of CHRA by refusing to continue to employ Mr. Fontaine because of a prohibited ground of discrimination, namely, his infection with the HIV virus. In reaching this conclusion, the Tribunal rejected CP's legal arguments that firstly CP was not the "employer" of Mr. Fontaine but Smith was and therefore CP was not responsible under section 7 of the CHRA; and secondly, the Tribunal lacked jurisdiction since the activity in question, cooking or the catering of food ser-

LA DÉCISION DU TRIBUNAL

Vu ces faits et les constatations du tribunal y afférentes, notamment l'admission de CP qu'une personne atteinte du VIH souffre d'une «déficience» visée au paragraphe 3(1) de la LCDP⁵, le tribunal a conclu que le CP a contrevenu à l'article 7 de la LCDP en refusant de continuer d'employer M. Fontaine pour un motif de distinction illicite, soit son infection au virus HIV. En arrivant à cette conclusion, le tribunal a rejeté les arguments juridiques de CP selon lesquels, premièrement, l'«employeur» de M. Fontaine était Smith et non CP, si bien que celle-ci n'était pas responsable en vertu de l'article 7 de la LCDP, et, deuxièmement, que le tribunal n'avait pas compétence puisque l'activité en cause, c'est-à-dire la préparation des aliments

⁴ At pp. 198-200.

⁵ Subsection 3(1) of the CHRA provides as follows:

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

Similarly counsel for CP acknowledged there was no valid basis for refusing to continue to employ someone with the HIV virus on the basis that being free of the virus was a *bona fide* occupational requirement so as to justify discrimination for that reason under section 15 of the CHRA.

⁴ Aux p. 198 à 200.

⁵ Le paragraphe 3(1) de la LCDP dispose:

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

De plus, le procureur de CP a reconnu qu'il n'existe aucun fondement valide pour refuser de continuer d'employer une personne ayant le VIH en invoquant l'argument selon lequel le fait de ne pas avoir l'infection à VIH constitue une exigence professionnelle véritable qui justifierait l'exercice de mesures discriminatoires pour cette raison en vertu de l'article 15 de la LCDP.

vices, was a matter within provincial competence and accordingly, the CHRA was inapplicable.

These same arguments, with some modification, were made before us and I would like now to deal with them.

DISCUSSION AND DISPOSITION

1. Section 7 of the CHRA

Under this argument, counsel for CP said it never employed Mr. Fontaine but Smith did and as the employment relationship in question was between Smith and Mr. Fontaine, CP did not refuse to continue to employ Mr. Fontaine and is therefore not liable under section 7 of the CHRA. CP argues that there must be some employment relationship for section 7 to apply and that relationship can be the traditional master/servant one or that of an independent contractor but Mr. Fontaine fell into neither category *vis-à-vis* CP because he was not an employee of CP and he did not have an independent contracting relationship with CP in so far as his cooking duties were concerned.

CP submitted that the Tribunal erred when it held that one came within the provisions of section 7 when it could be shown that the impugned conduct was by someone who had a considerable degree of control or influence over the actual employer and indirectly upon its employee. According to the Tribunal, the language of section 7 is broad enough to include discriminatory practices by someone who by reason of his position can induce a breach of an employment arrangement.⁶

Although the language used by the Tribunal may not be apt in all respects, I agree with the result at which it arrived on the section 7 argument. In my view, in looking at the purpose of the CHRA and the wording of section 7, CP contravened its provisions.

I agree with the authorities that have given a broader meaning to "employ" than that afforded

⁶ See Case, volume 1, at pp. 18-19.

ou les services d'alimentation, étaient de compétence provinciale et, par conséquent, la LCDP était inapplicable.

^a Ces mêmes arguments, avec quelques modifications, ont été présentés devant cette Cour et je voudrais maintenant les aborder.

DISCUSSION ET DISPOSITIFS

^b 1. L'article 7 de la LCDP

Suivant cet argument, l'avocat de CP a affirmé que celle-ci n'avait jamais employé M. Fontaine et que ce dernier était plutôt à l'emploi de Smith. ^c Puisque la relation employeur-employé en cause était entre Smith et M. Fontaine, CP n'aurait pas refusé de continuer d'employer M. Fontaine. Par conséquent, celle-ci ne saurait être responsable en vertu de l'article 7 de la LCDP. CP plaide qu'il ^d doit y avoir une relation employeur-employé pour que l'article 7 s'applique et qu'il peut s'agir de la relation maître-préposé, au sens strict, ou celle qui unit le maître d'œuvre à l'entrepreneur indépendant. Cependant, M. Fontaine ne faisait partie de ^e ni l'une, ni l'autre de ces deux catégories à l'égard de CP puisqu'il n'était pas l'employé de celle-ci et qu'il n'était lié à elle par aucun contrat d'entreprise indépendant pour ce qui était de ses fonctions de cuisinier.

^f CP a soutenu que le tribunal aurait commis une erreur en statuant que les dispositions de l'article 7 s'appliquaient dès qu'il était prouvé que la conduite reprochée était attribuable à quelqu'un qui ^g avait un degré de contrôle ou une influence considérable sur l'employeur réel et, indirectement sur son employé. Selon le tribunal, le libellé de l'article 7 est assez large pour comprendre les actes discriminatoires posés par quelqu'un qui, en raison de ^h son poste, peut provoquer la violation d'une entente d'emploi⁶.

ⁱ Il se peut que le tribunal se soit exprimé maladroitement à certains égards. Cependant, j'estime qu'il a correctement statué sur l'argument relatif à l'article 7. À mon avis, compte tenu de l'objet de la LCDP et du libellé de l'article 7, CP a contrevenu à ses dispositions.

Je souscris à la jurisprudence qui a accordé au terme «employer» une signification plus large que

⁶ Voir dossier, volume 1, aux p. 18 et 19.

by the technical master/servant relationship. In *Pannu, Kang and Gill v. Prestige Cab Ltd.*,⁷ the Alberta Court of Appeal accepted the approach of McDonald J. in *Cormier v. Human Rights Commission (Alta.) and Ed Block Trenching Ltd.*⁸ to the effect that the words "employer", "employ" and "employment" are to be interpreted to advance the purposes of the provincial human rights statute.⁹ Especially instructive are the words of Laycraft C.J.A., who wrote the judgment of the Alberta Court of Appeal; he said:

I respectfully agree with these broad interpretations of s. 7 of the **Individual's Rights Protection Act**. "Employ" and "employment" or words derived from them can, indeed, be used in the sense of the common law master/servant relationship in which control is a principle factor in determining the existence of the relationship. But, as the analysis by McDonald, J., in *Cormier* indicates, the meaning may be restricted or extended by statutory definition or some particular aspect may be emphasized as in *Yellow Cab Ltd. v. Board of Industrial Relations* (supra). Without such a statutory definition the word "employ" and its derivatives are ambiguous. It is a common, and grammatically correct, use of "employ" or "employment" to use the words in the sense of "utilize".

In my view, the whole context of the **Individual's Rights Protection Act**, demonstrates that in s. 7 the words are used in a sense broader than the ordinary master/servant relationship. The Act does not purport to intervene in purely private relationships but where a person provides a service to the public it seems clear the Act does intervene. It does so not primarily by aiming at the offender but by establishing a mechanism to remedy the wrong done or about to be done to the victim of the discrimination. In that context the broader sense of "employ" as meaning "to utilize" is in my opinion, the proper interpretation.¹⁰

So can it be said that in the instant case CP refused to continue to "utilize" Mr. Fontaine as a cook? This brings us to take a closer look at section 7 of the CHRA.

As stated above, section 7 provides that it is a discriminatory practice directly or indirectly to refuse to employ or continue to employ any

⁷ (1986), 73 A.R. 166 (C.A.).

⁸ (1984), 56 A.R. 351 (Q.B.).

⁹ See, in this respect, the Supreme Court of Canada's decision in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, particularly La Forest J. at pp. 89-91.

¹⁰ *Supra* note 7, at pp. 171-172.

l'acceptation qu'on lui donne dans une relation maître-préposé, prise dans son sens technique. Dans l'arrêt *Pannu, Kang and Gill v. Prestige Cab Ltd.*,⁷ la Cour d'appel de l'Alberta a entériné l'analyse du juge McDonald dans l'affaire *Cormier v. Human Rights Commission (Alta.) and Ed Block Trenching Ltd.*⁸, selon laquelle des termes comme «employeur», «employer» et «emploi» doivent être interprétés de façon à promouvoir les objets de la loi provinciale sur les droits de la personne.⁹ Les commentaires du juge en chef Laycraft, qui a rédigé le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta, sont particulièrement instructifs. Le juge s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Je souscris respectueusement à ces interprétations larges de l'article 7 de la **Individual's Rights Protection Act**. «Employer» et «emploi» ou les termes qui en sont dérivés, peuvent, effectivement être utilisés dans le sens qui leur est reconnu dans le contexte de la relation préposé-commettant reconnue en common law, dans laquelle le degré de contrôle constitue un facteur important pour déterminer l'existence de la relation. Cependant, comme le montre l'analyse du juge McDonald dans l'arrêt *Cormier*, l'acceptation de ces termes peut être limitée ou étendue par une définition législative. Par ailleurs, une signification particulière de ces termes peut être mise en évidence, comme c'était le cas dans l'affaire *Yellow Cab Ltd. v. Board of Industrial Relations*, précitée. En l'absence d'une telle définition législative, le terme «employer» et ses dérivés sont ambigus. Il est courant, et correct, au plan grammatical, d'utiliser «employer» ou «emploi» dans le sens de «avoir recours».

À mon sens, d'après l'ensemble de l'**Individual's Rights Protection Act**, il est évident qu'à l'article 7, les termes sont utilisés dans un sens plus large que le contexte de la relation ordinaire préposé-commettant. La Loi ne vise pas les rapports purement privés, mais dans les cas où une personne offre un service au public, il semble clair que la Loi intervient. Son effet se fait sentir non pas au niveau du contrevenant, mais par l'établissement d'un mécanisme de redressement du préjudice causé ou devant être causé à la victime de l'acte discriminatoire. Dans ce contexte, il faut, à mon avis, interpréter le terme «employer» comme signifiant «avoir recours»¹⁰.

En l'espèce, peut-on affirmer que CP a refusé de continuer d'«avoir recours» à M. Fontaine comme cuisinier? Cette question nous amène à examiner plus attentivement l'article 7 de la LCDP.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'article 7 prévoit que constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait,

⁷ (1986), 73 A.R. 166 (C.A.).

⁸ (1984), 56 A.R. 351 (B.R.).

⁹ Voir, à cet égard, l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, notamment les motifs du juge La Forest, aux p. 89 à 91.

¹⁰ Ci-dessus, note 7, aux p. 171 et 172.

individual on a prohibited ground of discrimination. On the facts as found by the Tribunal, especially that CP was the only customer that Smith had at the time in question and the inference that CP would undoubtedly call the shots as to who would work as a cook on its railroad gangs, it was clearly open to the Tribunal to conclude that CP indirectly refused to continue to employ Mr. Fontaine interpreting "employ" to mean "utilize" as already discussed.

Accordingly, CP contravened section 7 unless the Tribunal was without jurisdiction, the second major argument raised by CP.

2. Jurisdiction of the Tribunal

Under this branch of argument, CP states that the matter in question is solely within provincial competence and outside the reach of the CHRA. I do not agree.

Parliament may assert exclusive jurisdiction over employment matters where such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other federal work, undertaking or business. It is not contested that CP's railway is a federal undertaking by reason of its interprovincial character (see paragraph 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act 1982*, item 1)]). The question is whether the cooking and catering needs, which taken by themselves are normally provincial in nature, when contracted out to Smith as in the present circumstances are likewise a federal undertaking.

According to *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*,¹¹ there are two steps to follow in answering the question.¹² The

¹¹ [1980] 1 S.C.R. 115: See also *Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communication Workers of Canada et al.*, [1983] 1 S.C.R. 733.

¹² See *Idem*, at p. 133, per Dickson J. (as he then was).

par des moyens directs ou indirects, de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu. Vu les faits constatés par le tribunal, surtout le fait que CP était la seule cliente de Smith à l'époque en cause et l'inférence selon laquelle CP déciderait assurément elle-même qui travaillerait comme cuisinier dans ses équipes d'entretien, il était certainement loisible au tribunal de conclure que CP avait, par un moyen indirect, refusé de continuer d'employer M. Fontaine en interprétant le terme «employé» dans le sens de «avoir recours», comme il a été exposé précédemment.

En conséquence, CP a contrevenu à l'article 7, sous réserve de la compétence du tribunal ce qui nous amène à traiter le second argument principal soulevé par CP.

2. Compétence du tribunal

Suivant cet argument, CP affirme que la question en litige relève exclusivement de la compétence provinciale et n'est aucunement visée par la LCDP. Je ne suis pas de cet avis.

Le Parlement peut établir sa compétence exclusive en matière d'emploi lorsqu'elle fait partie intégrante de la compétence première sur d'autres ouvrages, entreprises ou affaires de compétence fédérale. Il n'est pas contesté que le chemin de fer exploité par CP est une entreprise fédérale du fait de son caractère interprovincial (voir l'alinéa 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1)]. Il s'agit de déterminer si les besoins en services d'alimentation, lesquels sont habituellement, lorsqu'ils sont pris isolément, de compétence provinciale, sont également une entreprise fédérale lorsqu'ils sont donnés à contrat à Smith, comme c'est le cas en l'espèce.

Selon l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*¹¹, il y a deux étapes à suivre pour répondre à la question¹². Il

¹¹ [1980] 1 R.C.S. 115. Voir également l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre*, [1983] 1 R.C.S. 733.

¹² Voir *Idem*, à la p. 133, les commentaires du juge Dickson (alors juge puîné).

first is to determine whether a core federal undertaking is present and the extent of that core undertaking. The second is to look at the normal or habitual activities of the subcontractor's operation as a going concern and the practical and functional relationship of these activities to the core federal undertaking to determine whether the subcontractor's operation can be characterized as vital, essential or integral to the federal undertaking.

The decision of this Court in *Bernshine Mobile Maintenance Ltd. v. Canada Labour Relations Board*¹³ illustrates the application of the above principles very well to a fact situation similar in important respects to the case before us. In that case, a former maintenance employee of an interprovincial trucking company (Reimer) incorporated his own truck maintenance company (Bernshine) to do Reimer's washing and tire maintenance. Reimer was its sole customer and the issue was whether the nature of the activity carried on by Bernshine was vital, essential and integral to the operation of Reimer's federal undertaking of interprovincial trucking.

Urie J.A. said this:

In this case, since, at the time of the hearing, Reimer was Bernshine's only customer, the importance of the Reimer work to it is obvious. It certainly cannot be said that it was exceptional or casual. In that sense, its situation differs markedly from that of suppliers of gas and oil at the various roadside service stations upon which the highway transport drivers must from time to time rely when shortages of fuel occur. Counsel for the appellant attempted to equate Bernshine's operations to those of such suppliers. This is not to say, of course, that every company which provides tire maintenance and truck wash services to a federal transport business falls under federal jurisdiction. Whether they do or not must, in part, depend on determining whether or not the services they provide are casual or exceptional. On the peculiar facts of this case they were certainly not.

Dickson, J., in *Telecom No. 2* found [at page 722 S.C.R.; 5 D.L.R.] [the operational connection between the activity in question and the federal undertaking] factor [to] "be the most critical in determining whether the federal Parliament or the provincial legislature has constitutional jurisdiction". Estey J.

faut d'abord se demander s'il existe une entreprise fédérale principale et en étudier la portée. Puis, il faut étudier les activités normales ou habituelles de l'exploitation du sous-traitant en tant qu'entreprise active et le lien pratique et fonctionnel entre ces activités et l'entreprise fédérale principale, pour déterminer si l'exploitation du sous-traitant peut être qualifiée de fondamentale, essentielle ou vitale à l'entreprise fédérale.

L'arrêt de cette Cour *Bernshine Mobile Maintenance Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail*¹³ illustre très bien comment les principes susmentionnés peuvent s'appliquer à une situation de fait semblable à d'importants égards aux circonstances en l'espèce. Dans cette affaire, un ancien employé d'entretien d'une société de camionnage interprovincial (Reimer) a constitué sa propre société d'entretien de camions (Bernshine) pour s'occuper de l'entretien des pneus et du lavage des véhicules de Reimer. Reimer était son unique client et il s'agissait de déterminer si la nature de l'activité de Bernshine était fondamentale, essentielle et vitale pour l'exploitation de l'entreprise fédérale de camionnage interprovincial de Reimer.

Le juge Urie, J.C.A., s'est exprimé en ces termes:

En l'espèce, comme Reimer était, au moment de l'audience, le seul client de Bernshine, l'importance du travail effectué pour Reimer est des plus évidentes. L'on ne peut certainement pas dire que ce travail était exceptionnel ou occasionnel. À cet égard, la situation de Bernshine se distingue nettement de celle des fournisseurs d'essence et d'huile qui exploitent les diverses stations-service situées le long de la route, où s'approvisionnent les routiers. L'avocat de l'appelante a tenté de placer sur un même pied les activités de Bernshine et celles de tels fournisseurs. Naturellement, il ne s'agit pas de dire que toutes les sociétés fournissant des services d'entretien des pneus et de lavage des camions à une entreprise de transport de nature fédérale relèvent de la compétence fédérale. Qu'elles ressortissent ou non à cette compétence dépend en partie de la question de savoir si les services qu'elles fournissent sont occasionnels ou exceptionnels. Dans les circonstances particulières de l'espèce, ils ne l'étaient certainement pas.

Dans l'arrêt *Telecom n° 2*, le juge Dickson a conclu [à la page 772 R.C.S.; 5 D.L.R.] que ce facteur [le lien opérationnel entre l'activité en cause et l'entreprise fédérale] «est certainement le plus important pour savoir qui du Parlement fédéral ou de la législature provinciale a la compétence constitutionnelle».

¹³ [1986] 1 F.C. 422 (C.A.).

¹³ [1986] 1 C.F. 422 (C.A.).

agreed with this assessment. It is the factor where the test of "vital", "essential" or "integral" comes into play.

The requisite inquiry thus is one of fact, *viz.*, is the nature of the work performed by Bernshine for Reimer essential, vital or integral to the Reimer operations?

The Board found as a fact that it was. At pages 26 and 27 of the Board's reasons, it was said:—

In the present case, as long as the work was being done "in house" by Reimer, the parties had assumed the truck wash and tire repair operations fell within federal jurisdiction as do the rest of Reimer's operations. Does anything change because of the fact that the services are now performed by Bernshine, a separate company with no corporate connection with Reimer? We think not.

In a labour relations sense Bernshine is a separate company and a separate employer compared to Reimer, but in a constitutional sense Bernshine's business is an integral part of Reimer's federal undertaking. We therefore conclude that this Board has constitutional jurisdiction over Bernshine. (Emphasis added)

There seems ample support for this finding in the evidence

Moreover, without trucks Reimer's business could not be carried on. Without proper tires the trucks and tractors and trailers could not be operated.¹⁴

Here, Smith is like Bernshine in that the former provides exclusive catering services for CP railway gangs with CP its only customer and that the services provided by Smith are vital, essential and integral to CP's operation of the railway. The railway needs to be maintained, rail gangs are needed to go to remote areas to do maintenance, and these gangs cannot do their work without being fed by on-site cooks. Consequently there is a

¹⁴ *Id.*, at pp. 433-435.

Le juge Estey s'est montré du même avis. Ce facteur est celui dont l'étude entraîne l'application du critère du caractère «vital», «essentiel» ou «fondamental».

a La question à se poser porte donc sur les faits et est la suivante: le travail exécuté par Bernshine pour Reimer est-il de telle nature qu'il est essentiel, vital ou fondamental aux activités de ce dernier?

b Le Conseil a conclu que c'était le cas. Aux pages 35 et 36 de ses motifs, il est dit: —

c Dans la présente affaire, tant que le travail était effectué chez Reimer par ses propres employés, les parties avaient supposé que les services de lavage de camions et de réparation de pneus relevaient de la compétence fédérale comme tout le reste de l'exploitation de Reimer. Cette situation a-t-elle changé d'une façon quelconque du simple fait que les services soient maintenant assurés par Bernshine, société distincte sans lien corporatif avec Reimer? Nous ne le pensons pas.

e Du point de vue des relations de travail, Bernshine est une société distincte et un employeur distinct de Reimer, mais du point de vue constitutionnel, Bernshine fait partie intégrante de l'entreprise fédérale de Reimer. Nous concluons donc que le Conseil possède la compétence constitutionnelle auprès de l'exploitation de Bernshine. (C'est moi qui souligne.)

f Cette conclusion est amplement appuyée par la preuve ...

g De plus, Reimer ne pourrait, sans camions, exploiter son affaire. Les camions, les tracteurs et les remorques seraient inutilisables s'ils n'étaient pas munis de pneus adéquats¹⁴.

h En l'espèce, Smith est dans la même situation que Bernshine dans la mesure où elle fournit des services d'alimentation exclusifs aux équipes de l'entretien de la voie de CP, où cette dernière est son seul client et où les services qu'elle fournit sont vitaux, essentiels et fondamentaux à l'exploitation du chemin de fer de CP. Celui-ci doit être entretenu, il faut que des équipes d'entretien se rendent dans les régions isolées pour effectuer les travaux

¹⁴ *Idem.*, aux p. 433 à 435.

direct connection between CP's core federal undertaking as a railway and Smith's activities.¹⁵

In sum, I would dismiss the section 28 application.

URIE J.A.: I agree.

MAHONEY J.A.: I agree.

et ces équipes ne peuvent faire leur travail sans être nourris par des cuisiniers sur place. En conséquence, il existe un lien direct entre l'entreprise fédérale principale de CP, son chemin de fer, et les activités de Smith¹⁵.

a

En somme, je rejetterais la demande fondée sur l'article 28.

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

b

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

¹⁵ The degree of integration between CP and Smith is dramatically illustrated by the terms of the contract entered into between CP and Smith. It should be mentioned that this contract was not before the Tribunal and at the hearing of this application, it was permitted to be added to the case under Rule 1102(1) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] as it related to the jurisdiction of the Tribunal. See Affidavit of René Duval, (Exhibit E), August 21, 1990. Suffice it to say that a number of provisions illustrate the integration of Smith's activities into those of CP. For example, the contract calls for the furnishing and equipping of food preparation facilities by Smith on railway cars of CP and for Smith to charge depreciation expense on equipment supplied by it for food preparation. In passing, I would point out that the Tribunal noted that the terms of the contract were not put into evidence: see Case, volume 1, at p. 14. I do not doubt that the Tribunal would have found the contract's terms to be of the utmost importance both on the section 7 and jurisdictional arguments. However, even more troublesome are the repeated representations by counsel for CP to the Tribunal that there was not any control of Smith by CP: see Case, volume 5, at pp. 687, 694. Yet clause 21 of the contract provides that, in effect, CP can require any employee of Smith whom CP regards as unsatisfactory to be removed or replaced.

¹⁵ Les stipulations du contrat intervenu entre CP et Smith montrent de façon frappante à quel point les entreprises de C.P. et Smith sont liées. Il convient de mentionner que ce contrat n'était pas en preuve devant le tribunal et qu'à l'audition de la présente demande, la Cour a autorisé qu'elle soit ajoutée au dossier en application de la Règle 1102(1) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] dans la mesure où elle intéressait la compétence du tribunal. Voir l'affidavit de René Duval (Pièce E), du 21 août 1990. Il suffit de dire qu'un certain nombre de stipulations font voir comment les activités de Smith sont intégrées à celles de CP. Par exemple, il est stipulé au contrat qu'il incombe à Smith de fournir les installations nécessaires à la préparation des aliments et de les installer dans les wagons de CP et que Smith fasse payer la dotation aux amortissements relative à ce matériel. En passant, je signale que le tribunal avait noté que les conditions du contrat n'avaient pas été mises en preuve: voir dossier, volume 1, à la p. 14. Je suis certain que le tribunal aurait attaché la plus haute importance aux conditions du contrat aux fins de statuer sur les arguments relatifs à l'article 7 et à ceux relatifs à sa compétence. Cependant, j'estime que les observations répétées de l'avocat de CP au tribunal selon lesquelles sa cliente n'exerçait aucun contrôle sur Smith sont encore plus embarrassantes: voir dossier, volume 5, aux p. 687 et 694. Pourtant, la clause 21 du contrat stipule que CP peut effectivement exiger le renvoi ou le remplacement de tout employé de Smith qu'elle juge insatisfaisant.

A-323-89

A-323-89

Herbert H. Winter and David Herbert Outerbridge Winter (*Appellants*)

Herbert H. Winter et David Herbert Outerbridge Winter (*appelants*)

v.

a c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: WINTER v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: WINTER c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, MacGuigan and Décary J.J.A.—Montréal, October 2; Ottawa, November 2, 1990.

b Cour d'appel, juges Marceau, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Montréal, 2 octobre; Ottawa, 2 novembre 1990.

Income tax — Income calculation — Tax-avoidance — Indirect benefits principle — Minister including in director's income value of shares sold to son-in-law pursuant to s. 56(2) — No piercing of corporate veil — Director as majority shareholder able to cause corporation to sell shares at less than market value to confer benefit on buyer — S. 56(2) rooted in doctrine of "constructive receipt" — Only requiring taxpayer be subject to tax had transfer been made to him — S. 56(2) applies only if benefit not directly taxable in hands of payee or transferee — As shares purchased qua son-in-law, not qua shareholder, not subject to tax under s. 15(1).

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Évitement fiscal — Principe des avantages indirects — Le ministre a inclus dans le revenu de l'administrateur la valeur des actions vendues à son gendre, conformément à l'art. 56(2) — La Cour n'a pas fait abstraction de la personnalité morale — L'administrateur, à titre d'actionnaire majoritaire, a pu faire en sorte que la société vende ses actions à un prix inférieur à leur valeur marchande pour avantager l'acheteur — L'art. 56(2) est fondé sur la doctrine de la «recette présumée» — Cette disposition exige simplement que le contribuable soit imposable quand le transfert lui est fait — L'art. 56(2) s'applique seulement si l'avantage n'est pas directement imposable entre les mains du bénéficiaire ou du cessionnaire — Puisque l'acheteur des actions a agi en sa qualité de gendre, et non en sa qualité d'actionnaire, il n'est pas imposable en vertu de l'art. 15(1).

This was an appeal from the trial judgment dismissing an action attacking an income tax assessment. In 1979 the Board of Directors of an investment holding company resolved to sell its shares in an operating company to the son-in-law of the majority shareholder, Sir Leonard Outerbridge, for \$100 per share. The Minister included the value of those shares, calculated at \$1,089 per share, in Sir Leonard's income as a benefit conferred on him pursuant to *Income Tax Act*, subsection 56(2). Subsection 56(2) provides that a transfer of property made with the concurrence of a taxpayer to another as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him. The plaintiffs, Sir Leonard's executors, argued that the shares belonged to the holding company, not to Sir Leonard. To say that Sir Leonard conferred a benefit on his son-in-law would involve piercing the corporate veil, for which there was no justification. Alternatively, they argued that Sir Leonard should not be taxed under subsection 56(2) because the son-in-law as a shareholder was already subject to tax for the benefit pursuant to subsection 15(1).

f Il s'agit d'un appel formé contre le jugement de première instance par lequel une action pour contester une cotisation fiscale a été rejetée. En 1979, le conseil d'administration d'une société de portefeuille a passé une résolution aux termes de laquelle celle-ci vendait ses actions d'une société active au gendre de l'actionnaire majoritaire, Sir Leonard Outerbridge, au prix de 100 \$ l'action. Le ministre a inclus la valeur de ces actions, fixée à 1 089 \$ l'action, dans le revenu de Sir Leonard à titre d'avantage qui lui aurait été accordé conformément au paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le g paragraphe 56(2) prévoit que tout transfert de biens fait avec l'accord d'un contribuable à autrui, à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accordé à l'autre personne, doit être inclus dans le revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou ce transfert avait été fait au contribuable lui-même. Selon les demandeurs, c'est-à-dire les exécuteurs testamentaires de Sir Leonard, les actions appartenaient à la société de portefeuille et non pas à ce dernier. Admettre que Sir Leonard avait accordé un avantage à son gendre reviendrait à faire abstraction de la personnalité morale de la société, sans justification. À titre subsidiaire, ils ont plaidé que Sir Leonard ne devrait pas être imposé conformément au paragraphe 56(2) du fait que le gendre, en sa qualité d'actionnaire, était déjà assujéti à l'impôt à l'égard de l'avantage, conformément au paragraphe 15(1).

Held, the appeal should be dismissed.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

There was no piercing of the corporate veil. Of importance was the fact that Sir Leonard could cause the corporation to sell its shares at less than market value, with a view to conferring a benefit on the buyer. That he had no direct right

j La Cour n'a pas fait abstraction de la personnalité morale de la société. Ce qui importe c'est que Sir Leonard pouvait faire en sorte que la société vende ses actions à un prix inférieur à leur valeur marchande, dans le but d'avantager l'acheteur. Le fait

to the shares would be relevant only if subsection 56(2) was restricted in its application to cases of diversion of income receivable by the taxpayer.

Subsection 56(2) was a tax-avoidance provision dating back to 1948. While it has been the subject of a number of reported decisions, the vagueness of its wording has not been overcome and its purpose remains controversial. Some qualification suggested by the aim and purpose for which the rule was adopted must be read into subsection 56(2) so as to avoid unreasonable results. Subsection 56(2) is rooted in the doctrine of "constructive receipt" and, although meant to cover principally cases where a taxpayer seeks to avoid receipt of income by having the amount paid to some other person, it is not confined to such clear cases of tax avoidance. For its application, the taxpayer need not be initially entitled to payment or transfer of property made to the third party. The only requirement is that he would have been subject to tax had the payment or transfer been made to him. When the taxpayer has no entitlement to the payment made or the property transferred, subsection 56(2) applies only if the benefit conferred is not directly taxable in the hands of the transferee. A tax-avoidance provision exists to prevent the avoidance of a tax payable on a particular transaction, not to double the tax normally due, nor to give the taxing authorities administrative discretion to choose between two possible taxpayers. The implied condition that the transferee not be subject to tax on the benefit received did not apply here, as the shares were purchased *qua* son-in-law, not *qua* shareholder, and subsection 15(1) did not apply.

qu'il n'avait aucun droit direct sur les actions n'aurait été pertinent que si le paragraphe 56(2) avait visé exclusivement les cas où les revenus détournés seraient ceux auxquels le contribuable avait droit.

a Le paragraphe 56(2) est une disposition en matière d'évitement fiscal qui remonte à 1948. Bien qu'il ait fait l'objet de nombreuses décisions publiées, les tribunaux n'ont jamais pu en élucider le sens exact, et son but demeure controversé. Il faut nuancer le sens du paragraphe 56(2) à la lumière de l'objet de la règle et du but dans lequel elle a été adoptée afin d'éviter des résultats déraisonnables. Le paragraphe 56(2) est fondé sur la doctrine de la «recette présumée» et, bien qu'il vise principalement les cas où le contribuable cherche à éviter de recevoir un revenu en faisant verser ce montant au profit de quelqu'un d'autre, son application n'est pas limitée à de tels cas patents d'évitement fiscal. Comme condition d'application, il n'est pas nécessaire que le contribuable ait d'abord droit au versement ou au transfert du bien en faveur du tiers. Il suffit qu'il soit impossible à cet égard quand le versement ou le transfert lui est fait. Lorsque le contribuable n'a pas droit au versement effectué ou au bien transféré, le paragraphe 56(2) s'applique seulement si l'avantage accordé n'est pas directement impossible entre les mains du cessionnaire. La raison d'être d'une disposition en matière d'évitement fiscal est d'empêcher l'évitement de l'impôt payable sur une opération donnée, et non pas de doubler l'impôt normalement payable, ou d'accorder aux autorités fiscales une discrétion administrative qui leur permettraient de choisir entre deux contribuables possibles. La condition implicite selon laquelle le cessionnaire n'est pas assujéti à l'impôt sur l'avantage qu'il a reçu n'est pas remplie en l'espèce, puisque l'acheteur a acquis les actions en sa qualité de gendre et non pas en sa qualité d'actionnaire, si bien que le paragraphe 15(1) ne s'appliquait pas.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Income Tax Act*, R.S.C. 1970, c. I-5, s. 56(2).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 15(1), 56(2), 69 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 37; 1977-78, c. 32, s. 13; 1979, c. 5, s. 22).
The Income Tax Act, S.C. 1948, c. 52, s. 16(1) (as am. by S.C. 1960-61, c. 49, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

- Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1987), 18 F.T.R. 80; 84 N.R. 214 (C.A.) affg *McClurg (J.A.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 355; (1986), 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

- Minister of National Revenue v. Bronfman, Allan*, [1966] Ex.C.R. 172; [1965] C.T.C. 378; (1965), 65 DTC 5235.

f LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, chap. 52, art. 16(1) (mod. par S.C. 1960-61, chap. 49, art. 5).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 15(1), 56(2), 69 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 37; 1977-78, chap. 32, art. 13; 1979, chap. 5, art. 22).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1970, chap. I-5, art. 56(2).

h

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

- Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1987), 18 F.T.R. 80; 84 N.R. 214 (C.A.) conf. *McClurg (J.A.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 355; (1986), 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

- Minister of National Revenue v. Bronfman, Allan*, [1966] R.C.É. 172; [1965] C.T.C. 378; (1965), 65 DTC 5235.

REFERRED TO:

Miller, Alex v. Minister of National Revenue, [1962] Ex. C.R. 400; [1962] C.T.C. 378; (1962), 62 DTC 1139; *Murphy (G A) v. The Queen*, [1980] CTC 386; (1980), 80 DTC 6314 (F.C.T.D.); *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 Ex.C.R. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184; *Herbert v. Inland Revenue Comrs.*, [1943] 1 All E.R. 336 (K.B.D.); *Vestey v Inland Comrs. (Nos 1 and 2)*, [1979] 3 All ER 976 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Miller, Alex v. Minister of National Revenue, [1962] R.C.É. 400; [1962] C.T.C. 378; (1962), 62 DTC 1139; *Murphy (G A) c. La Reine*, [1980] CTC 386; (1980), 80 DTC 6314 (C.F. 1^{re} inst.); *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 R.C.É. 676; [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184; *Herbert v. Inland Revenue Comrs.*, [1943] 1 All E.R. 336 (K.B.D.); *Vestey v Inland Comrs. (Nos 1 and 2)*, [1979] 3 All ER 976 (H.L.).

COUNSEL:

A. Peter F. Cumyn and Gary Nachshen for appellants.

P. E. Plourde and Michael Murphy for respondent.

b AVOCATS:

A. Peter F. Cumyn et Gary Nachshen pour les appelants.

P. E. Plourde et Michael Murphy pour l'intimée.

SOLICITORS:

Stikeman, Elliott, Montréal, for appellants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

c PROCUREURS:

Stikeman, Elliott, Montréal, pour les appelants.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: This appeal from a judgment of the Trial Division [*Outerbridge (Sir L.C.) Estate v. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 55; (1989), 89 DTC 5304 (F.C.T.D.)] (*sub nom Winter v. Canada*) is concerned with the interpretation and conditions of application of subsection 56(2) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], which states as follows:

56. ...

(2) A payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

This well-known tax-avoidance provision, which gives effect to the indirect benefits principle, has a long legislative history dating back to 1948.¹ It gave rise to important decisions, among which: *Miller, Alex v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex.C.R. 400; and *Minister of National*

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Le présent appel d'un jugement de la Section de première instance [*Outerbridge (Sir L.C.) succession c. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 55; (1989), 89 DTC 5304 (C.F. 1^{re} inst.)] (*sub nom Winter c. Canada*) porte sur l'interprétation et les conditions d'application du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63] qui dispose:

56. ...

(2) Tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions et avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne, doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou ce transfert avait été fait au contribuable.

Cette disposition bien connue en matière d'évitement fiscal, qui donne effet au principe des avantages indirects, a une longue histoire législative qui remonte à 1948¹. Elle a donné lieu à d'importantes décisions, dont celles rendues par la Cour de l'Échiquier dans les affaires *Miller, Alex v. Minis-*

¹ The provision was originally enacted as subsection 16(1) of the *Income Tax Act*, [S.C. 1948, c. 52]; it was amended in 1961 (S.C. 1960-61, c. 49, s. 5), and, as amended, became subsection 56(2) in the 1970 revision.

¹ La disposition a été édictée à l'origine au paragraphe 16(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1948, chap. 52]. Elle a été modifiée en 1961 (S.C. 1960-61, chap. 49, art. 5) et est devenue le paragraphe 56(2) lors de la révision de 1970.

Revenue v. Bronfman, Allan, [1966] Ex.C.R. 172, in the Exchequer Court; *Murphy (G A) v. The Queen*, [1980] CTC 386, in the Trial Division of the Federal Court; and, more recently, in this Court, of *Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356, affirming [1986] 1 C.T.C. 355 (F.C.T.D.), a decision now under appeal before the Supreme Court. And yet the vagueness of its wording has never been totally surmounted and its aim and purpose are still subject of controversy. The case at bar is yet another example of the difficulty one has to fully understand how Parliament meant it to be applied in practice.

In 1979, Sir Leonard C. Outerbridge, a resident of St. John's, Newfoundland, then 91 years of age, was the controlling shareholder of Littlefield Investments Limited ("Littlefield"), a company incorporated under the laws of Canada, on December 8, 1961, as an investment holding company. He held 99.16% of the issued shares of the company (9,916 shares) while his daughter, Nancy D. Winter, held .83% (83 shares) and his son-in-law, Herbert H. Winter (Dick) held .01% (1 share). Both Sir Leonard personally and his investment company were beneficial owners of shares of A. Harvey & Company Limited ("Harvey"), an operating company engaged in various distribution, transportation and warehousing activities: Sir Leonard owned 254 Harvey shares and Littlefield, 661.

On September 19, 1979, the Board of Directors of Littlefield (then consisting of the three shareholders), in a regularly held meeting, resolved that the 661 Harvey shares owned by the company be sold to Dick Winter for a price of \$100 per share. The resolution was acted upon shortly thereafter and the sale price was fully paid. Approximately one month later, Sir Leonard gifted to his daughter, Mrs. Winter, the 254 Harvey shares that he owned personally, a gift that he reported, in his 1979 tax return, as a disposition for deemed proceeds of \$100 per share.

ter of National Revenue, [1962] R.C.É. 400; et *Minister of National Revenue v. Bronfman, Allan*, [1966] R.C.É. 172, par la Section de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *Murphy (G A) c. La Reine*, [1980] CTC 386, et, plus récemment, par cette Cour dans l'affaire *Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356, confirmant [1986] 1 C.T.C. 355 (C.F. 1^{re} inst.), un arrêt actuellement en appel devant la Cour suprême. Pourtant, l'imprécision de ses termes n'a jamais été complètement surmontée et son objet comme son but sont encore objet de controverse. La présente affaire montre une fois de plus combien il est difficile de comprendre en tout point comment le Parlement voulait qu'elle soit appliquée en pratique.

En 1979, Sir Leonard C. Outerbridge, un résident de St-John's (Terre-Neuve) alors âgé de 91 ans, était l'actionnaire majoritaire de Littlefield Investments Limited («Littlefield»), une société constituée sous le régime des lois du Canada le 8 décembre 1961 pour agir à titre de société de portefeuille. Sir Leonard détenait 99,16 p. 100 des actions émises de la société (9 916 actions), alors que sa fille, Nancy D. Winter, en détenait 0,83 p. 100 (83 actions) et son gendre, Herbert H. Winter (Dick), 0,1 p. 100 (une action). Sir Leonard, à titre personnel, et sa société de portefeuille, étaient tous deux en même temps propriétaires bénéficiaires d'actions de A. Harvey & Company Limited («Harvey»), une société active qui œuvrait dans les domaines de la distribution, du transport et de l'entreposage: Sir Léonard détenait 254 actions de Harvey, Littlefield, 661.

Le 19 septembre 1979, le conseil d'administration de Littlefield (constitué à l'époque des trois actionnaires), au cours d'une réunion régulière, a passé une résolution autorisant la vente des 661 actions de Harvey appartenant à la société à Dick Winter au prix de 100 \$ l'action. L'opération visée par la résolution a été conclue peu de temps après et le prix de vente a été versé en entier. Environ un mois plus tard, Sir Leonard a fait don à sa fille, madame Winter, des 254 actions de Harvey qui lui appartenaient à titre personnel. Dans sa déclaration de revenus pour 1979, il a déclaré ce don comme une disposition de biens ayant donné lieu à un produit réputé de 100 \$ l'action.

On October 21, 1985, by notice of reassessment, Sir Leonard was advised that the Minister of National Revenue had added to his income for his 1979 taxation year: a) an amount of \$648,368, pursuant to subsection 56(2) of the Act, as a benefit conferred on him by virtue of the sale by Littlefield to Dick Winter of the 661 Harvey shares; and b) an amount of \$54,673, pursuant to section 69 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 37; 1977-78, c. 32, s. 13; 1979, c. 5, s. 22] of the Act, as a taxable capital gain realized by him on the gift of the 254 Harvey shares to his daughter. To calculate the benefit and the capital gain, the Minister had ascribed a value of \$1,089 to each of the Harvey shares at the time of their disposition in 1979, a figure arrived at following a valuation survey conducted the year before, 1984. Sir Leonard duly objected. On July 3, 1986, the Minister issued a second notice of reassessment which reduced the amount which had been added pursuant to subsection 56(2) by some \$150, on the basis that Sir Leonard, in 1979, held only 99.16% of the shares of Littlefield, not 99.18% as previously calculated, but otherwise confirmed the first one. Sir Leonard, of course, reiterated his objection.

On September 7, 1986, Sir Leonard passed away. Nancy Winter and Dick Winter were appointed as the sole executors under the last will and testament of the deceased, but Nancy Winter died on December 25, 1986 and was replaced by David Herbert Outerbridge Winter. On June 16, 1987, after rejection by the Minister of the objection filed by Sir Leonard before his death, the executors, in the exercise of the rights and remedies of the deceased, took action, in the Trial Division, claiming that the reassessment of July 3, 1986 was unfounded in fact and in law. The attack in the action was directed against both branches of the assessment but before trial the plaintiffs withdrew their opposition to the second one dealing with the capital gain deemed to have been realized by the taxpayer on his gift to his daughter of the personally owned shares. On May 29, 1989, judgment was rendered dismissing the action. This is the judgment here under appeal.

Le 21 octobre 1985, par avis de nouvelle cotisation, Sir Leonard a été informé que le ministre du Revenu national avait ajouté les sommes suivantes à son revenu pour son année d'imposition 1979: a) la somme de 648 368 \$, conformément au paragraphe 56(2) de la Loi, à titre d'avantage qui lui aurait été accordé du fait que Littlefield avait vendu 661 actions de Harvey à Dick Winter, et b) la somme de 54 673 \$, conformément à l'article 69 [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 37; 1977-78, chap. 32, art. 13; 1979, chap. 5, art. 22] de la Loi, à titre de gain en capital imposable qu'il aurait réalisé sur le don des 254 actions de Harvey qu'il avait fait à sa fille. Pour calculer l'avantage et le gain en capital, le ministre a imputé la valeur de 1 089 \$ à chacune des actions de Harvey au moment de leur disposition en 1979, un chiffre obtenu suite à une évaluation qui avait été effectuée l'année précédente, en 1984. Sir Leonard s'est dûment opposé à cette cotisation. Le 3 juillet 1986, le ministre a émis un second avis de cotisation dans lequel le montant qui avait été ajouté conformément au paragraphe 56(2) était réduit de quelque 150 \$, au motif que Sir Leonard, en 1979, détenait seulement 99,16 p. 100 des actions de Littlefield, et non pas 99,18 p. 100, comme on l'avait calculé précédemment, mais qui, pour le reste, confirmait le premier avis. Évidemment, Sir Leonard réitéra son opposition.

Le 7 septembre 1986, Sir Leonard est décédé. Par son dernier testament le défunt avait constitué Nancy et Dick Winter ses seuls exécuteurs testamentaires, mais Nancy Winter est décédée elle-même le 25 décembre 1986 et elle a été remplacée par David Herbert Outerbridge Winter. Le 16 juin 1987, après que le ministre eut rejeté l'opposition produite par Sir Leonard avant son décès, les exécuteurs testamentaires, exerçant les droits et les recours du défunt, intentaient une action devant la Section de première instance dans laquelle ils alléguaient que la nouvelle cotisation du 3 juillet 1986 était mal fondée en fait et en droit. Dans leur action, les demandeurs contestaient les deux chefs de la cotisation, mais avant l'instruction, ils ont retiré leur opposition quant au second chef relatif au gain en capital réalisé par le contribuable sur le don qu'il avait fait à sa fille des actions détenues par lui à titre personnel. Le 29 mai 1989, jugement intervenait rejetant l'action. Le présent appel est formé contre ce jugement.

The position taken by counsel for the plaintiffs before the Trial Judge, as I understand it, was essentially the following. The value of \$1,089 per share attributed to the Harvey shares by the Minister was one that was arrived at after a complex valuation conducted “with *ex post facto* wisdom”, to use the expression of the Trial Judge. It was not one respectful of the parties’ perception at the time of the transaction. Considering the price that had been attributed to the shares in some contemporary transactions, the restrictions to which the transfer of the shares was subjected by the articles of the corporation, the opinion of the accountant present at the directors’ meeting when the sale was authorized, it was reasonable for Sir Leonard, argued counsel, to believe that \$100 was the fair market value of a Harvey share on September 19, 1979. There was no indication that Sir Leonard had a wish or a desire to confer a benefit on Dick Winter. Besides, Sir Leonard had himself no right to those shares, he was certainly not attempting to divert part of his income into the hands of a third party to avoid tax. The conditions of application of subsection 56(2), which is a tax-avoidance provision, therefore do not exist.

The learned Trial Judge disagreed. Being satisfied on the evidence that the Minister was right in his valuation of the shares, he said [at page 62] he had to find, “on the basis of the relationship between the taxpayer and his son-in-law, as well as on the more objective circumstances surrounding the specific transaction as well as those transactions ancillary to it, that in causing the Littlefield shares to be transferred, the taxpayer desired to confer a benefit to his son-in-law.” Then, rejecting the interpretation of subsection 56(2) suggested by the plaintiffs as one which would put “the kind of strain on the language of the section that it cannot reasonably bear”, he concluded that the conditions of application of the provision were met.

In this Court, counsel had to narrow further his position after acknowledging, at the opening of the hearing, that the findings of fact of the Trial Judge were difficult to assail. His claim was now

Voici en substance, si je l’ai bien comprise, l’argumentation que l’avocat des demandeurs fit valeur devant le juge de première instance. La valeur de 1 089 \$ l’action que le ministre a attribué aux actions de Harvey fut établie à la suite d’une évaluation complexe, fondée sur une «sagesse *ex post facto*», pour reprendre la formule employée par le juge de première instance. Cette évaluation ne respectait pas la perception qu’avaient les parties au moment de l’opération. Considérant le prix qui avait été attribué aux actions pour certaines opérations effectuées à la même époque, les restrictions auxquelles le transfert des actions était assujéti par les statuts constitutifs de la société et l’avis du comptable qui avait assisté à la réunion des administrateurs au cours de laquelle la vente avait été autorisée, il était raisonnable pour Sir Leonard, soutint l’avocat des demandeurs, de croire que la juste valeur marchande d’une action de Harvey s’établissait à 100 \$ le 19 septembre 1979. Rien ne laissait entendre que Sir Leonard souhaitait ou désirait accorder un avantage à Dick Winter. D’ailleurs, Sir Leonard n’avait lui-même aucun droit à ces actions; il ne tentait certainement pas de détourner une partie de son revenu au profit d’un tiers pour éviter l’impôt. Par conséquent, les conditions d’application du paragraphe 56(2), qui contient une disposition visant l’évitement fiscal, n’existent pas.

Le juge de première instance ne fut pas d’accord. Satisfait par la preuve que le ministre avait correctement évalué les actions, il affirma [à la page 62] qu’«[en se] fondant sur les relations existant entre le contribuable et son gendre, de même que sur les circonstances objectives entourant l’opération spécifique en cause et les autres opérations accessoires, [il devait] en venir à la conclusion qu’en faisant procéder au transfert des actions de Littlefield, le contribuable désirait avantager son gendre». Puis rejetant l’interprétation du paragraphe 56(2), suggérée par les demandeurs comme [TRADUCTION] «attribuant aux termes utilisés une extension qu’ils ne pouvaient raisonnablement contenir», il décida que les conditions d’application de la disposition étaient remplies.

Devant cette Cour, l’avocat des demandeurs dut restreindre davantage son argumentation après avoir reconnu, à l’ouverture de l’audience, que les conclusions de fait du juge de première instance

simply that, even if the parties to the transaction in 1979 were aware that the fair market value of the Harvey shares was \$1,089 per share, the conditions of application of subsection 56(2) properly construed according to its aim and purpose were not present. In support thereof, he submitted a two-fold argument.

1. It must not be forgotten, said counsel, that the shares belonged to Littlefield, not to Sir Leonard who was acting only as director of the company. To say that Sir Leonard conferred a benefit on Dick Winter would be to ignore the distinction between Sir Leonard and the company, which would amount to piercing the corporate veil for which there was no justification. On the other hand, argued counsel, the language of the provision did not justify the notion that a director acting as such could be seen as causing a corporation to divert a transfer or payment for his own benefit or the benefit of another person, absent bad faith or breach of fiduciary duty, which was not the case, and was not even alleged to be the case here. And counsel referred to the case of *McClurg, supra*, which indeed decided that the language of subsection 56(2) does not encompass acts of a director when he participates in the declaration of a dividend.

I do not agree with this first part of the argument. There is no question of piercing the corporate veil here. The distinction between Littlefield and Sir Leonard is fully respected. The question is whether Sir Leonard could cause the corporation to sell shares that belonged to it for a price below the market value, with a view to conferring a benefit on the buyer; and the answer is certainly yes. The fact that Sir Leonard had no direct right to the shares would have a bearing if the provision was to be construed as covering only cases of diversion of income receivable by the taxpayer and there is no indication whatever that the provision was meant to be so confined. Finally, the *McClurg* decision was concerned with a declaration of dividend in accordance (in the views of the majority) with the powers conferred by the share structure of the corporation, and I do not see it as having

étaient difficilement attaquables. Sa prétention était maintenant simplement que même si les parties à l'opération intervenue en 1979 savaient que la juste valeur marchande des actions de Harvey était de 1 089 \$ l'action, les conditions d'application du paragraphe 56(2), correctement interprété selon son objet et son but, faisaient défaut. Il soumit deux arguments au soutien de cette thèse.

1. Il ne fallait pas oublier, fit remarquer l'avocat, que les actions appartenaient à Littlefield et non pas à Sir Leonard, qui agissait simplement en sa qualité d'administrateur de la société. Dire que Sir Leonard avait accordé un avantage à Dick Winter, c'était ne pas tenir compte de la distinction entre Sir Leonard et la société, ce qui revenait à faire abstraction de la personnalité morale de celle-ci, et ce sans justification. Par ailleurs, dit l'avocat, le libellé de la disposition ne justifiait pas la notion qu'un administrateur agissant en cette qualité pût être considéré comme ordonnant à la société de détourner un paiement ou un transfert de biens à son profit ou au profit d'une autre personne, en l'absence de mauvaise foi ou d'un abus de confiance, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, ni l'un, ni l'autre n'ayant même été allégué. Et l'avocat se référa à l'arrêt *McClurg*, précité, qui a effectivement jugé que le libellé du paragraphe 56(2) n'atteignait pas les actes d'un administrateur qui participe à une déclaration de dividende.

Je ne souscris pas à ce premier argument. Il n'est pas question de faire abstraction de la personnalité morale en l'espèce. La distinction entre Littlefield et Sir Leonard est entièrement respectée. Il s'agit de décider si Sir Leonard pouvait faire en sorte que la société vende ses actions à un prix inférieur à leur valeur marchande, dans le but d'avantager l'acheteur. Or, c'était incontestablement le cas. Le fait que Sir Leonard n'avait aucun droit direct aux actions aurait été pertinent si la disposition en cause devait être interprétée de manière à viser uniquement les cas où les revenus détournés étaient ceux auxquels le contribuable avait droit. Or, absolument rien ne laisse entendre que cette disposition ait une portée aussi limitée. Enfin, l'arrêt *McClurg* portait sur la déclaration d'un dividende conformément (de l'avis de la majorité) aux pouvoirs accordés par l'organisation

authority beyond the particular type of situation with which it was dealing.

2. Besides, counsel continued, Dick Winter, as a shareholder, was already subject to tax for the benefit conferred on him by the transaction pursuant to subsection 15(1). Even if it could be said that, broadly interpreted, the conditions of application of the provision as it reads were present, an assessment pursuant to it could not, in those conditions, be valid. Here is how he put the submission in his factum:

8. In the alternative, it is submitted that under the scheme of the *Income Tax Act* shareholder A should not be taxed pursuant to subsection 56(2) in respect of a benefit conferred on shareholder B when shareholder B can be taxed pursuant to subsection 15(1) in respect of that same benefit. There is a natural order to the provisions of the *Income Tax Act*, with technical rules such as subsection 15(1) at the base, specific anti-avoidance rules like subsection 56(2) one level higher, and the general anti-avoidance rule in section 245 at the apex. As a matter of assessment practice, a specific anti-avoidance rule should be resorted to only when a particular transaction is not caught by any technical rule, just as the general anti-avoidance rule should not be invoked except in the absence of a specific anti-avoidance rule.

9. In the specific context of shareholder benefits, the scheme of the *Income Tax Act* is made even clearer by the presence of subsection 52(1). This provision provides that a taxpayer who has had an amount in respect of the value of property he acquires added to his income shall add this same amount to his cost base for the property. Where a taxpayer is taxed under subsection 15(1) on property acquired from a corporation in which he is a shareholder, subsection 52(1) thus operates automatically so as to make the consequential modification to adjusted cost base for purposes of computing the future capital gain or capital loss. Where subsection 56(2) is invoked, by contrast, subsection 52(1) cannot operate since the taxpayer suffering taxation has not himself acquired any property. If any party to the subject transaction was to attract taxation, it should have been Mr. Winter pursuant to subsection 15(1) and not the Deceased pursuant to subsection 56(2).

I would be prepared to go along with that line of thinking. As was so often pointed out, again by both the Trial Judge and the Court of Appeal in the *McClurg* decision, the language of subsection 56(2) cannot be taken in its broadest possible meaning without leading to results obviously untenable, particularly in the context of

du capital social de la société, et j'estime qu'il fait autorité uniquement à l'égard des circonstances particulières qui y étaient traitées.

2. D'autre part, poursuivit l'avocat des appelants, Dick Winter, en sa qualité d'actionnaire, était assujéti à l'impôt à l'égard de l'avantage qu'il avait tiré de l'opération, conformément au paragraphe 15(1). Même en admettant que les conditions d'application de la disposition, interprétée largement, étaient présentes, une cotisation établie sous son régime, dans ces conditions, ne saurait être valide. Voici comment la partie demanderesse a exposé cet argument dans son mémoire:

[TRADUCTION] 8. À titre subsidiaire, les appelants plaident qu'en vertu du régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'actionnaire A ne devrait pas être imposé conformément au paragraphe 56(2), à l'égard d'un avantage accordé à l'actionnaire B, lorsque celui-ci peut être imposé conformément au paragraphe 15(1) à l'égard du même avantage. Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* suivent un ordre naturel selon lequel les règles techniques, comme celles prévues au paragraphe 15(1), se situeraient à la base, les règles particulières anti-évitement, comme celles du paragraphe 56(2) se situeraient à un niveau supérieur et la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 se situerait au sommet. Lorsqu'il s'agit d'établir une cotisation en pratique, il faut recourir à une règle particulière anti-évitement seulement lorsqu'une opération donnée n'est pas visée par une règle technique. Pareillement, la règle générale anti-évitement ne devrait être invoquée qu'en l'absence d'une règle particulière anti-évitement.

9. Dans le contexte particulier des avantages accordés à un actionnaire, le paragraphe 52(1) nous éclaire encore davantage sur le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette disposition prévoit qu'un contribuable dont le revenu est majoré relativement à la valeur du bien qu'il acquiert doit ajouter le montant de la majoration au prix de base du bien. Lorsqu'un contribuable est imposé en vertu du paragraphe 15(1) sur des biens acquis d'une société dont il est actionnaire, le paragraphe 52(1) entre en jeu automatiquement pour modifier en conséquence le prix de base rajusté aux fins de calculer le gain en capital, ou la perte de capital, éventuel. Lorsque le paragraphe 56(2) est invoqué, au contraire, le paragraphe 52(1) est sans effet puisque le contribuable assujéti à l'impôt n'a acquis aucun bien lui-même. Si une partie à l'opération en cause devait être assujéti à l'impôt, il aurait dû s'agir de M. Winter, conformément au paragraphe 15(1), et non pas du défunt, en vertu du paragraphe 56(2).

Je serais disposé à souscrire à ce raisonnement. Comme il a été si souvent signalé, notamment par le juge de première instance et la Cour d'appel dans l'arrêt *McClurg*, le libellé du paragraphe 56(2) ne peut être interprété dans son sens le plus large sans aboutir à des résultats évidemment intenable, particulièrement dans le contexte de la

corporate management. Some qualification suggested by the aim and purpose for which the rule was adopted must be read into it so as to avoid those unreasonable results.

It is generally accepted that the provision of subsection 56(2) is rooted in the doctrine of "constructive receipt" and was meant to cover principally cases where a taxpayer seeks to avoid receipt of what in his hands would be income by arranging to have the amount paid to some other person either for his own benefit (for example the extinction of a liability) or for the benefit of that other person (see the reasons of Thurlow J. in *Miller, supra*, and of Cattanaach J. in *Murphy, supra*). There is no doubt, however, that the wording of the provision does not allow to its being confined to such clear cases of tax-avoidance. The *Bronfman* judgment, which upheld the assessment, under the predecessor of subsection 56(2), of a shareholder of a closely held private company, for corporate gifts made over a number of years to family members, is usually cited as authority for the proposition that it is not a pre-condition to the application of the rule that the individual being taxed have some right or interest in the payment made or the property transferred. The precedent does not appear to me quite compelling, since gifts by a corporation come out of profits to which the shareholders have a prospective right. But the fact is that the language of the provision does not require, for its application, that the taxpayer be initially entitled to the payment or transfer of property made to the third party, only that he would have been subject to tax had the payment or transfer been made to him. It seems to me, however, that when the doctrine of "constructive receipt" is not clearly involved, because the taxpayer had no entitlement to the payment being made or the property being transferred, it is fair to infer that subsection 56(2) may receive application only if the benefit conferred is not directly taxable in the hands of the transferee. Indeed, as I see it, a tax-avoidance provision is subsidiary in nature; it exists to prevent the avoidance of a tax payable on a particular transaction, not simply to double the

gestion des sociétés. Il faut donc en nuancer le sens à la lumière de l'objet de la règle et du but dans lequel elle a été adoptée pour éviter ces résultats déraisonnables.

a

Il est couramment admis que la disposition prévue au paragraphe 56(2) est fondée sur la doctrine de la «recette présumée» et qu'elle vise principalement les cas où le contribuable cherche à éviter de recevoir ce qui serait, entre ses mains, un revenu en s'arrangeant pour que le montant soit versé à quelqu'un d'autre, et ce pour son propre bénéfice (par exemple, pour éteindre une dette) ou pour le bénéfice de cette autre personne (voir les motifs du juge Thurlow dans l'arrêt *Miller*, précité, et ceux du juge Cattanaach dans l'arrêt *Murphy*, précité). Il ne fait aucun doute cependant que le libellé de la disposition ne permet pas d'en limiter l'application à de tels cas patents d'évitement fiscal. L'arrêt *Bronfman*, qui a confirmé la cotisation, établie en vertu de la disposition de l'ancienne loi qu'a reprise le paragraphe 56(2), d'un actionnaire d'une société privée, à l'égard de dons que la société avait faits régulièrement pendant plusieurs années à des membres de sa famille, est généralement cité comme autorité pour dire que la disposition s'applique, que la personne imposée ait un droit ou non sur le versement effectué ou sur le bien transféré. Cette jurisprudence ne me semble pas tellement convaincante dans la mesure où les dons faits par une société proviennent des bénéfices sur lesquels les actionnaires ont un droit éventuel. Le fait néanmoins demeure que le libellé même de la disposition n'exige pas, comme condition d'application, que le contribuable ait initialement eu droit au montant versé ou au bien transféré au tiers; mais uniquement que le contribuable ait été lui-même imposable à cet égard si le versement ou le transfert avait été fait à lui. Il me semble cependant que, lorsque la doctrine de la «recette présumée» n'est pas clairement en cause, parce que le contribuable n'avait aucun droit au versement effectué ou au bien transféré, il n'est que juste d'inférer que le paragraphe 56(2) ne peut recevoir application que si l'avantage accordé n'est pas directement imposable entre les mains du cessionnaire. En effet, selon moi, une disposition en matière d'évitement fiscal

tax normally due² nor to give the taxing authorities an administrative discretion to choose between two possible taxpayers.³

So, I agree that the validity of an assessment under subsection 56(2) of the Act when the taxpayer had himself no entitlement to the payment made or the property transferred is subject to an implied condition, namely that the payee or transferee not be subject to tax on the benefit he received. The problem for the appellants, however, is that, in my judgment, this qualification does not come into play in this case. It seems clear to me that, although holder of one share in Littlefield, it is not *qua* shareholder but *qua* son-in-law of the controller of the company that Dick Winter entered into the transaction with the corporation and acquired the benefit; he could not, therefore, be assessed with respect to it under subsection 15(1) of the Act (see *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 Ex.C.R. 676). It follows that, in my view, the appellants' alternative argument also fails.

The appeal should, I think, be dismissed.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

² Which would be in addition to the capital gain tax already imposed on the payor or transferor for deemed proceeds of disposition pursuant to s. 69 of the Act.

³ Not only would such administrative discretion violate principles of taxation (see *Herbert v. Inland Revenue Comrs.*, [1943] 1 All E.R. 336 (K.B.D.), at p. 388; *Vestey v Inland Revenue Comrs. (Nos 1 and 2)*, [1979] 3 All ER 976 (H.L.), at pp. 984-985); in the case of a transfer of property, it would again amount to a sort of gratuitous doubling of the tax, since the transferee, not being taxed, would not be entitled to rely on subsection 52(1) of the Act for a consequential increase of his cost base for purposes of computing his future capital gain.

revêt un caractère essentiellement subsidiaire; sa raison d'être est d'empêcher l'évitement de l'impôt payable sur une opération donnée, et non de doubler l'impôt normalement payable² ni d'accorder aux autorités fiscales une discrétion administrative qui leur permettrait de choisir entre deux contribuables possibles³.

Ainsi, je reconnais que la validité d'une cotisation établie en vertu du paragraphe 56(2) de la Loi, dans le cas où le contribuable n'avait lui-même aucun droit au versement effectué ou au bien transféré, est assujettie à une condition implicite, soit celle que le bénéficiaire ou le cessionnaire n'ait pas été assujetti à l'impôt sur l'avantage qu'il a reçu. Le problème pour l'appelant cependant est qu'à mon avis, cette réserve n'entre pas en jeu en l'espèce. Il me semble évident que Dick Winter, quoique détenteur d'une action de Littlefield, a conclu l'opération avec la société et s'est vu accorder un avantage non pas en sa qualité d'actionnaire, mais en sa qualité de gendre de l'actionnaire majoritaire de la société, de sorte qu'il ne pouvait être imposé relativement à cette opération en vertu du paragraphe 15(1) de la Loi (voir l'arrêt *Minister of National Revenue v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1965] 1 R.C.É 676). Il s'ensuit que l'argument subsidiaire des appelants est, à mon avis, également mal fondé.

L'appel devrait, je crois, être rejeté.

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

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

² Qui en plus viendrait s'ajouter à l'impôt sur le gain en capital déjà imposé au payeur ou à l'auteur du transfert pour le produit présumé de la disposition, conformément à l'art. 69 de la Loi.

³ Non seulement une telle discrétion administrative violerait des principes établis en matière d'imposition (voir les arrêts *Herbert v. Inland Revenue Comrs.*, [1943] 1 All E.R. 336 (K.B.D.), à la p. 338; *Vestey v Inland Revenue Comrs. (Nos 1 and 2)*, [1979] 3 All ER 976 (H.L.), aux p. 984 et 985), elle entraînerait, dans le cas du transfert d'un bien, encore une fois une sorte de doublement gratuit de la taxe, puisque le cessionnaire, non imposé, n'aurait pas le droit de se prévaloir du paragraphe 52(1) de la Loi pour obtenir une majoration correspondante de son prix de base aux fins du calcul de son gain en capital éventuel.

A-1088-88

A-1088-88

Her Majesty the Queen (Appellant) (Defendant)

v.

Diversified Holdings Ltd. (Respondent) (Plaintiff)INDEXED AS: *DIVERSIFIED HOLDINGS LTD. v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Décary JJ.A.—Vancouver, November 13; Calgary, November 15, 1990.

Practice — Discovery — Production of documents — Revenue Canada seizing generator from building of which plaintiff mortgagee — Flooding of building — Plaintiff alleging wrongful seizure — Court ordering defendant to file list of documents being docket notations made by collection officers — Defendant arguing documents protected under Income Tax Act, s. 241(1) — Plaintiff moving to compel production under RR. 456, 457 — Trial Judge granting application — Appellant having to demonstrate documents confidential — Privilege in favour of taxpayer, not Revenue Canada — Appeal dismissed.

Income tax — Practice — Revenue Canada causing sheriff's officers to seize generator from building of which plaintiff mortgagee — Building flooding — Plaintiff alleging wrongful seizure — Plaintiff seeking production of collection officers' docket notations — Defendant claiming documents privileged under Income Tax Act, s. 241(1) — Whether documents "obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act" — Legislative intent to benefit taxpayer, not Revenue Canada — S. 241 not enacted to assist Minister in defending negligence claims — Order of Trial Judge compelling production affirmed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 448, 456, 457.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 223(2), 241 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 117).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED
DISTINGUISHED:

Glover v. Glover et al. (No. 1) (1980), 29 O.R. (2d) 392; 113 D.L.R. (3d) 161; 16 C.P.C. 77; [1980] CTC 531; 80 DTC 6262; 43 N.R. 273; 18 R.F.L. (2d) 116 (C.A.); confd *sub nom.* *Glover v. Minister of National Revenue*,

Sa Majesté la Reine (appelante) (défenderesse)

c.

^a Diversified Holdings Ltd. (intimée) (demanderesse)RÉPERTORIÉ: *DIVERSIFIED HOLDINGS LTD. c. CANADA (C.A.)*

^b Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Décary, J.C.A.—Vancouver, 13 novembre; Calgary, 15 novembre 1990.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Revenu Canada a saisi la génératrice se trouvant dans un immeuble grevé d'une hypothèque en faveur de la demanderesse — L'immeuble a été inondé — La demanderesse a allégué que la saisie était illicite — La Cour a ordonné à la défenderesse de produire une liste de documents contenant des notes inscrites dans le dossier par les agents de recouvrement — La défenderesse a soutenu que les documents étaient protégés en vertu de l'art. 241(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — La demanderesse a demandé que la production soit ordonnée en vertu des Règles 456 et 457 — Le juge de première instance a accueilli la demande — L'appelante doit démontrer qu'il s'agit de documents confidentiels — Le privilège protège le contribuable et non Revenu Canada — Appel rejeté.

Impôt sur le revenu — Pratique — Revenu Canada a fait en sorte que les agents du shérif saisissent la génératrice se trouvant dans un immeuble grevé d'une hypothèque en faveur de la demanderesse — L'immeuble a été inondé — La demanderesse a allégué que la saisie était illicite — La demanderesse a demandé la production des notes que les agents de recouvrement avaient inscrites dans le dossier — La défenderesse a allégué qu'il s'agit de documents protégés en vertu de l'art. 241(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Question de savoir si les documents ont été «obtenus par le Ministre ou en son nom aux fins de la loi» — Le législateur voulait protéger le contribuable et non Revenu Canada — L'art. 241 n'a pas été adopté pour protéger le ministre contre les actions en négligence — L'ordonnance rendue par le juge de première instance en vue de la production est confirmée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

h

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 223(2), 241 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 68, art. 117).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 448, 456, 457.

i

JURISPRUDENCE
DISTINCTION FAITE AVEC:

Glover v. Glover et al. (No. 1) (1980), 29 O.R. (2d) 392; 113 D.L.R. (3d) 161; 16 C.P.C. 77; [1980] CTC 531; 80 DTC 6262; 43 N.R. 273; 18 R.F.L. (2d) 116 (C.A.); confirmé *sub nom.* *Glover c. Ministre du Revenu natio-*

j

[1981] 2 S.C.R. 561; (1981), 130 D.L.R. (3d) 383; [1982] CTC 29; 82 DTC 6035; 43 N.R. 271; 25 R.F.L. (2d) 335.

COUNSEL:

John E. D. Savage for appellant (defendant).

M. A. Clemens for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Crease & Company, Victoria, for appellant (defendant).

Campney & Murphy, Vancouver, for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DÉCARY J.A.: This is an appeal from an order by Collier J. [[1989] 2 C.T.C. 10] by which he allowed a motion by the respondent/plaintiff to compel the appellant/defendant to produce certain documents, which she refused to disclose pursuant to subsection 241(1) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 117)] (the Act).¹

¹ Subsections 241(1), (2) and (3) read as follows:

241. (1) Except as authorized by this section, no official or authorized person shall

(a) knowingly communicate or knowingly allow to be communicated to any person any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, or

(b) knowingly allow any person to inspect or to have access to any book, record, writing, return or other document obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*.

(2) Notwithstanding any other Act or law, no official or authorized person shall be required, in connection with any legal proceedings,

(a) to give evidence relating to any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, or

(b) to produce any book, record, writing, return or other document obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*.

(Continued on next page)

nal, [1981] 2 R.C.S. 561; (1981), 130 D.L.R. (3d) 383; [1982] CTC 29; 82 DTC 6035; 43 N.R. 271; 25 R.F.L. (2d) 335.

AVOCATS:

John E. D. Savage pour l'appelante (défenderesse).

M. A. Clemens pour l'intimée (demanderesse).

PROCUREURS:

Crease & Company, Victoria, pour l'appelante (défenderesse).

Campney & Murphy, Vancouver, pour l'intimée (demanderesse).

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Appel a été interjeté en l'espèce d'une ordonnance [[1989] 2 C.T.C. 10] par laquelle le juge Collier a fait droit à la requête de l'intimée/demanderesse pour obliger l'appelante/défenderesse à produire certains documents, que cette dernière refusait de communiquer en invoquant le paragraphe 241(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 68, art. 117)] (la Loi)¹.

¹ Les paragraphes 241(1), (2) et (3) portent:

241. (1) Sauf comme l'autorise le présent article, aucun fonctionnaire ni aucune personne autorisée ne doit

a) sciemment communiquer ni sciemment permettre que soit communiqué à quiconque un renseignement obtenu par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ni

b) sciemment permettre à quiconque d'examiner tout livre, registre, écrit, déclaration ou autres documents obtenus par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ou d'y avoir accès.

(2) Nonobstant toute autre loi, aucun fonctionnaire ni aucune personne autorisée ne doit être requise, dans le cas de procédures judiciaires

a) de témoigner relativement à quelque renseignement obtenu par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ni

b) de produire quelque livre, registre, écrit, déclaration ou autres documents obtenus par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi.

(Suite à la page suivante)

The facts, briefly stated, are as follows. The respondent became the mortgagee of certain property in the Victoria, B.C. area. The mortgagor was a company known as International Electronics Corporation (IEC). Pursuant to a certificate issued against IEC by Revenue Canada, the Victoria Sheriff's Department entered the building occupied by IEC and seized and removed various items from the building pursuant to said certificate. The respondent alleges that Revenue Canada caused sheriff's officers to wrongfully seize and remove some of the items, including fixtures, and alleges also that extensive damage was done to the building in the course of the seizure; the seizure of a generator, it is said, resulted in flooding of the building.

In a statement of claim filed against the appellant in the Trial Division of the Federal Court the respondent claimed damages on the basis, *inter alia*, that the sheriff's officers were acting "at the direction of, and as agent of, Revenue Canada". Pursuant to Rule 448 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] and to an order of Collier J., the appellant filed a "Supplementary List of Documents" which, however, she considered to be protected under subsection 241(1) of the Act. The documents in question are a number of docket notations made by four collection investigation officers of the Department of National Revenue. As found by Collier J. [at page 11], who was supplied with copies of the documents in issue, "It is obvious a good deal of the materials in the dockets have to do with Revenue Canada's claim against IEC and the seizure by sheriffs on the instructions of Revenue Canada."

The respondent then moved under Rules 456 and 457 for an order compelling the appellant to produce those documents listed as privileged documents. That application was resisted by the appellant on the grounds that these documents were records, writings, or other documents "obtained by

(Continued from previous page)

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of criminal proceedings, either by indictment or on summary conviction, under an Act of the Parliament of Canada, or in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*.

Voici en résumé les faits de la cause. L'intimée était la créancière hypothécaire d'une certaine propriété dans la région de Victoria, en Colombie-Britannique. Le débiteur hypothécaire était une compagnie connue sous le nom d'International Electronics Corporation (IEC). En exécution d'un certificat délivré contre IEC par Revenu Canada, les agents du shérif de Victoria ont pénétré dans l'immeuble occupé par cette compagnie et en ont saisi et enlevé certains objets. L'intimée soutient que Revenu Canada a ordonné aux agents du shérif de saisir et d'enlever illégalement certains objets, dont des appareils, en causant des dommages considérables à l'immeuble, lequel a été inondé, dit-elle, par suite de la saisie et l'enlèvement d'une génératrice.

Dans une demande introduite contre l'appelante devant la Section de première instance de la Cour fédérale, l'intimée a conclu aux dommages-intérêts par ce motif, entre autres, que les agents du shérif agissaient [TRADUCTION] «sous les ordres et à titre de mandataires de Revenu Canada». Conformément à la Règle 448 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] et à une ordonnance rendue par le juge Collier, l'appelante a déposé une «liste supplémentaire de documents» qu'elle considérait cependant comme protégés par application du paragraphe 241(1) de la Loi. Les documents en question consistaient en diverses annotations faites dans le dossier par quatre agents d'enquête et de recouvrement du ministère du Revenu national. Ainsi que l'a constaté le juge Collier [à la page 11], à qui fut remise la copie des documents en question, «Il est évident qu'une bonne partie des documents qui se trouvent dans les dossiers concernent la réclamation formulée par Revenu Canada contre IEC et la saisie pratiquée par les shérifs sur les instructions de Revenu Canada.»

L'intimée s'est alors fondée sur les Règles 456 et 457 pour introduire une requête en ordonnance portant obligation pour l'appelante de produire les documents figurant sur la liste comme documents protégés. L'appelante s'y est opposée par ce motif que ces documents étaient des registres, écrits ou

(Suite de la page précédente)

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas en ce qui concerne les poursuites au criminel, sur acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, en vertu d'une loi du Parlement du Canada, ou relativement à des poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi ou la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*.

or on behalf of the Minister for the purposes of this Act”, within the meaning of subsection 241(1) and that they were not, therefore, subject to disclosure to others, including the respondent.

Collier J. granted the application, basically, for the following reasons [at page 12]:

In this present litigation, the plaintiff is not seeking to get confidential information and material gathered by the Minister in the course of general income tax information, procedures, investigations and matters of that kind. The documents, for which the so-called privilege is claimed, relate to the actions taken by and on behalf of Revenue Canada which give rise to the present litigation against, for practical purposes, Revenue Canada itself.

These dockets were not, and are not, as I see it, “given to the Minister for the purposes of the *Income Tax Act*”. They came into existence as a result of collection proceedings started against I.E.C. (the mortgagor) which allegedly caused the damage asserted by the plaintiff mortgagee. In that sense, there is no breach of confidentiality, or of the statute.

In order to succeed, the appellant had to demonstrate that the documents in question were of a confidential nature within the meaning of subsection 241(1), i.e. that they were: i) “obtained by or on behalf of the Minister”, ii) “for the purposes of [the *Income Tax Act*]”.

Section 241 cannot be interpreted in a vacuum. The legislative intent, admittedly, is the protection of the confidentiality of information given to the Minister for the purposes of the *Income Tax Act*. The privilege is not established in favour of Revenue Canada but in favour of those, particularly the taxpayer, who give information to the Minister on the understanding that such information will remain confidential.

The most usual and natural meaning of the word “obtained” and of its French equivalent “*obtenu*”, whether read in the context of “any information” as in paragraph 241(1)(a) or in the context of “other document” as in paragraph 241(1)(b), is that of information or document not in the possession of the person seeking either and being “given” to that person. In my view, in order to be “obtained” within the meaning of subsection 241(1), a document must be either a document in the possession of someone else than the Minister or his officers, or a document prepared by the Minister or his officers but on the basis of information

autres documents «obtenus par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi» au sens du paragraphe 241(1) et qu’à ce titre, ils ne pouvaient être divulgués à qui que ce soit, l’intimée y a comprise.

Le juge Collier a fait droit à la requête, essentiellement par le motif suivant [à la page 12]:

Dans le présent procès, la demanderesse n’essaie pas d’obtenir des renseignements et des documents confidentiels recueillis par le ministre à l’occasion de la cueillette de renseignements généraux ou au cours de procédures et d’enquêtes ou autres choses du genre concernant l’impôt sur le revenu. Les documents à l’égard desquels le privilège présumé est revendiqué concernent les mesures prises par Revenu Canada et pour son compte et qui sont à l’origine du présent procès qui est, à toutes fins utiles, dirigé contre Revenu Canada lui-même.

Ces dossiers n’ont pas été, à mon avis, «obtenus par le ministre aux fins de la *Loi de l’impôt sur le revenu*». Ils existent en raison des mesures de recouvrement prises contre I.E.C. (la débitrice hypothécaire), qui auraient causé les dommages allégués par la créancière hypothécaire demanderesse. En ce sens, il n’y a pas eu atteinte au caractère confidentiel ou violation de la loi.

Pour avoir gain de cause, il faut que l’appelante démontre que les documents en question sont confidentiels selon l’esprit du paragraphe 241(1), savoir qu’ils ont été: i) «obtenus par le Ministre ou en son nom», ii) «aux fins de la [*Loi de l’impôt sur le revenu*]».

On ne peut interpréter l’article 241 dans le vide. Il est constant que ce texte de loi vise à protéger la confidentialité des renseignements communiqués au ministre pour l’application de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Cette protection n’est pas établie au bénéfice de Revenu Canada, mais au bénéfice de ceux, en particulier du contribuable, qui communiquent ces renseignements au ministre avec l’assurance qu’ils demeureront confidentiels.

Le sens le plus usité et le plus naturel du mot «*obtained*» et de son équivalent français «*obtenu*», que ces deux termes se rapportent au «renseignement» visé à l’alinéa 241(1)a) ou aux «autres documents» visés à l’alinéa 241(1)b), veut qu’il s’agisse d’un renseignement ou de documents qui ne sont pas en la possession de la personne qui veut l’avoir, et qui sont «donnés» à cette personne. À mon avis, ne peut être «obtenu» au sens du paragraphe 241(1) qu’un document qui est en la possession de quelqu’un d’autre que le ministre ou que ses collaborateurs, ou un document établi par le ministre ou ses collaborateurs à partir de rensei-

given to them that has remained confidential. For example, internal self-generated documents, as they were described by the appellant, could well be subject to the statutory prohibition against disclosure if they are based on information given to the authors of the documents under the *Income Tax Act* and not released to the public through court proceedings.

In the instant case, the documents are part of a process, the collection proceedings, which is in itself in the public domain and which involves by its very nature the publication of information that would otherwise have remained confidential. One cannot seize a property pursuant to a certificate which has the force and effect of a judgment (see subsection 223(2) of the Act) without revealing to some extent information given to the Minister. Furthermore, the documents only relate, to use the words of Collier J. [at page 12 C.T.C.], "to the actions taken by and on behalf of Revenue Canada which give rise to the present litigation against, for practical purposes, Revenue Canada itself".

Section 241 was not enacted for the purpose of helping the Minister out of a negligence claim that has been brought against him. Should there be anything remaining confidential in the documents in question, the taxpayer himself or any concerned person could object to their production. In the present case, not only was there no prejudice to the taxpayer or anyone other than the Minister alleged, but Collier J., who examined the documents, found as a fact that there was "no breach of confidentiality". This is not a ruling with which I would, even if I could, interfere.

In the *Glover* case² the information sought to be disclosed in a custody case was the address of a taxpayer who had abducted his two children and whose whereabouts were unknown. That information was most certainly an information obtained by the Minister for the purposes of the *Income Tax Act* and there would have been an obvious prejudice, however unsympathetic, to the taxpayer had

² *Glover v. Glover et al.* (No. 1) (1980), 29 O.R. (2d) 392 (C.A.); confirmed by *Glover v. Minister of National Revenue*, [1981] 2 S.C.R. 561.

gnements confidentiels dont ils ont eu communication. Par exemple, les documents autonomes internes, tels qu'en fait état l'appelante, pourraient bien être soumis à l'interdiction légale de divulgation s'ils sont basés sur les renseignements communiqués à leurs auteurs dans le cadre de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et non rendus publics par suite de procédures judiciaires.

En l'espèce, les documents en cause sont partie intégrante d'un processus, savoir les mesures de recouvrement de l'impôt, lequel processus est public et implique de par sa nature, la publication de renseignements qui autrement seraient restés confidentiels. On ne saurait saisir un bien en exécution d'un certificat qui produit les mêmes effets qu'une décision judiciaire (voir le paragraphe 223(2) de la Loi) sans divulguer dans une certaine mesure les renseignements obtenus par le ministre. Qui plus est, les documents en cause ne concernent, pour reprendre la conclusion du juge Collier [à la page 12 C.T.C.], que «les mesures prises par Revenu Canada et pour son compte et qui sont à l'origine du présent procès qui est, à toutes fins utiles, dirigé contre Revenu Canada lui-même».

L'article 241 n'a pas été adopté pour protéger le ministre contre les actions en négligence. S'il restait quelque chose de confidentiel dans les documents dont s'agit, le contribuable lui-même ou tout autre intéressé pourrait s'opposer à leur production. En l'espèce, non seulement la divulgation ne porterait préjudice ni au contribuable ni à qui que ce soit d'autre, contrairement à ce que prétend le ministre, mais le juge Collier, qui a examiné les documents, a constaté qu'il n'y a pas eu atteinte au caractère confidentiel. Je me garderais bien de toucher à pareille conclusion sur les faits, quand bien même je serais en mesure de le faire.

Dans l'affaire *Glover*² qui était une affaire de garde d'enfants, le litige portait sur la divulgation de l'adresse d'un contribuable qui avait enlevé ses deux enfants et qu'on n'arrivait pas à retrouver. Ce renseignement avait été certainement obtenu par le ministre aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et le contribuable, quoiqu'on puisse éprouver peu de sympathie à son égard, subirait à

² *Glover v. Glover et al.* (No. 1) (1980), 29 O.R. (2d) 392 (C.A.); confirmé par *Glover c. Ministre du Revenu national*, [1981] 2 R.C.S. 561.

the information been disclosed. The *Glover* case is, therefore, of no help to the appellant.

In view of the conclusion I have reached that the documents in question were not “obtained by or on behalf of the Minister”, I need not decide whether they were obtained “for the purposes of the [Income Tax Act]”. Suffice it to say that the appellant, in order to qualify under subsection 241(1), must contend that the documents were indeed obtained for the purposes of the Act, and yet, in order to avoid the exception of disclosure established under subsection 241(3) the appellant must submit, as she did before us, that the proceedings in question were collection proceedings that were independent from and not related to the administration and enforcement of the Act. The appellant would, therefore, need to demonstrate that documents obtained with respect to the collection proceedings were obtained “for the purposes of [the] Act” but that the collection proceedings themselves were not “relating to the administration or enforcement of this Act”. In view of the very wide words used in subsection 241(3), it is far from being evident that the appellant can have it both ways.

I would dismiss the appeal with costs.

MAHONEY J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

l'évidence un préjudice si ce renseignement était divulgué. L'appelante ne saurait donc invoquer la jurisprudence *Glover*.

Ayant conclu que les documents dont s'agit n'ont pas été «obtenus par le Ministre ou en son nom», je n'ai plus à décider s'ils ont été obtenus «aux fins de la [Loi de l'impôt sur le revenu]». Il suffit de dire que pour invoquer la protection du paragraphe 241(1), l'appelante doit faire valoir que les documents en cause ont été obtenus aux fins de la Loi, alors que, pour se soustraire à l'exception de divulgation prévue au paragraphe 241(3), elle doit, comme elle l'a fait devant la Cour, faire valoir qu'il s'agissait d'une mesure de recouvrement n'ayant aucun rapport avec l'application ou l'exécution de la Loi. Il lui faudrait par conséquent démontrer que les documents obtenus en vue de la mesure de recouvrement avaient été obtenus «aux fins de la [...] loi» mais que la mesure de recouvrement n'avait pas trait «à l'application ou à l'exécution de la [...] loi». Vu le libellé très général du paragraphe 241(3), il est loin d'être évident que l'appelante puisse miser sur les deux tableaux à la fois.

Je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

Le juge MAHONEY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

Le juge STONE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

T-2662-87

T-2662-87

Northeast Marine Services Limited (Plaintiff)**Northeast Marine Services Limited (demanderesse)**

v.

a c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada and Atlantic Pilotage Authority (Defendants)**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Administration de pilotage de l'Atlantique (défenderesses)**INDEXED AS: *NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. v. CANADA (T.D.)*b *RÉPERTORIÉ: NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)*

Trial Division, MacKay J.—Halifax, October 9; Ottawa, November 21, 1990.

Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 9 octobre; Ottawa, 21 novembre 1990.

Crown — Agency — Atlantic Pilotage Authority not acting as agent of Crown in contract arrangements — Agency determined according to nature and degree of control exercised by Crown over Authority in contract matters, not merely general status — Examination of Pilotage Act and Financial Administration Act — Former expressly declaring Authority not agent of Crown — Latter, s. 83 definition of "agent corporation" limiting such corporations to those expressly declared by another statute to be Crown agent — Controls introduced in 1984 amendments to Financial Administration Act relating to Crown intervention re: policies, not day-to-day operations — Authority operating independently — Subject to suit in own name — Also suable in own name under Interpretation Act, s. 21 — Statement of claim struck as against Crown.

c *Couronne — Mandat — L'Administration de pilotage de l'Atlantique n'agit pas comme mandataire de la Couronne dans les ententes contractuelles — Le statut de mandataire dépend de la nature et du degré de contrôle que la Couronne exerce sur l'Administration dans les affaires contractuelles, et non simplement du statut général de cette dernière — Examen de la Loi sur le pilotage et de la Loi sur la gestion des finances publiques — Dans la première Loi, il est expressément déclaré que l'Administration n'est pas mandataire de la Couronne — Selon l'art. 83 de la seconde Loi, une «société mandataire» est une société ayant la qualité de mandataire de Sa Majesté par déclaration expresse en vertu d'une autre loi — Les mesures de contrôle établies au moyen des modifications apportées en 1984 à la Loi sur la gestion des finances publiques, lorsqu'il s'agit pour la Couronne d'intervenir, visent les politiques et non les activités quotidiennes — L'Administration agit à titre indépendant — Elle peut intenter des poursuites en son propre nom — Elle peut également être personnellement assujettie à des poursuites en vertu de l'art. 21 de la Loi d'interprétation — La déclaration est radiée en ce qui concerne la Couronne.*

Maritime law — Pilotage — Action against Queen, Atlantic Pilotage Authority for breach of contract, fiduciary duty and statutory duty of care — Whether Authority agent of Her Majesty — Motion to strike claim as against latter allowed — Authority's status not altered by 1984 Financial Administration Act amendments — Pilotage Act stating Authority neither Crown agent nor "agent corporation" under F.A.A. — Legislation providing authority suable in own name.

d *Droit maritime — Pilotage — Action intentée contre la Couronne et l'Administration de pilotage de l'Atlantique pour violation de contrat, ainsi que du devoir de confiance et de l'obligation de diligence imposée par la loi — Question de savoir si l'Administration est mandataire de Sa Majesté — La requête en radiation de la déclaration contre cette dernière est accueillie — Le statut de l'Administration n'a pas changé par suite des modifications apportées en 1984 à la Loi sur la gestion des finances publiques — La Loi sur le pilotage prévoit que l'Administration n'est pas mandataire de la Couronne et n'est pas une «société mandataire» au sens de la L.G.F.P. — Selon la loi, l'organisme peut être personnellement assujetti à des poursuites.*

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Statement of claim alleging agency relationship between Atlantic Pilotage Authority and Crown — Authority not acting as Crown agent in contractual arrangements — No jurisdiction under Federal Court Act, s. 17 to deal with claim against Crown — Statement of claim struck as against Crown.

e *Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Dans la déclaration, il est allégué qu'il existe une relation de mandataire entre l'Administration de pilotage de l'Atlantique et la Couronne — L'Administration n'agit pas comme mandataire de la Couronne dans les ententes contractuelles — L'art. 17 de la Loi sur la Cour fédérale ne confère aucune compétence permettant l'examen de la réclamation qui a été faite contre la Couronne — La déclaration est radiée en ce qui concerne la Couronne.*

This was an application to strike out the statement of claim as against the Crown for failure to disclose a reasonable cause

f *Il s'agit d'une demande en vue de faire radier la déclaration contre la Couronne pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause*

of action, or because it was frivolous or vexatious and an abuse of process. It was alleged in the statement of claim that the Atlantic Pilotage Authority was an agent of Her Majesty, that it had breached its fiduciary duty and duty of care imposed by statute, and was in breach of contract, or was guilty of misrepresentation in relation to contract matters. The Crown pleaded that the actions said to have been taken by the Authority were taken as principal and not as agent of the Queen. Upon this application, the plaintiff submitted that the *Pilotage Act* should be subject to the 1984 amendments to the *Financial Administration Act*. It submitted that the amendments limited the capacities of Crown corporations and modified the *Pilotage Act* so as to make the Atlantic Pilotage Authority an agent of the Crown. The Crown submitted that the *Financial Administration Act* merely establishes a framework applicable to all Crown corporations. It argued that the Government's powers set out therein do not diminish the independence of the Authority, particularly because of *Pilotage Act*, section 9 declaring that "An Authority is not an agent of Her Majesty" and the definition of an "agent corporation" in *Financial Administration Act*, section 83 which limits such corporations to those expressly declared by another statute to be a Crown agent. The plaintiff also submitted that the relationship between the Authority and the Crown should not be determined at this stage on an interlocutory and preliminary motion to strike, but should be determined after full evidence at trial. The plaintiff further argued that the Queen should have the opportunity to defend against the plaintiff's claims since her interests may ultimately be affected by the outcome as the Authority is dependant for its financing upon government.

Held, the application should be allowed.

Whether or not a body is a Crown agent depends upon the nature and degree of control which the Crown exercises over it. Determination of the general status of a statutory body may not resolve the issue before the court which may depend upon the particular powers vested in the body i.e. the independence with which it may act and its liability to suit in its own name. The key to the resolution of that issue is determination of the status of the Authority in its relation to the Crown in the contract arrangements the Authority concludes with others. That required examination of the *Pilotage Act* and the *Financial Administration Act*. Under the *Financial Administration Act* the Crown, through the appropriate Minister, exercises a wide-ranging supervisory authority, including the authority to make binding directives and ultimate responsibility for all Crown corporations. As to the effects of the 1984 amendments to the *Financial Administration Act* upon the *Pilotage Act*, the plaintiff's submission invites a conclusion that avoids efforts to construe the two Acts together. Where the specific provisions of the two Acts conflict, the *Financial Administration Act* prevails because it is the later expression of Parliament's intent and because section 87 thereof so provides. There is, however, no inconsistency as to the general status of the Atlantic Pilotage Authority. The *Pilotage Act* expressly states that it is not an agent of Her Majesty and it is not an "agent corporation" within the definition in the *Financial Administration Act*. Although the controls introduced in the 1984 amendments

raisonnable d'action, qu'elle est futile ou vexatoire et qu'elle constitue un abus de la procédure. Il est allégué dans la déclaration que l'Administration de pilotage de l'Atlantique est mandataire de Sa Majesté, qu'elle a manqué à son devoir de confiance, qu'elle a violé l'obligation de diligence que lui impose la loi et qu'elle a violé un contrat ou fait de fausses déclarations à cet égard. La Couronne soutient que l'Administration a agi comme mandant et non comme mandataire de la Reine en prenant les mesures reprochées. La demanderesse soutient que la *Loi sur le pilotage* devrait être assujettie aux modifications apportées en 1984 à la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Elle soutient que les modifications ont pour effet de limiter les pouvoirs des sociétés d'État et de modifier la *Loi sur le pilotage* de sorte que l'Administration de pilotage de l'Atlantique devient mandataire de la Couronne. La Couronne soutient que la *Loi sur la gestion des finances publiques* crée simplement un cadre qui s'applique à toutes les sociétés d'État. Il est soutenu que les pouvoirs conférés au gouvernement par cette Loi n'ont pas pour effet de diminuer l'indépendance de l'Administration, étant donné en particulier qu'à l'article 9 de la *Loi sur le pilotage*, il est déclaré qu'«une administration n'est pas un mandataire de Sa Majesté» et que selon l'article 83 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, les sociétés mandataires sont les sociétés ayant la qualité de mandataire de Sa Majesté par déclaration expresse en vertu d'une autre loi. La demanderesse soutient également que la question du lien entre l'Administration et la Couronne ne devrait pas être tranchée au stade de la présentation d'une requête interlocutoire et préliminaire en radiation, mais plutôt après la présentation de toute la preuve au procès. La demanderesse soutient en outre que la Reine devrait avoir la possibilité de réfuter les allégations de la demanderesse, ses intérêts pouvant en dernier ressort être touchés par le résultat de l'action puisque le financement de l'Administration dépend du gouvernement.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

La question de savoir si un organisme est mandataire de la Couronne dépend de la nature et du degré de contrôle que cette dernière exerce sur lui. La détermination du statut général d'un organisme créé par la loi ne règle peut-être pas la question dont la Cour est saisie, laquelle peut dépendre des pouvoirs particuliers conférés à l'organisme, à savoir son degré d'indépendance et la possibilité d'être personnellement assujéti à des poursuites. Pour résoudre le litige, il faut déterminer le lien entre l'Administration et la Couronne dans les ententes contractuelles que l'Administration conclut avec des tiers. À cette fin, il faut examiner la *Loi sur le pilotage* et la *Loi sur la gestion des finances publiques*. En vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, la Couronne, par l'entremise du ministre concerné, exerce un large pouvoir de supervision, ce qui comprend le pouvoir d'adopter des directives obligatoires, et elle est responsable en dernier ressort de toutes les sociétés d'État. En ce qui concerne les effets que les modifications apportées en 1984 à la *Loi sur la gestion des finances publiques* ont sur la *Loi sur le pilotage*, la demanderesse nous demande de tirer une conclusion non fondée sur une interprétation simultanée des deux lois. Lorsque certaines dispositions des deux lois sont incompatibles, la *Loi sur la gestion des finances publiques* l'emporte parce qu'elle représente l'expression la plus récente de l'intention du législateur et parce que l'article 87 de cette Loi le prévoit. Toutefois, il n'y a pas d'incompatibilité en ce qui concerne le statut général de l'Administration de pilotage de

provide a broad measure of ultimate control by the Crown over the Authority, those controls relate mainly to administrative processes to provide for standardization of procedures and intervention by Crown officers in matters of policy rather than to day-to-day operations. It was in the course of such operations that the activities complained of took place. The Authority was not acting as agent for Her Majesty in tendering contracts for services of pilot boats. It was operating independently; acting in its own name and subject to suit therein.

The Authority was also suable in its own name under the *Interpretation Act*, subsection 21(1). But even "agent corporations" may be sued in their own names as if they were not agents of the Crown, whether an obligation was incurred in the name of the Crown or of the corporation, according to *Financial Administration Act*, section 98. As Parliament has sought to ensure that even agent corporations are suable, it would be inefficient to permit claims arising out of contracts undertaken in the regular course of business by Crown corporations which are not agents of Her Majesty to result in impleading the Queen as defendant.

Even if the Crown's financial interests might be affected by the outcome of this litigation, the Queen did not wish to be represented.

The agency issue went to the question of the Court's jurisdiction in relation to the Queen as defendant and once raised had to be resolved. It was a question of law, determinable largely by statutory interpretation, not a question of fact, the determination of which requires evidence and argument at trial.

Under *Federal Court Act*, section 17, the Trial Division has exclusive original jurisdiction where relief is claimed against the Crown, including claims arising out of a contract entered into on behalf of the Crown. As the Authority was not a Crown agent in the contract arrangements, the Court lacked jurisdiction to deal with the claim against the Queen.

l'Atlantique. La *Loi sur le pilotage* prévoit expressément que l'Administration n'est pas mandataire de Sa Majesté et qu'elle n'est pas une «société mandataire» au sens de la définition figurant dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Les modifications effectuées en 1984 prévoient que la Couronne
 a exerce un contrôle étendu sur l'Administration, mais celui-ci porte principalement sur les méthodes administratives visant à assurer l'uniformité de la procédure d'intervention des fonctionnaires de la Couronne dans les questions de politique plutôt que dans les activités quotidiennes. C'est dans le cadre de ces activités que les mesures reprochées ont été prises. L'Administration
 b n'agissait pas comme mandataire de Sa Majesté lorsqu'elle a fait un appel d'offres pour l'obtention de services de bateaux-pilotes. Elle agissait d'une manière indépendante; elle agissait en son nom personnel et pouvait être assujettie à des poursuites.

L'Administration peut également être personnellement assujettie à des poursuites en vertu du paragraphe 21(1) de la *Loi d'interprétation*. Cependant, même les «sociétés mandataires» peuvent être personnellement assujetties à des poursuites comme si elles n'étaient pas mandataires de la Couronne, et ce, que ce soit à l'égard d'une obligation assumée au nom de la Couronne ou d'une obligation assumée au nom de la société,
 d selon l'article 98 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Étant donné que le législateur a cherché à s'assurer que même les sociétés mandataires puissent être assujetties à des poursuites, il ne serait pas efficace de permettre que la Couronne soit défenderesse dans des demandes découlant de contrats passés dans le cours ordinaire des affaires d'une société
 e d'État qui n'est pas mandataire de Sa Majesté.

Même si les intérêts financiers de la Couronne peuvent être touchés par le résultat de l'action, la Reine ne veut pas être représentée.

La question du mandat touche à la compétence de la Cour lorsqu'il s'agit de savoir si la Reine peut être constituée partie défenderesse et une fois soulevée, la question doit être tranchée. Il s'agit d'une question de droit, qui peut être tranchée en bonne partie au moyen de l'interprétation de textes législatifs, et non d'une question de fait, dont la détermination dépend de la preuve présentée et des arguments invoqués au procès.
 f

En vertu de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Section de première instance connaît, en première instance, de tous les cas de demande de réparation contre la Couronne et notamment des demandes découlant d'un contrat conclu pour la Couronne, cette compétence étant exclusive. Étant donné que
 g l'Administration n'est pas mandataire de la Couronne dans les ententes contractuelles, la Cour n'a pas compétence pour statuer sur une réclamation contre la Reine.
 h

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 25(4),(5), 83(1),(2), 87, 88, 89, 90, 91, 94, 96-101, 109-114, 115, 122, 123, 124, 127, 129, 130, 132, 149, 150.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 21(1).
Pilotage Act, R.S.C., 1985, c. P-14, ss. 3(1),(4), 4, 9, 15,

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 21(1).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), chap. F-11, art. 25(4),(5), 83(1),(2), 87, 88, 89, 90, 91, 94, 96 à 101, 109 à 114, 115, 122, 123, 124, 127, 129, 130, 132, 149, 150.

16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 29, 30(2), 32, 33, 34, 35, 36(a),(b), 37, 38, 49, 52.

Loi sur le pilotage, L.R.C. (1985), chap. P-14, art. 3(1),(4), 4, 9, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 29, 30(2), 32, 33, 34, 35, 36(a),b), 37, 38, 49, 52.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Northern Pipeline Agency v. Pehinec, [1983] 2 S.C.R. 513; (1983), 51 A.R. 10; 4 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 385; 5 Admin. L.R. 199; 50 N.R. 248; [1983] R.D.J. 637; *Westeel-Rosco Ltd. v. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 S.C.R. 238; (1976), 69 D.L.R. (3d) 334; [1976] 5 W.W.R. 688; 11 N.R. 514.

DISTINGUISHED:

Hunt v. Carey Canada Inc., [1990] 2 S.C.R. 959; *Re Associated Investors of Can. Ltd.* (1988), 57 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.).

CONSIDERED:

Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy, [1927] A.C. 899 (P.C.).

REFERRED TO:

Halifax, City of, v. Halifax Harbour Commissioners, [1935] S.C.R. 215; [1935] 1 D.L.R. 657; *British Columbia Power Corp. Ltd. v. Attorney-General of British Columbia & British Columbia Electric Co. Ltd.* (1962), 34 D.L.R. (2d) 25; 38 W.W.R. 657 (B.C.C.A.); *R. v. Ont. Labour Relations Bd., Ex p. Ont. Food Terminal Bd.*, [1963] 2 O.R. 91; (1963), 38 D.L.R. (2d) 530; 63 CLLC 15,464 (C.A.).

COUNSEL:

Michael W. Swinwood for plaintiff.
Tosh Hayashi for defendants.

SOLICITORS:

Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon, Ottawa, for plaintiff.
Metcalf, Hayashi, Halifax, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

MACKAY J.: This is an application on behalf of the defendant Her Majesty the Queen for an order striking out the plaintiff's statement of claim in whole or in part as against Her Majesty on the ground that it discloses no reasonable cause of

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Administration du pipe-line du Nord c. Pehinec, [1983] 2 R.C.S. 513; (1983), 51 A.R. 10; 4 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 385; 5 Admin. L.R. 199; 50 N.R. 248; [1983] R.D.J. 637; *Westeel-Rosco Ltd. c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 R.C.S. 238; (1976), 69 D.L.R. (3d) 334; [1976] 5 W.W.R. 668; 11 N.R. 514.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Hunt c. Carey Canada Inc., [1990] 2 R.C.S. 959; *Re Associated Investors of Can. Ltd.* (1988), 57 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy, [1927] A.C. 899 (P.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

Halifax, City of, v. Halifax Harbour Commissioners, [1935] R.C.S. 215; [1935] 1 D.L.R. 657; *British Columbia Power Corp. Ltd. v. Attorney-General of British Columbia & British Columbia Electric Co. Ltd.* (1962), 34 D.L.R. (2d) 25; 38 W.W.R. 657 (C.A.C.-B.); *R. v. Ont. Labour Relations Bd., Ex p. Ont. Food Terminal Bd.*, [1963] 2 O.R. 91; (1963), 38 D.L.R. (2d) 530; 63 CLLC 15,464 (C.A.).

AVOCATS:

Michael W. Swinwood pour la demanderesse.
Tosh Hayashi pour les défenderesses.

PROCUREURS:

Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon, Ottawa, pour la demanderesse.
Metcalf, Hayashi, Halifax, pour les défenderesses.

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

LE JUGE MACKAY: Il s'agit d'une demande présentée au nom de la défenderesse, Sa Majesté la Reine, en vue d'obtenir une ordonnance rayant la déclaration de la demanderesse, en tout ou en partie, contre Sa Majesté, pour le motif qu'elle ne

action, is frivolous or vexatious, and is an abuse of the process of the Court, pursuant to Federal Court Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. The motion referred to paragraphs (a), (b) and (c) of Rule 419 but the grounds are properly referable to paragraphs (a), (c) and (f). The essence of the motion is that the other defendant in this action, Atlantic Pilotage Authority, whose conduct is said to give rise to the plaintiff's claim, is not an agent of Her Majesty.

When the motion came on for hearing in Halifax there was also before the Court a motion by the other defendant, Atlantic Pilotage Authority, to strike the statement of claim as against it, mainly on other grounds. Counsel for the plaintiff moved for an adjournment of the latter motion in order that he might have an opportunity to cross-examine the affiant of an affidavit made in support of the motion. In these circumstances the motion on behalf of the Authority was adjourned *sine die*; however, counsel for Her Majesty and for the plaintiff proposed to proceed with the motion on behalf of Her Majesty the Queen. This was done.

In this action, commenced by statement of claim filed in December 1987, the plaintiff alleges that Atlantic Pilotage Authority was the agent of Her Majesty, that the Authority breached its fiduciary duty and duty of care imposed by statute, and was in breach of contract, or was guilty of misrepresentation in relation to contract matters with the plaintiff, causing loss to the plaintiff.

On behalf of the defendant Her Majesty the Queen a defence was filed in May 1988 in which it was submitted the statement of claim did not allege any facts giving rise to liability on the part of Her Majesty and that the claims set out in that statement as against Her Majesty are not maintainable in law, which objections were reserved. In addition, on behalf of Her Majesty response was made to matters alleged in the statement of claim, denying knowledge of most allegations contained in that statement, but claiming if those allegations

révèle aucune cause d'action raisonnable, qu'elle est futile ou vexatoire et qu'elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour au sens de la Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663]. Dans la requête, il est fait mention des alinéas a), b) et c) de la Règle 419, mais les motifs invoqués correspondent à ceux qui sont énoncés aux alinéas a), c) et f). Le principal motif invoqué à l'appui de la requête est le fait que l'autre défenderesse dans la présente action, l'Administration de pilotage de l'Atlantique, dont la conduite aurait donné lieu à l'action de la demanderesse, n'est pas un mandataire de Sa Majesté.

Lorsque la requête a été présentée pour être entendue à Halifax, l'autre défenderesse, l'Administration de pilotage de l'Atlantique, avait aussi déposé devant la Cour une requête visant à faire radier la déclaration contre elle, laquelle requête était fondée principalement sur d'autres motifs. L'avocat de la demanderesse a demandé une remise de cette dernière requête afin d'avoir la possibilité de contre-interroger la personne qui avait fait un affidavit à l'appui de la requête. Dans ces circonstances, la requête de l'Administration a été ajournée *sine die*; cependant, l'avocat de Sa Majesté et celui de la demanderesse ont demandé à la Cour d'entendre la requête de Sa Majesté la Reine, ce qui a été fait.

Dans la déclaration qu'elle a déposée en décembre 1987 au soutien de son action, la demanderesse allègue que l'Administration de pilotage de l'Atlantique était le mandataire de Sa Majesté, que l'Administration a violé son devoir de confiance et son devoir de prudence d'origine législative et qu'elle a violé un contrat conclu avec la demanderesse ou fait de fausses déclarations à cet égard, causant par le fait même un préjudice à la demanderesse.

Dans la défense déposée en mai 1988 au nom de la défenderesse Sa Majesté la Reine, on soutient que la déclaration ne renferme aucune allégation de faits pouvant donner lieu à la responsabilité de Sa Majesté et que les réclamations énoncées dans cette déclaration contre Sa Majesté ne sont pas fondées en droit, lesquelles objections ont été prises en délibéré. En outre, en réponse aux allégations formulées dans la déclaration, l'avocat de Sa Majesté a nié être au courant de la plupart de ces allégations et a ajouté que, si ces allégations con-

relating to actions alleged to have been taken by Atlantic Pilotage Authority were proven, those actions by the Authority were taken as principal and not as an agent of Her Majesty.

In addition to argument on the merits of the motion the plaintiff submits that it is not appropriate that the issue of the relationship of the defendant Atlantic Pilotage Authority to the Crown be determined at this stage, on an interlocutory and preliminary motion to strike; rather that should be determined after full evidence and argument at trial. In the plaintiff's submission there is an arguable case that the Pilotage Authority is an agent of Her Majesty the Queen and that case should be permitted to be made at trial. Moreover, since the Authority is dependant for its financing upon government, at least for financing of deficits in operations and of major capital costs, ultimately Her Majesty's interests may be affected by the outcome of the action and it is thus appropriate that she have opportunity to defend against the plaintiff's claims. Before turning to the merits of the motion these arguments should be considered.

The submission that the outcome of the action may ultimately affect Her Majesty's interests in a financial way does not, in my view, assist the plaintiff's position. The suggestion that the Authority is without assets of its own is, I believe, not consistent with the facts as these appear from a recent annual report of the Authority, filed by the plaintiff, unless the Court is persuaded by the plaintiff's argument that for all purposes, including the holding of assets, the Authority is an agent or servant of the Crown. For the reasons that follow I am not so persuaded. The possibility that the Crown's financial interests may be affected by the outcome of the trial, if judgment for the plaintiff led to an award of damages that could not be met by operating revenues or other funds within control of the Pilotage Authority, is not in itself persuasive for the plaintiff's case here, for Her Majesty, far from seeking opportunity to be represented to defend any financial interests in this matter has, from its inception, adopted a position that is consistent only with a desire not to be represented. That is implicit in the claim upon

cernant les mesures qu'aurait prises l'Administration de pilotage de l'Atlantique étaient établies, l'Administration aurait alors agi comme mandant et non comme mandataire de Sa Majesté.

^a En plus de contester le bien-fondé de la requête, la demanderesse soutient que la question du lien entre la défenderesse l'Administration de pilotage de l'Atlantique et Sa Majesté ne devrait pas être ^b tranchée à ce moment-ci, c'est-à-dire lors d'une demande de radiation interlocutoire et préliminaire, mais plutôt après la présentation de toute la preuve et des plaidoiries au procès. De l'avis de la demanderesse, il est possible de démontrer que ^c l'Administration de pilotage est un mandataire de Sa Majesté la Reine et la demanderesse devrait avoir la possibilité de faire cette preuve au cours du procès. En outre, comme le financement de l'Administration dépend du gouvernement, du ^d moins en ce qui a trait au financement des déficits d'exploitation et des principales dépenses en capital, les intérêts de Sa Majesté pourraient, en dernier ressort, être touchés par le résultat de l'action et il convient donc que Sa Majesté ait la possibilité ^e de réfuter les allégations de la demanderesse. Avant de déterminer le bien-fondé de la requête, il convient d'abord d'examiner ces arguments.

^f À mon avis, l'argument selon lequel le résultat de l'action peut toucher les intérêts de Sa Majesté sur le plan financier n'aide pas la demanderesse dans ce cas-ci. À mon sens, la proposition selon laquelle l'Administration n'a pas de biens qui lui appartiennent est incompatible avec les faits présentés dans un récent rapport annuel de l'Administration que la demanderesse a déposé, à moins que ^g la Cour ne soit convaincue, comme la demanderesse le soutient, qu'à toutes fins utiles, y compris la détention de biens, l'Administration est un mandataire ou un préposé de Sa Majesté. Pour les motifs indiqués ci-après, je ne suis pas de cet avis. ^h La possibilité que les intérêts financiers de la Couronne soient touchés par le résultat du procès, si l'action est accueillie et que l'Administration de pilotage est condamnée à verser une indemnité ⁱ supérieure à son revenu d'exploitation ou aux autres fonds dont elle a le contrôle, ne prouve pas en soi le bien-fondé de la thèse de la demanderesse, étant donné que Sa Majesté, loin de chercher à ^j être représentée pour défendre des intérêts financiers dans la présente cause, a adopté, dès le début,

which the present motion is based, that there is no reasonable cause of action, in law, pleaded against Her Majesty.

As for the suggestion that it is inappropriate at this stage in proceedings to determine the issue here raised, i.e., Her Majesty's freedom from liability on the basis of the cause of action pleaded, the matter goes to the question of jurisdiction of the Court at least in relation to Her Majesty as defendant, and once raised it must be resolved. It is a question of law that is raised, determinable largely as a matter of statutory interpretation, not a question of fact, the determination of which requires evidence and argument at trial. Thus, in my view, the issue is not analogous to the issues raised in a recent case relied upon by the plaintiff for the proposition that only if it is plain and obvious that a statement of claim discloses no reasonable claim should it be struck: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959. In that case the issue raised related to striking allegations from the statement of claim concerning the tort of conspiracy, not an issue related to jurisdiction of the Court in relation to one or more of the defendants.

In this case the jurisdictional issue raised by the motion to strike the statement of claim as against the defendant Her Majesty the Queen is of significance not only in relation to that defendant but also for the Court's own jurisdiction under section 17 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, even though the motion was not argued by counsel in that context. Section 17 provides in part:

17. (1) The Trial Division has original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown and, except where otherwise provided, the Trial Division has exclusive original jurisdiction in all of those cases.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the Trial Division has exclusive original jurisdiction, except where otherwise provided, in all cases in which

(a) the land, goods or money of any person is in the possession of the Crown;

une position qui n'est compatible qu'avec le désir de ne pas être représentée. C'est ce qui ressort implicitement des arguments invoqués à l'appui de la présente requête, soit l'absence de cause d'action raisonnable, en droit, à l'encontre de Sa Majesté.

En ce qui a trait à l'argument selon lequel il ne convient pas, à ce stade-ci du litige, de trancher la question soulevée en l'espèce, soit l'absence de responsabilité de Sa Majesté relativement à la cause d'action invoquée, cette question soulève la compétence de cette Cour, du moins en ce qui a trait à Sa Majesté comme défenderesse, et une fois qu'elle est soulevée, elle doit être tranchée. C'est une question de droit qui est soulevée, c'est-à-dire une question dont le sort dépend avant tout de l'interprétation de textes législatifs, et non une question de fait, c'est-à-dire une question qui doit être tranchée à la lumière de la preuve présentée et des arguments invoqués au cours du procès. La question est donc différente, à mon sens, de celles qui ont été soulevées dans une cause récente que la demanderesse a invoquée pour dire que c'est seulement dans les cas où il est évident qu'une déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable qu'elle devrait être radiée, soit l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959. Dans cette cause-là, la question en litige portait sur la radiation d'allégations qui étaient énoncées dans la déclaration au sujet du délit de complot; cette question n'était pas liée à la compétence de la Cour à l'égard de l'un ou de plusieurs des défendeurs.

Dans le présent litige, la question de compétence soulevée par la requête visant à radier la déclaration contre la défenderesse Sa Majesté la Reine concerne non seulement Sa Majesté, mais aussi la compétence de notre Cour en vertu de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, même si les avocats n'ont pas plaidé la requête dans ce contexte. L'article 17 se lit en partie comme suit:

17. (1) La Section de première instance connaît, en première instance, de tous les cas de demande de réparation contre la Couronne et, sauf disposition contraire, cette compétence est exclusive.

(2) La Section de première instance a notamment compétence exclusive en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivée par:

a) la possession par la Couronne, de terres, biens ou sommes d'argent appartenant à autrui;

- (b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown; or
 (c) there is a claim against the Crown for injurious affection.

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of his duties as an officer or servant of the Crown.

As I see it, unless the Atlantic Pilotage Authority is an agent of the Crown in the contract arrangements the Authority may make, this Court is without jurisdiction under section 17, or any other section of its enabling statute, to deal with a claim alleged against Her Majesty.

On the merits of the motion it is urged by the applicant, Her Majesty the Queen, that the Authority is not an agent of the Crown under the terms of the *Pilotage Act*, R.S.C., 1985, c. P-14, and in light of jurisprudence which has dealt with the issue of Crown agency status. The respondent, the plaintiff in this action, contends that that statute, originally enacted as S.C. 1970-71-72, c. 52 must be read subject to the later enactment in 1984 of amendments to the *Financial Administration Act*, enacted by S.C. 1984, c. 31, now included within R.S.C., 1985, c. F-11. That amending statute included what is now the long or full title of that Act, i.e., "An Act to provide for the financial administration of the Government of Canada, the establishment and maintenance of the accounts of Canada and the control of Crown corporations". Counsel for the respondent submits that the purpose of the amending Act was to "rein in" or limit the capacities of Crown corporations and the *Financial Administration Act* as so amended effectively modifies the *Pilotage Act* so as to make the Atlantic Pilotage Authority an agent of the Crown. Whether or not that was its general purpose there is no doubt that the 1984 amendments establish a broad framework for administration of Crown corporations generally. The effect of those changes on the status and capacity of the Authority here involved, in general,

b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

c) un trouble de jouissance dont la Couronne se rend coupable.

(5) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées:

b) contre un fonctionnaire ou préposé de la Couronne pour des faits — actes ou omissions — survenus dans le cadre de ses fonctions.

À mon avis, à moins que l'Administration de pilotage de l'Atlantique ne soit mandataire de Sa Majesté dans les ententes qu'elle peut conclure, notre Cour n'a pas la compétence voulue, que ce soit en vertu de l'article 17 ou de toute autre disposition de sa loi d'habilitation, pour statuer sur une réclamation formulée contre Sa Majesté.

Au soutien de sa requête, Sa Majesté la Reine allègue que l'Administration n'est pas un mandataire de Sa Majesté en vertu de la *Loi sur le pilotage*, L.R.C. (1985), chap. P-14, et à la lumière des décisions rendues au sujet du statut des organismes de la Couronne. L'intimée, la demanderesse dans la présente action, fait valoir que cette Loi, publiée à l'origine dans le chapitre 52 des S.C. 1970-71-72, est assujettie aux modifications apportées en 1984 à la *Loi sur la gestion des finances publiques* (S.C. 1984, chap. 31), laquelle Loi modifiée est maintenant publiée dans le chapitre F-11 des L.R.C. (1985). La Loi modificatrice comprenait ce qui est maintenant le titre complet ou le titre au long de cette Loi, soit «Loi relative à la gestion des finances publiques, à la création et à la tenue des comptes du Canada et au contrôle des sociétés d'État». L'avocat de l'intimée soutient que le but de la Loi modificatrice était de «restreindre» ou de limiter les pouvoirs des sociétés d'État et que la *Loi sur la gestion des finances publiques* ainsi modifiée a pour effet de modifier la *Loi sur le pilotage* de façon à faire de l'Administration de pilotage de l'Atlantique un mandataire de Sa Majesté. Indépendamment de la question de savoir s'il s'agissait là de leur objectif général, il est indéniable que les modifications de 1984 établissent les grandes lignes concernant l'administration de l'ensemble des sociétés d'État. Pour connaître l'effet de ces changements sur le statut et le pouvoir de l'Administration concernée

or in relation to particular activities, depends upon review of both statutes here in question.

In *Northern Pipeline Agency v. Pehinec*, [1983] 2 S.C.R. 513, at pages 517-518 *per* Estey J. for the Court, as in *Westeel-Rosco Ltd. v. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 S.C.R. 238, at pages 249-250 *per* Ritchie J. for the Court, the Supreme Court of Canada has made clear that whether or not a particular body is an agent of the Crown depends on the nature and degree of control which the Crown exercises over it. That test evolved through a series of cases, some involving issues of Crown immunity from suit in an earlier age and some involving other questions. Among those cases were some here relied upon by counsel, including a number referred to by Estey J. in *Pehinec: Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy*, [1927] A.C. 899 (P.C.); *Halifax, City of, v. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] S.C.R. 215; *Westeel-Rosco Limited, supra*; *British Columbia Power Corp. Ltd. v. Attorney-General of British Columbia & British Columbia Electric Co. Ltd.* (1962), 34 D.L.R. (2d) 25 (B.C.C.A.); *R. v. Ont. Labour Relations Bd., Ex p. Ont. Food Terminal Bd.*, [1963] 20 O.R. 91 (C.A.).

As the decision of Mr. Justice Estey in *Pehinec, supra*, makes clear, determination of the general status of a statutory body in relation to the Crown may not resolve the issue of concern to the court which may depend upon particular powers vested in the body. Thus, in that case, the Northern Pipeline Agency was readily found to be an agent of the Crown but in the matter giving rise to the claim, a contract concerning labour relations, that Agency had been given power to contract in its own name and was suable in its own name. Its general status as an agent of the Crown was not in itself determinative of the issue; rather, the independence with which it could act in the matter and its liability to suit in its own name were the keys to finding that the Agency was subject to suit in the provincial court. Whether the plaintiff there might have sued in the Federal Court and joined Her Majesty as defendant was not raised by that

en l'espèce, que ce soit en général ou pour certaines activités, il faut examiner les deux lois en question en l'espèce.

Dans *Administration du pipe-line du Nord c. Pehinec*, [1983] 2 R.C.S. 513, aux pages 517 et 518, jugement qu'a prononcé le juge Estey au nom de la Cour, et dans *Westeel-Rosco Ltd. c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 R.C.S. 238, aux pages 249 et 250 (jugement prononcé par le juge Ritchie au nom de la Cour), la Cour suprême du Canada a indiqué clairement que la question de savoir si un organisme est un mandataire de Sa Majesté dépend de la nature et du degré de contrôle que celle-ci exerce sur lui. Ce critère se dégage d'une série d'arrêts dont certains portent sur l'immunité de Sa Majesté à l'égard de poursuites à une époque antérieure et certains concernent d'autres questions. Les avocats ont invoqué en l'espèce quelques-uns de ces arrêts dont certains avaient été cités par le juge Estey dans *Pehinec: Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy*, [1927] A.C. 899 (P.C.); *Halifax, City of, v. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] R.C.S. 215; *Westeel-Rosco Limited, précité*; *British Columbia Power Corp. Ltd. v. Attorney-General of British Columbia & British Columbia Electric Co. Ltd.* (1962), 34 D.L.R. (2d) 25 (C.A.C.-B.); *R. v. Ont. Labour Relations Bd., Ex p. Ont. Food Terminal Bd.*, [1963] 20 O.R. 91 (C.A.).

Comme l'indique clairement la décision qu'a rendue le juge Estey dans l'arrêt *Pehinec, précité*, la détermination du statut général d'un organisme créé par une loi par rapport à Sa Majesté ne permet pas nécessairement de résoudre le litige dont la Cour est saisie, lequel peut dépendre des pouvoirs spéciaux accordés à l'organisme. Ainsi, dans cette cause-là, la Cour a conclu sans peine que l'Administration du pipe-line du Nord était un mandataire de Sa Majesté; cependant, d'après l'entente qui a donné lieu à la réclamation, c'est-à-dire une entente régissant les relations de travail, l'Administration avait été autorisée à contracter en son propre nom et pouvait être poursuivie en son propre nom. Son statut général de mandataire de Sa Majesté ne permettait pas en soi de trancher le litige; la Cour a plutôt dit que l'indépendance avec laquelle l'organisme pouvait agir dans l'affaire et le fait qu'il pouvait être poursuivi en son nom

case, as Estey J. noted (at page 539). That is akin to the issue here presented.

In resolving that issue the key is determination of the status of the Pilotage Authority in its relationship to the Crown in the contract arrangements the Authority seeks to conclude with others. Unless it acts as an agent for Her Majesty in regard to those activities which here give rise to the plaintiff's claim, there can be no claim against Her Majesty as defendant and this Court is without jurisdiction in relation to Her Majesty under section 17 of the *Federal Court Act*.

Determination of the status of the Authority in relation to the Crown requires examination of its enabling legislation and also, in view of the plaintiff's submissions, of the *Financial Administration Act*. Annex A to these reasons sets out a summary overview of the powers of the Pilotage Authority under the *Pilotage Act* and the measures of control exercised by officers or agencies of the Crown in relation to the Authority pursuant to that Act and to the *Financial Administration Act*.

There is no doubt that by virtue of the *Financial Administration Act* the Crown, through the appropriate Minister, the Minister of Finance, Treasury Board or the Governor in Council, exercises a wide-ranging supervisory authority, including the authority to make binding directives, and ultimate responsibility for all Crown corporations. On behalf of Her Majesty it is submitted that extensive as those powers of the Government of Canada are, they merely establish a framework applicable to the operations of all Crown corporations. They do not, it is said, diminish the comparative independence of the Pilotage Authority which should not be deemed an agent of Her Majesty. Particularly is this so because of section 9 of the *Pilotage Act*, expressly declaring the Authority not to be an

étaient les éléments-clés qui l'incitaient à conclure que l'Administration était passible de poursuites devant la cour provinciale. Comme le juge Estey l'a souligné (à la page 539), la question de savoir si la demanderesse dans cette cause-là aurait pu poursuivre Sa Majesté la Reine comme défenderesse devant la Cour fédérale n'a pas été soulevée. C'est là une question semblable à celle que je dois trancher en l'espèce.

Pour résoudre ce litige, il faut déterminer le statut des liens entre l'Administration de pilotage et Sa Majesté dans les ententes contractuelles que l'Administration cherche à conclure avec des tiers. À moins que l'Administration n'agisse comme mandataire de Sa Majesté à l'égard des activités qui ont ici donné lieu à la réclamation de la demanderesse, il ne peut y avoir de recours contre Sa Majesté et cette Cour n'a pas la juridiction voulue pour se prononcer à l'endroit de Sa Majesté en vertu de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Pour déterminer le statut de l'Administration envers Sa Majesté, il est nécessaire d'examiner la loi d'habilitation de l'Administration ainsi que la *Loi sur la gestion des finances publiques*, compte tenu des arguments de la demanderesse. L'annexe A des présents motifs renferme un résumé des pouvoirs dont l'Administration de pilotage est investie en vertu de la *Loi sur le pilotage* ainsi que des mesures de contrôle qu'exercent les fonctionnaires ou organismes de Sa Majesté à l'endroit de l'Administration conformément à cette Loi et à la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

Il est indéniable que, en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, Sa Majesté, par l'entremise du ministre concerné, du ministre des Finances, du Conseil du Trésor ou du gouverneur en conseil, exerce un large pouvoir de supervision, ce qui comprend le pouvoir d'adopter des directives ayant un caractère obligatoire, et qu'elle est responsable en dernier ressort de toutes les sociétés d'État. Selon Sa Majesté, si étendus que soient les pouvoirs du gouvernement du Canada, ils créent simplement un cadre applicable aux activités de toutes les sociétés d'État. Ils n'auraient pas pour effet de diminuer l'indépendance comparative de l'Administration de pilotage et celle-ci ne devrait pas être considérée comme un mandataire de Sa Majesté. Il en est ainsi surtout en raison de l'arti-

agent of Her Majesty, and because of the definition of an "agent corporation" in section 83 of the *Financial Administration Act* which limits such corporations to those expressly declared by another statute to be an agent of the Crown. It is also urged that particularly in its day-to-day operations the Authority here has greater independence than bodies found to be agents of the Crown in the cases to which reference has been made. The words of Viscount Haldane in *Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy*, [1927] A.C. 899 (P.C.), at page 905 are said to be applicable here, i.e.:

They are a body with discretionary powers of their own. Even if a Minister of the Crown has power to interfere with them, there is nothing in the statute which makes the acts of administration his as distinguished from theirs. That they were incorporated does not matter. It is also true that the Governor appoints their members and can veto certain of their actions. But these provisions, even when taken together, do not outweigh the fact that the Act of 1915 confers on the appellant Board wide powers which are given to it to be exercised at its own discretion and without consulting the direct representatives of the Crown.

For the plaintiff it is submitted that the concept of independence perceived on behalf of Her Majesty ignores not only the effects of 1984 amendments to the *Financial Administration Act* but also the modern trend to limit Crown immunity. Reference is made to the decision of Kerans J.A. in *Re Associated Investors of Can. Ltd.* (1988), 57 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.) at pages 296-298, and his discussion of Crown prerogatives. In issue in that matter was the immunity of servants, agents and representatives of the Crown from compulsory examination for discovery, specifically in relation to a *subpoena duces tecum* requiring production of documents, books and records of the Canada Deposit Insurance Corporation. In holding that there was no immunity Mr. Justice Kerans reviewed the evolution of some aspects of Crown prerogatives and immunity. This review is interesting, but, in my view, it is not directly relevant in this case. Here Her Majesty does not claim immunity from suit based on prerogative; rather, it is claimed she is not properly a defendant because

cle 9 de la *Loi sur le pilotage*, où il est déclaré expressément que l'Administration n'est pas mandataire de Sa Majesté, et en raison de la définition des mots «société mandataire» qui apparaît à l'article 83 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, selon lequel seules les sociétés ayant la qualité de mandataires de Sa Majesté par déclaration expresse en vertu d'une autre loi sont des sociétés mandataires. On soutient également que, notamment dans l'exercice de ses activités de tous les jours, l'Administration en l'espèce jouit d'une indépendance plus grande comparativement aux organismes qui ont été considérés comme des mandataires de Sa Majesté dans les arrêts cités. On soutient que les propos du vicomte Haldane, dans l'arrêt *Metropolitan Meat Industry Board v. Sheedy*, [1927] A.C. 899 (P.C.), à la page 905, s'appliquent à la présente situation:

[TRADUCTION] Ils constituent un organisme investi de pouvoirs discrétionnaires propres. Même si un ministre de la Couronne a un pouvoir d'intervention, il n'y a rien dans la Loi qui fasse une distinction entre les mesures administratives prises par eux et les siennes. Qu'ils soient constitués en corporation n'a pas d'importance. Il est également exact que le Gouverneur nomme leurs membres et peut opposer un veto à certains de leurs actes. Mais, même prises ensemble, ces dispositions ne peuvent contrebalancer le fait que la Loi de 1915 confère au Conseil appellant de larges pouvoirs qu'il peut exercer à sa discrétion et sans consulter les représentants directs de la Couronne.

Pour sa part, la demanderesse fait valoir que le concept de l'indépendance interprété par Sa Majesté ne tient pas compte des effets des modifications apportées en 1984 à la *Loi sur la gestion des finances publiques* ainsi que de la tendance moderne visant à restreindre l'immunité de Sa Majesté. Sur ce point, la demanderesse cite la décision qu'a rendue le juge Kerans, J.C.A., dans *Re Associated Investors of Can. Ltd.* (1988), 57 Alta L.R. (2d) 289 (C.A.), aux pages 296 à 298, et les commentaires qu'il a formulés au sujet des prérogatives de la Couronne. Dans cette cause-là, le litige portait sur l'immunité des préposés, mandataires et représentants de Sa Majesté à l'égard de l'interrogatoire préalable, notamment dans le cas d'un *subpoena duces tecum* exigeant la production de documents, livres et registres de la Société d'assurance-dépôts du Canada. Décidant qu'il n'y avait pas d'immunité, le juge Kerans a passé en revue l'évolution de certains aspects des prérogatives et de l'immunité de Sa Majesté. À mon sens, bien que cette revue soit intéressante,

the acts complained of were not done by a body, the Pilotage Authority, on her behalf.

As for the general effects of the 1984 amendments to the *Financial Administration Act* upon the *Pilotage Act*, the plaintiff's submission simply invites a conclusion that avoids efforts to construe the two Acts together. Clearly where the *Financial Administration Act* conflicts with specific provisions of the *Pilotage Act* then the former must prevail not merely because it is the later expression of Parliament's intent but also because Parliament has so provided by section 87 of the *Financial Administration Act*, which provides that unless expressly provided otherwise in the event of inconsistency between Part X (relating to Crown corporations) of that Act and any other Act of Parliament, the *Financial Administration Act* is to prevail.

There is, in my view, no inconsistency in specific provisions of the two Acts about the general status of the Atlantic Pilotage Authority. It is not an agent of Her Majesty as the *Pilotage Act* expressly states, and it is not an "agent corporation" within the definition in the *Financial Administration Act*. While I agree with the general thrust of the plaintiff's argument about the effects of the 1984 amendments to the latter Act in providing a broad measure of ultimate control by the Crown over the Authority, those controls relate in the main to administrative processes designed to ensure a reasonable measure of standardization of procedures and opportunities for intervention by Crown officers in relation to matters concerning policy. Even in the requirement for submission and approval of business plans, operating and capital budgets, the process does not extend to authorizing intervention by Crown officers in relation to the day-to-day operations of the Authority. It is in those operations that the Authority's status has significance as an entity independent from the Crown and not as Her Majesty's agent. And it is in the course of those operations that the activities

elle n'est pas directement pertinente dans le cas qui nous occupe. Sa Majesté n'invoque pas ici l'immunité des poursuites en raison d'une prérogative; elle soutient plutôt qu'elle n'est pas poursuivie à bon droit, parce que les actes reprochés n'ont pas été faits en son nom par un organisme, en l'occurrence, l'Administration de pilotage.

En ce qui a trait aux conséquences générales des modifications apportées en 1984 à la *Loi sur la gestion des finances publiques* quant à la *Loi sur le pilotage*, la demanderesse demande tout simplement à la Cour de tirer une conclusion non fondée sur une interprétation simultanée des deux lois. De toute évidence, lorsque la *Loi sur la gestion des finances publiques* est incompatible avec certaines dispositions de la *Loi sur le pilotage*, la première doit l'emporter, non seulement parce qu'elle représente l'expression la plus récente de l'intention du Parlement, mais aussi parce que le Parlement l'a décrété à l'article 87 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, selon lequel, sauf dérogation expresse, en cas d'incompatibilité entre la Partie X (qui concerne les sociétés d'État) de cette Loi et toute autre loi du Parlement, la *Loi sur la gestion des finances publiques* l'emporte.

À mon avis, il n'y a pas d'incompatibilité entre les dispositions précises des deux lois au sujet du statut général de l'Administration de pilotage de l'Atlantique. Celle-ci n'est pas un mandataire de Sa Majesté, comme la *Loi sur le pilotage* le déclare expressément, et elle n'est pas une «société mandataire» au sens de la définition de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Bien que j'admette, comme le soutient la demanderesse, que les modifications apportées en 1984 à cette dernière Loi accordent à Sa Majesté un large pouvoir de contrôle sur les actions de l'Administration, ce pouvoir de contrôle porte principalement sur les méthodes administratives visant à assurer un degré raisonnable d'uniformisation des cas où les fonctionnaires de Sa Majesté peuvent intervenir au sujet des questions de politique et des procédures à cet égard. Même dans le cas de l'obligation de soumettre et de faire approuver les plans d'entreprise et les budgets de fonctionnement et d'investissement, la procédure n'autorise pas les fonctionnaires de Sa Majesté à intervenir dans les activités quotidiennes de l'Administration. C'est à l'égard de ces activités que le statut de l'Administration

here complained of were conducted. In matters of tendering contracts for services of pilot boats, which here give rise to the plaintiff's claim, I conclude that the Atlantic Pilotage Authority was not acting as agent for Her Majesty.

In these activities, subject to the prior approval by government of its business plan and its operating and capital budgets, and subject to any of its own by-laws, it was operating independently of supervision by government. It was acting in its own name. It is subject to suit in relation to the matter in its own name. In my view, in connection with the arrangements which give rise to the plaintiff's claim it was not acting as agent of the Crown, in a manner which would create liability on the part of Her Majesty if the Authority should ultimately be found at fault for damages claimed by the plaintiff. The actions of the Authority were in relation to activities in its own domain, free from direct supervision of the Crown or its officers, conducted in a manner that does not result in impleading the Crown as liable within the meaning of section 17 of the *Federal Court Act* for any wrongdoing by the Authority.

There is an additional reason supporting this conclusion. Parliament has sought to ensure that Crown corporations may be sued in their own name and in the courts with jurisdiction in relation to the substance of any claim. In this case the Authority is suable in its own name by virtue of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 21(1). But even in the case of "agent corporation[s]" section 98 of the *Financial Administration Act* provides that whether an obligation be incurred in the name of the Crown or in the name of the corporation, legal proceedings may be brought against the corporation in its name as if it were not an agent of the Crown. Parliament having thus sought to ensure that even

est important et qu'il fait d'elle un organisme entièrement indépendant de Sa Majesté et non un mandataire de celle-ci. C'est dans le cours de ces activités-là que les actions reprochées en l'espèce ont eu lieu. En ce qui a trait aux questions liées au processus d'appel d'offres pour l'obtention de services de bateaux-pilotes, lequel processus a donné lieu à la présente réclamation de la demanderesse, je suis d'avis que l'Administration de pilotage de l'Atlantique n'agissait pas comme mandataire de Sa Majesté.

Dans le cadre de ces activités, sous réserve de l'approbation préalable par le gouvernement de son plan d'entreprise et de ses budgets de fonctionnement et d'investissement, et sous réserve de ses propres règlements, elle n'était aucunement supervisée par le gouvernement. Elle agissait de son propre chef. Elle est susceptible d'être poursuivie en son propre nom à l'égard de ces activités. À mon avis, dans le cadre des ententes qui ont donné lieu à la réclamation de la demanderesse, l'Administration n'agissait pas comme mandataire de Sa Majesté de façon à imposer une responsabilité à celle-ci pour le cas où elle serait finalement jugée coupable d'une faute à l'origine du préjudice pour lequel la demanderesse réclame une indemnité. Les actions de l'Administration se rapportaient aux activités de son ressort; elles n'étaient pas assujetties à la surveillance directe de Sa Majesté ou des fonctionnaires de celle-ci et elles n'ont pas été menées de façon à mettre en cause Sa Majesté et à rendre celle-ci responsable, au sens de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, des fautes de l'Administration.

Cette conclusion est fondée sur un autre motif. Le Parlement a veillé à ce que les sociétés d'État puissent être poursuivies en leur propre nom devant les tribunaux compétents relativement au fond de toute réclamation. En l'espèce, l'Administration peut être poursuivie en son propre nom en vertu du paragraphe 21(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21. Cependant, l'article 98 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* prévoit même qu'une «société mandataire» peut ester en justice en son propre nom, comme si elle n'était pas mandataire de Sa Majesté, que ce soit à l'égard d'une obligation assumée au nom de celle-ci ou en son nom. Comme le Parlement a ainsi cherché à s'assurer que même les sociétés

agent corporations are open to suit, it would be inefficient to permit claims arising out of contract arrangements undertaken in the regular course of business by Crown corporations which are not agents of Her Majesty, to result in impleading Her Majesty as defendant. That, it seems to me, is contrary to the general public interest in efficiency in the judicial process.

The motion here made was based on three paragraphs of Federal Court Rule 419. In my view paragraph (a) is not an appropriate ground for allowing the motion, since, in considering a motion that the statement of claim discloses no reasonable cause of action, the Court accepts the facts alleged in the statement of claim as true. Here the statement of claim alleges that the Pilotage Authority in the actions complained of was an agent of Her Majesty, a legal conclusion I have not accepted. Paragraph (c), that the statement of claim is frivolous or vexatious in relation to Her Majesty as a defendant is an appropriate basis here, as is paragraph (f) that the pleading is an abuse of the process of the Court in so far as the Court has no jurisdiction in relation to Her Majesty where there is no lawful claim within section 17 of the *Federal Court Act*.

For these reasons the application on behalf of Her Majesty is allowed. An order goes striking the statement of claim in its entirety as against the defendant, Her Majesty the Queen, and though not specifically requested, the Court of its own motion orders that the name of Her Majesty, as defendant in this action, be struck from the style of cause.

mandataires pouvaient être poursuivies, il serait inefficace de permettre que Sa Majesté soit poursuivie comme défenderesse dans des recours découlant d'ententes contractuelles conclues dans le cours ordinaire des activités de sociétés d'État qui ne sont pas mandataires de Sa Majesté. À mon sens, ce résultat est contraire à l'intérêt public général, soit l'efficacité de l'appareil judiciaire.

La requête présentée en l'espèce était fondée sur trois motifs énoncés à la Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale*. À mon avis, le motif mentionné à l'alinéa a) ne permet pas d'accueillir la requête, étant donné que, lorsqu'elle examine une requête fondée sur le motif que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable, la Cour reconnaît comme vrais les faits allégués dans la déclaration. Dans le cas qui nous occupe, la demanderesse allègue dans sa déclaration que l'Administration de pilotage était mandataire de Sa Majesté lors des actions reprochées et c'est là une conclusion de droit que je n'ai pas acceptée. Le motif énoncé à l'alinéa c), soit le fait que la déclaration est futile ou vexatoire à l'endroit de la défenderesse Sa Majesté, constitue un fondement approprié en l'espèce, tout comme celui de l'alinéa f), soit le fait que la plaidoirie constitue un emploi abusif des procédures de la Cour, étant donné que notre Cour n'a pas la compétence voulue à l'endroit de Sa Majesté dans le cas d'une réclamation non visée par l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Pour les motifs exposés ci-dessus, la demande de Sa Majesté est accueillie. La déclaration sera rayée en entier contre la défenderesse Sa Majesté la Reine et, bien qu'aucune demande précise ne lui ait été présentée en ce sens, la Cour ordonne de son propre chef que le nom de Sa Majesté comme défenderesse dans la présente cause soit rayé de l'intitulé de la cause.

ANNEX A

A summary overview of powers of the Atlantic Pilotage Authority under the *Pilotage Act*, R.S.C., 1985, c. P-14 and the measures of control exercised by the Government of Canada (The Crown) in relation to that Authority pursuant to the *Pilotage Act* and the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.

The Authority is a body corporate by virtue of subsection 3(1) of the *Pilotage Act* and the schedule naming it. It consists of a Chairman appointed by the Governor in Council and not more than six other members appointed by the Minister of Transport with the approval of the Governor in Council who may also appoint a Vice-Chairman (subsections 3(2),(3), section 11). The name, the location of its head office and the region of Canadian waters in which the Authority acts are set out in the Schedule to the Act and all may be changed by the Governor in Council (subsection 3(4), section 4).

Section 9 of the *Pilotage Act* specifically sets out "An Authority is not an agent of Her Majesty". The *Financial Administration Act*, Part X, deals with Crown corporations. Subsection 83(1) defines an "agent corporation" as a "Crown corporation that is expressly declared by or pursuant to any other Act of Parliament to be an agent of the Crown"; it defines "Crown corporation" as a parent Crown corporation or a wholly-owned subsidiary, and it defines "parent Crown corporation" as a corporation that is wholly owned directly by the Crown not including a departmental corporation. In this case the Atlantic Pilotage Authority is a "parent Crown corporation" by virtue of paragraph 3(1)(b) and its inclusion in the list, among others in that category, in Part I of Schedule III of the *Financial Administration Act*.

The *Financial Administration Act* also includes provisions referring exclusively to an agent corporation. It may exercise its power only as an agent of the Crown. It may contract in the name of the Crown or in its own name. Legal proceedings may be brought or taken by or against the agent corporation in its name in any court with jurisdiction as if the corporation were not an agent of the Crown. Property held in its name or the name of the Crown is vested in the Crown and may be disposed of only in accord with regulations or on the authorization of the Governor in Council. Property held by the agent corporation may not be transferred as security and borrowing may not be undertaken unless it is specifically authorized by Act of Parliament (sections 96-101).

There is no provision in the *Pilotage Act* relating to the capacity of the Authority to sue or its liability to suit, but it is subject to subsection 21(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, and is thus vested with the "power to sue and be sued, to contract and be contracted with by its corporate name, to have a common seal and to alter or change it at pleasure, to have perpetual succession, to acquire and hold personal property for the purposes for which the corporation is established and to alienate that property at pleasure".

Several powers of the Authority under the *Pilotage Act* appear from that Act to be exercisable without supervision by others representing the Crown. Thus, it may employ officers

ANNEXE A

Résumé des pouvoirs de l'Administration de pilotage de l'Atlantique en vertu de la *Loi sur le pilotage*, L.R.C. (1985), chap. P-14, et des mesures de contrôle exercées par le gouvernement du Canada (Sa Majesté) à l'endroit de cette Administration conformément à la *Loi sur le pilotage* et à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), chap. F-11.

L'Administration est une personne morale en vertu du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le pilotage* et de l'annexe qui la désigne. Elle se compose d'un président nommé par le gouverneur en conseil et d'au plus six autres membres que nomme le ministre des Transports, avec l'approbation du gouverneur en conseil, qui peut aussi nommer un vice-président (paragraphe 3(2) et 3(3), article 11). Le nom de l'Administration, l'emplacement de son siège social et la région dans les eaux canadiennes où elle agit sont indiqués dans l'annexe de la Loi et peuvent tous être modifiés par le gouverneur en conseil (paragraphe 3(4), article 4).

L'article 9 de la *Loi sur le pilotage* énonce explicitement ce qui suit: «Une administration n'est pas mandataire de Sa Majesté. La Partie X de la *Loi sur la gestion des finances publiques* porte sur les sociétés d'État. Selon le paragraphe 83(1), une «société mandataire» est une «Société d'État ayant la qualité de mandataire de Sa Majesté par déclaration expresse en vertu d'une autre loi fédérale»; une «société d'État» est une société d'État mère ou filiale à cent pour cent et une société d'État mère est une personne morale appartenant directement à cent pour cent à Sa Majesté, à l'exclusion des établissements publics. Dans ce cas-ci, l'Administration de pilotage de l'Atlantique est une «société d'État mère» en vertu de l'alinéa 3(1)b) et de son inclusion dans la liste, parmi d'autres appartenant à cette catégorie, à la partie I de l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

La *Loi sur la gestion des finances publiques* comporte également des dispositions qui concernent exclusivement une société mandataire. Celle-ci peut exercer ses pouvoirs uniquement comme mandataire de Sa Majesté. Elle peut conclure des contrats au nom de Sa Majesté ou au sien. Des poursuites judiciaires peuvent être entamées par la société mandataire ou contre celle-ci en son nom devant tout tribunal compétent, comme si la société n'était pas mandataire de Sa Majesté. Les biens détenus en son nom ou celui de Sa Majesté sont dévolus à celle-ci et il ne peut en être disposé que conformément au règlement ou suivant l'autorisation du gouverneur en conseil. Les biens détenus par la société mandataire ne peuvent être transférés en garantie et aucun emprunt ne peut être contracté, sauf s'il est explicitement autorisé par une loi du Parlement (articles 96 à 101).

La *Loi sur le pilotage* ne renferme aucune disposition concernant le pouvoir de l'Administration d'intenter des poursuites ou d'être poursuivie, mais celle-ci est assujettie au paragraphe 21(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, et est donc investie du «pouvoir d'ester en justice, de contracter sous sa dénomination, d'avoir un sceau et de le modifier, d'avoir succession perpétuelle, d'acquérir et de détenir des biens meubles dans l'exercice de ses activités et de les aliéner».

Il semble que plusieurs pouvoirs dont l'Administration est investie en vertu de la *Loi sur le pilotage* puissent être exercés, d'après cette Loi, sans la surveillance d'autres organismes ou

and employees, pilots and apprentices or contract with a body corporate of pilots in a given area as may be necessary for proper conduct of its work (section 15), though officers and employees are deemed to be persons employed in the Public Service for purposes of compensation and superannuation (section 16). An Authority may make by-laws for regulation of its internal affairs (section 17). It may purchase, lease or otherwise acquire land, buildings, wharves, other structures, pilot boats, radio and communication equipment and other equipment, supplies and services necessary for its purposes and it may sell or lease any of this property (section 19). It shall cancel a licence or pilotage certificate when the holder thereof does not meet required qualifications (subsection 30(2)). It may, for purposes of defraying its expenses, borrow money in Canada or elsewhere (paragraph 36(a)), and all fines levied under the Act are payable to the Authority concerned (section 49).

Several other powers of the Authority under the *Pilotage Act* are exercisable with approval or subject to supervision of the Government of Canada. Thus it may make regulations necessary for attainment of its objects with the approval of the Governor in Council (section 20), and where there is objection to a proposed regulation the Minister may order an investigation and thereafter he or she may approve, amend or disapprove of the proposed regulation (section 21). The Authority may grant licences or certificates to qualified pilots or apprentices, and may suspend or cancel any licence or certificate subject to review and decision of the Minister if there is objection to a decision of the Authority (sections 22, 23, 27, 29); and the Authority shall keep a register, in a manner approved by the Minister, of licensed pilots, apprentices and holders of certificates (section 32). The Authority shall make regulations prescribing tariffs or pilotage charges, with approval of the Governor in Council, consistent with providing a revenue sufficient to permit it to operate on a self-sustaining financial basis (section 33), and where there is objection to a proposed tariff the National Transportation Agency conducts an investigation after which it makes a recommendation binding on the Authority (sections 34, 35 [as am. by R.S.C., 1985, (3rd Supp.), c. 28, s. 359]). An Authority may issue debentures for such sums as may be determined by the Minister of Finance (paragraph 36(b)), and it may with approval of that Minister invest in bonds any moneys not immediately required for its purposes (section 37). The Auditor General of Canada is the auditor of each Authority (section 38). Finally, the Governor in Council may make regulations under the Act respecting certain general qualifications for holding of licences, for the holding of hearings by an Authority and for establishing compulsory pilotage areas (section 52 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 86]).

In addition to these powers expressly made subject to supervisory control by the Government of Canada under the *Pilotage Act*, the plaintiff points to the *Financial Administration Act* for additional measures of control over the Pilotage Authority. These include provision that any debt or obligation of a Crown

personnes qui représentent Sa Majesté. Ainsi, l'Administration peut embaucher des dirigeants et employés, des pilotes et des apprentis ou conclure un contrat de louage de services avec une personne morale formée de pilotes dans un endroit donné, selon ce qui est nécessaire à l'exercice de ses activités (article 15), bien que les fonctionnaires et les membres du personnel soient a présumés être des personnes employées dans la fonction publique aux fins de l'indemnisation et de la pension (article 16). L'Administration peut adopter des règlements régissant son activité interne (article 17). Elle peut acheter, prendre à bail ou acquérir par tout autre mode des biens-fonds, bâtiments, quais b ou autres ouvrages, des bateaux-pilotes, du matériel radio et autre matériel de transmission ou de réception et les autres matériels, fournitures et services nécessaires à ses fins et elle peut vendre ou donner à bail l'un ou l'autre de ces biens (article 19). Elle annule un brevet ou un certificat de pilotage lorsque le titulaire de celui-ci ne respecte pas les conditions prescrites c (paragraphe 30(2)). Elle peut, pour acquitter ses frais, contracter des emprunts au Canada ou ailleurs alinéa 36a)) et toutes les amendes exigées en application de la Loi doivent être payées à l'Administration concernée (article 49).

Plusieurs autres pouvoirs dont l'Administration est investie d en vertu de la *Loi sur le pilotage* peuvent être exercés avec l'approbation ou sous réserve de la surveillance du gouvernement du Canada. Ainsi, l'Administration peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, adopter des règlements nécessaires à l'exécution de sa mission (article 20) et, lorsqu'il y a une objection à l'égard d'un règlement proposé, le ministre peut ordonner une enquête et, par la suite, il peut approuver, modifier ou rejeter le règlement proposé (article 21). L'Administration peut accorder des brevets ou des certificats aux pilotes ou apprentis-pilotes ayant les qualités voulues et elle peut suspendre ou annuler tout brevet ou certificat, sous réserve de la révision par le ministre, si une décision de l'Administration est contestée (articles 22, 23, 27 et 29); en outre, l'Administration doit tenir un registre, selon la façon approuvée par le ministre, des pilotes brevetés, des apprentis et des titulaires de certificats (article 32). L'Administration doit, avec l'approbation du gouverneur en conseil, adopter des règlements prescrivant des tarifs ou droits de pilotage qui lui permettront de financer de façon autonome ses opérations (article 33) et, lorsqu'un tarif proposé est contesté, l'Office national des transports mène une enquête et formule une recommandation qui lie l'Administration (articles 34 et 35 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 28, art. 359]). L'Administration peut émettre des débetures selon les montants que fixe le ministre des Finances (alinéa 36b)) et elle peut, avec l'approbation de ce ministre, placer en obligations les sommes d'argent dont elle n'a pas immédiatement besoin à ses fins (article 37). Le vérificateur général du Canada est le vérificateur de chaque administration (article 38). Enfin, le gouverneur en conseil peut adopter des règlements sous l'autorité de la Loi à l'égard de certaines conditions générales liées à la détention des brevets, de la tenue des audiences d'une administration et de l'établissement des zones de pilotage obligatoire (article 52 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{re} suppl.), chap. 31, art. 86]).

En plus de ces pouvoirs qui sont expressément assujettis à la surveillance du gouvernement du Canada en vertu de la *Loi sur le pilotage*, la demanderesse cite d'autres dispositions de la *Loi sur la gestion des finances publiques* qui prévoient d'autres mesures de contrôle à l'endroit de l'Administration de pilotage.

corporation due to Her Majesty, or any claim by Her Majesty against a Crown corporation may be forgiven in whole or in part by being included as a budgetary vote in an appropriation Act, and if forgiven shall be included in the Public Accounts (subsections 25(4) and (5)). Part X includes the definition of a corporation wholly owned by the Crown (subsection 83(2)), and there is no doubt that the Pilotage Authority here is such a corporation. Paramountcy of Part X of the Act over conflicting provisions of any other Act of Parliament, except as otherwise expressly provided, is declared by section 87. By section 88 each Crown corporation is made ultimately accountable, through the appropriate Minister, to Parliament for the conduct of its affairs. Under section 89 the Governor in Council may give a directive to any parent Crown corporation and the directors shall ensure the directive is implemented in a prompt and efficient manner. Certain transactions require Parliamentary authorization (section 90), others require approval of the Governor in Council (sections 91, 94).

Other provisions relate to directors and officers of Crown corporations, their appointment by the Governor in Council, or by the appropriate Minister with approval of the Governor in Council, and their duties. Sections 109 to 114 vest responsibility for management in the board of directors (section 109). The board may by resolution make, amend or repeal any by-laws regulating the affairs of the corporation unless its charter or by-laws otherwise provide, a copy of the by-law is to be sent to the appropriate Minister and to the President of the Treasury Board, and the Governor in Council may direct the board of the corporation to make, amend or repeal a by-law (section 114). Under section 115 it is stipulated that every director and officer of a Crown corporation has a duty of care to act in good faith in the best interests of the corporation, exercising the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances, and each has a specific obligation to comply with Part X of the Act, the regulations, the charter and by-laws of the corporation.

Sections 120 to 152 of the *Financial Administration Act* deal with financial management and control. Each parent Crown corporation is required to submit annually a corporate plan to the Minister for approval of the Governor in Council, encompassing all its business and activities, including investments, and its objectives, and it must carry on business only in a manner consistent with an approved plan (section 122). Each shall also submit for approval of Treasury Board an annual operating and capital budget, with amendments as necessary (sections 123, 124). If it intends to borrow money that must be indicated in its corporate plan or an amended plan and it may not borrow without approval of the Minister of Finance with respect to the timing and the terms and conditions of the transaction (section 127). A parent Crown corporation shall, if directed by the Minister of Finance and the appropriate Minister, pay to a special account credited in its name, moneys of the corporation, and surplus money of the corporation must be paid over to the Receiver General as directed by the Minister of Finance and the appropriate Minister (sections 129, 130). Annual auditor's reports (section 132), accounts, budgets, returns, statements, documents, records, books, reports and other information as required by Treasury Board or the appro-

Ainsi, toute dette ou obligation d'une société d'État envers Sa Majesté et toute réclamation de Sa Majesté à l'encontre d'une société d'État peut être remise, en tout ou en partie, par l'inscription du montant remis, à titre de crédit budgétaire, dans une loi de crédits et il est fait état de la remise dans les Comptes publics (paragraphe 25(4) et (5)). D'après la définition d'une filiale à cent pour cent (de Sa Majesté) (paragraphe 83(2)) qui apparaît à la partie X, il n'y a aucun doute sur le fait que l'Administration de pilotage est visée par cette définition. Selon l'article 87, la partie X de la Loi l'emporte sur les dispositions incompatibles de toute autre loi du Parlement, sauf dérogation expresse. Selon l'article 88, chaque société d'État est responsable en dernier ressort, par l'intermédiaire de son ministre de tutelle, de l'exercice de ses activités. L'article 89 énonce que le gouverneur en conseil peut donner une directive à une société d'État mère et les administrateurs doivent veiller à ce que la directive soit appliquée de façon rapide et efficace. Certaines opérations nécessitent l'autorisation parlementaire (article 90), tandis que d'autres requièrent l'approbation du gouverneur en conseil (articles 91 et 94).

D'autres dispositions concernent les administrateurs et dirigeants des sociétés d'État, leur nomination par le gouverneur en conseil ou par le ministre de tutelle, avec l'approbation du gouverneur en conseil, et leurs fonctions. Les articles 109 à 114 prévoient que le conseil d'administration est responsable de la gestion (article 109). Le conseil peut, par résolution, prendre, modifier ou annuler tout règlement administratif régissant les activités de la société; sauf disposition contraire de l'acte constitutif ou des règlements administratifs de celle-ci, une copie du règlement doit être envoyée au ministre de tutelle et au président du Conseil du Trésor et le gouverneur en conseil peut ordonner au conseil d'administration de la société de prendre, de modifier ou d'annuler un règlement (article 114). L'article 115 prévoit que chacun des administrateurs et dirigeants de la société d'État doit agir de bonne foi, au mieux des intérêts de la société, avec le soin, la diligence et la compétence d'une personne prudente et avisée, et chacun est tenu de se conformer à la partie X de la Loi et à ses règlements ainsi qu'à l'acte constitutif et aux règlements administratifs de la société.

Les articles 120 à 152 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* portent sur la gestion et le contrôle financiers. Chaque société d'État mère doit soumettre chaque année au ministre un plan d'entreprise aux fins d'approbation par le gouverneur en conseil, lequel plan traite de toutes les activités de la société, y compris ses investissements et ses objectifs, et elle doit poursuivre ses activités uniquement d'une façon compatible avec le plan approuvé (article 122). Chacune doit également soumettre à l'approbation du Conseil du Trésor un budget annuel de fonctionnement et d'investissement ainsi que les modifications nécessaires (articles 123 et 124). Si elle a l'intention de contracter des emprunts, elle doit l'indiquer dans son plan d'entreprise ou un plan modifié et elle ne peut faire d'emprunt sans l'approbation du ministre des Finances quant aux modalités de temps et aux conditions de l'opération (article 127). Une société d'État mère doit, sur instruction donnée par le ministre des Finances et le ministre de tutelle, verser ses fonds au crédit d'un compte spécial ouvert à son nom et les fonds excédentaires doivent être remis au receveur général, conformément aux directives du ministre des Finances et du ministre de tutelle (articles 129 et 130). Chaque société d'État mère doit soumettre les rapports annuels du vérificateur (article

priate Minister (section 149), and annual reports on the operations of the corporation (section 150), are to be submitted by each parent Crown corporation.

132), les comptes, les budgets, les états financiers, les déclarations, les documents, les registres, les livres, les rapports et les autres renseignements demandés par le Conseil du Trésor ou le ministre de tutelle (article 149) ainsi que les rapports annuels sur le fonctionnement de la société (article 150).

T-1560-90

T-1560-90

Joachim Pinto (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration and Secretary of State for External Affairs (Respondents)*INDEXED AS: PINTO v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

Trial Division, MacKay J.—Toronto, September 11; Ottawa, November 27, 1990.

Immigration — Admission to Canada under Foreign Domestic Movement (FDM) Program denied despite CEC validation of employment offer — Standards of assessment imposed by visa officer not required by Immigration Regulations — Assessment relating only to defined classifications failure to assess experience relevant to employment offered — Visa officer guided strictly by Immigration Manual relating to FDM criteria — Reliance upon requirement for formal training or full-time employment in relation to each aspect of employment instead of assessing skills relevant to employment offered — Rigid and undue notion of specialization — Error in law — Court not acting as appellate tribunal but reviewing visa officer's decision — Certiorari granted, application to be reconsidered.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari quashing decision by visa officer and refusal by Minister to issue visa with employment authorization, and mandamus ordering application reassessed according to law — Reliance by visa officer on Immigration Manual error of law in so far as it misinterprets law — Visa officer improperly fettering discretion — Must consider qualifications and experience of applicant for "employment for which the employment authorization is sought".

This was a section 18 application for *certiorari* to quash the decision of a visa officer in New Delhi and the Minister's refusal to issue a visa with an employment authorization to the applicant's cousin; the applicant also sought *mandamus* in order to have the visa application reassessed according to law. Applicant and his wife operate a busy supermarket and gas station at Peterborough, Ontario. Their household includes a child and the wife's elderly parents who have medical problems and speak only Konkani. Having unsuccessfully advertised for domestic help in a Toronto newspaper, the applicant offered his cousin, Ms. Quadros, a citizen of India, employment as a live-in domestic worker under the Foreign Domestic Movement (FDM) Program. Despite validation of the employment offer by the Canada Employment Centre at Peterborough, a visa officer in Madras, India, refused Ms. Quadros' application on the ground that she did not meet the FDM criteria. After three

Joachim Pinto (requérant)

c.

a **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures (intimés)****b** *RÉPERTORIÉ: PINTO c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 11 septembre; Ottawa, 27 novembre 1990.

c *Immigration — Admission au Canada en vertu du Programme concernant les employés de maison étrangers (le PEME) refusée malgré la validation de l'offre d'emploi par le CEC — Les normes d'évaluation utilisées par l'agent des visas ne sont pas imposées par le Règlement sur l'immigration — L'évaluation en fonction de catégories définies seulement*
d *constitue une omission d'évaluer l'expérience pertinente en ce qui concerne l'emploi offert — L'agent des visas s'est strictement fondé sur le Guide de l'immigration concernant les critères du PEME — Il s'est appuyé sur l'exigence selon laquelle une formation officielle ou un emploi à plein temps étaient requis à l'égard de chacun des aspects de l'emploi plutôt que sur une évaluation des compétences se rapportant à l'emploi offert — Perception rigide et indue de la spécialisation — Erreur de droit — La Cour n'agit pas comme tribunal d'appel, mais elle examine la décision de l'agent des visas — Certiorari accordé, la demande devant être réexaminée.*

f *Contrôle judiciaire — Brefs de prerogative — Certiorari annulant la décision de l'agent des visas et le refus du ministre d'accorder un visa et permis de travail, et mandamus ordonnant le réexamen de la demande conformément à la loi — Le fait que l'agent des visas s'est appuyé sur le Guide de l'immigration constitue une erreur de droit dans la mesure où il a interprété la loi d'une manière erronée — L'agent des visas a limité à tort son pouvoir discrétionnaire — L'agent est tenu d'examiner les qualités et l'expérience du requérant relativement à «l'emploi pour lequel un permis de travail a été sollicité».*

h *Il s'agit d'une demande présentée en vertu de l'article 18 en vue de l'obtention d'un certiorari annulant la décision qu'un agent des visas a rendue à New Delhi et le refus du ministre d'accorder un visa et permis de travail à la cousine du requérant; ce dernier demande également la délivrance d'un mandamus afin de faire réexaminer la demande de visa conformément à la loi. Le requérant et sa femme exploitent avec succès un supermarché et une station-service à Peterborough (Ontario). Leur ménage comprend un enfant et les parents de la femme, qui sont des gens âgés dont l'état de santé est précaire et qui parlent uniquement le Konkani. Le requérant a publié sans succès une offre d'emploi pour une employée de maison dans un journal de Toronto; il a donc offert à sa cousine, M^{me} Quadros, qui est citoyenne de l'Inde, de travailler comme employée de maison résidante en vertu du Programme concernant les employés de maison étrangers (le PEME). Malgré la validation*

unsuccessful attempts, the applicant consulted a lawyer who wrote to the Minister, seeking a Minister's permit and to the Canadian High Commission in New Delhi, seeking reconsideration of its refusal to grant an employment authorization. Both requests were denied.

The applicant submitted that the visa officer erred in law in assessing Ms. Quadros' application to enter Canada as a temporary worker by imposing standards of assessment not required by the Immigration Regulations and that he improperly fettered his discretion by relying upon the guidelines contained in the Immigration Manual, to the exclusion of other relevant considerations. It was also argued that the visa officer failed in his duty of fairness towards Ms. Quadros. The reasons for refusing her application were that she did not meet the criteria for selection, that she did not have relevant experience because her profession was teacher rather than housekeeper or child care worker and that the employment offer was not *bona fide*, but was rather a means of allowing her to obtain a visa, despite CEC validation of the employment offer.

Held, the application should be allowed.

The visa officer assessing Ms. Quadros' application had the obligation to consider the employment offer as one outlined by the employer and with reference to the unique circumstances set out by the CEC officer at Peterborough. Paragraph 20(3)(b) of the Immigration Regulations requires the visa officer to consider "the qualifications and experience of the applicant for the employment for which the employment authorization is sought". The visa officer took into consideration various factors that had nothing to do with assessing Ms. Quadros' qualifications for the position offered: the fact that the applicant sought to employ a particular person for some two and a half years; the fact that she did not know the ages of the elderly couple or whether they had any special care needs; the belief that her application was motivated by a desire to settle in Canada to obtain greater opportunities for her daughter and the fact that she had no idea what she might do in Canada three or four years from now if she were no longer required by the employer. All those matters were irrelevant in deciding whether her employment in Canada would adversely affect employment opportunities for Canadian citizens or permanent residents of Canada.

Rather than recognizing that the qualifications possessed by the applicant, Ms. Quadros, had to be assessed in view of the requirements of the employment offer, the visa officer had been guided strictly by the requirements in the Immigration Manual relating to the FDM criteria. Although a teacher is not a child care worker, to the extent that the skills required of a teacher are similar to those required of a child care worker, some credit must be given for "experience" with these skills. Reliance, by the visa officer, upon the Manual constitutes an error of law in so far as it misinterprets the law. A visa officer may issue an employment authorization when he is satisfied, *inter alia*, that the applicant is qualified for the employment offered. The visa officer here did improperly fetter his discretion and his conclu-

de l'offre d'emploi par le Centre d'emploi du Canada de Peterborough, un agent des visas à Madras, en Inde, a rejeté la demande de M^{me} Quadros pour le motif qu'elle ne satisfaisait pas aux critères du PEME. Après trois tentatives infructueuses, le requérant a consulté un avocat qui a écrit au ministre pour lui demander un permis, ainsi qu'au Haut-Commissariat canadien à New Delhi pour demander le réexamen du refus d'accorder un permis de travail. Les deux demandes ont été refusées.

Le requérant soutient que l'agent des visas a commis une erreur de droit en examinant la demande que M^{me} Quadros avait présentée en vue d'entrer au Canada à titre de travailleuse temporaire selon des normes d'évaluation non imposées par le Règlement sur l'immigration et qu'il a limité à tort son pouvoir discrétionnaire en s'appuyant sur les lignes directrices contenues dans le Guide de l'immigration, sans tenir compte d'autres considérations pertinentes. Il est également soutenu que l'agent des visas a manqué à son obligation d'agir avec équité envers M^{me} Quadros. Les motifs à l'appui du rejet de la demande sont que cette dernière ne satisfaisait pas aux critères de sélection, qu'elle n'avait pas d'expérience pertinente parce qu'elle était enseignante plutôt que bonne à tout faire ou gardienne d'enfants et que l'offre d'emploi n'avait pas été faite en toute bonne foi, mais qu'il s'agissait plutôt d'un moyen de lui permettre d'obtenir un visa, même si l'offre d'emploi avait été validée par le CEC.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

L'agent des visas qui a examiné la demande de M^{me} Quadros était obligé de tenir compte de l'offre d'emploi décrite par l'employeur et des circonstances uniques en leur genre énoncées par l'agent du CEC de Peterborough. L'alinéa 20(3)(b) du Règlement sur l'immigration oblige l'agent à examiner les «qualités et l'expérience du requérant relativement à l'emploi pour lequel un permis de travail a été sollicité». L'agent des visas a tenu compte de divers facteurs qui n'avaient rien à voir avec l'examen des qualités de M^{me} Quadros en ce qui concerne le poste offert: le fait que le requérant a demandé à employer une personne particulière pendant environ deux ans et demi; le fait que M^{me} Quadros ne connaissait pas l'âge du couple âgé ou qu'elle ne savait pas s'ils avaient besoin de soins particuliers; le fait, qu'à son avis, la demande était motivée par le désir de s'établir au Canada pour que sa fille ait un avenir plus prometteur et le fait qu'elle n'avait pas la moindre idée de ce qu'elle ferait au Canada dans trois ou quatre ans, si l'employeur n'avait plus besoin de ses services. Toutes ces questions n'ont aucun rapport avec la question de savoir si l'emploi de M^{me} Quadros au Canada nuirait aux possibilités d'emploi des citoyens canadiens ou des résidents permanents au Canada.

Au lieu de reconnaître que les qualités que possédait M^{me} Quadros devaient être examinées compte tenu des exigences de l'offre d'emploi, l'agent des visas s'est strictement fondé sur les exigences du Guide de l'immigration concernant les critères du PEME. Une enseignante n'est pas une gardienne d'enfants, mais dans la mesure où les compétences requises d'une enseignante sont semblables à celles que doit posséder une gardienne d'enfants, il faut accorder quelque crédit à l'«expérience» dans ce domaine. Le fait que l'agent des visas s'est appuyé sur le Guide constitue une erreur de droit dans la mesure où celui-ci a interprété la loi d'une manière erronée. L'agent des visas peut accorder un permis de travail lorsqu'il est convaincu, entre autres, que le requérant est qualifié pour

sion that Ms. Quadros did not possess any significant experience related to the qualifications and experience required under paragraph 20(3)(b) of the Regulations was patently unreasonable. An unreasonable exercise of a tribunal's discretion constitutes jurisdictional error: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. The other factors referred to in relation to the consideration of the *bona fides* of the employment offered were irrelevant to the decision of the visa officer and to have considered them was an error of law.

The Court herein is not acting as an appellate tribunal, but simply reviewing the decision made by the visa officer; it has no authority to substitute its decision for that of the visa officer. Accordingly, the visa officer's decision should be quashed and the application reconsidered in accordance with the Act and Regulations.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 8(1), 9(3), 114(1)(a),(j) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 29).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 18(1) (as am. by SOR/89-80, s. 1), s. 20 (as am. by SOR/80-21, s. 7; SOR/84-849, s. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Slaight Communications Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.

APPLIED:

Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm. L.R. (2d) 222 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Fung v. Minister of Employment and Immigration (1989), 27 F.T.R. 182 (F.C.T.D.); *Wang (L.) v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 23 F.T.R. 257; 7 Imm. L.R. (2d) 130 (F.C.T.D.); *Yu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, T-1550-90, F.C.T.D., MacKay J., judgment dated 10/8/90, not reported.

AUTHORS CITED

Canada. *Canadian Classification and Dictionary of Occupations*. Ottawa: Department of Employment and Immigration, 1971-1977.

l'emploi offert. En l'espèce, l'agent des visas a limité à tort son pouvoir discrétionnaire et la conclusion qu'il a tirée, à savoir que M^{me} Quadros n'avait pas vraiment d'expérience se rapportant aux qualités et à l'expérience requises en vertu de l'alinéa 20(3)(b) du Règlement, était manifestement déraisonnable.
 a L'exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire conféré à un tribunal constitue une erreur de compétence: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Les autres facteurs mentionnés lorsqu'il s'agit de savoir si l'offre d'emploi a été faite en toute bonne foi ne sont pas pertinents en ce qui concerne la décision de l'agent des visas et le fait d'en avoir tenu compte constitue une erreur de droit.
 b

En l'espèce, la Cour n'agit pas comme tribunal d'appel, mais examine simplement la décision que l'agent des visas a rendue; elle n'est pas autorisée à substituer sa décision à celle de l'agent des visas. Par conséquent, la décision de ce dernier devrait être annulée et la demande devrait être réexaminée conformément à la Loi et au Règlement.
 c

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 8(1), 9(3), 114(1)(a),(j) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 29).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 18(1) (mod. par DORS/89-80, art. 1), art. 20 (mod. par DORS/80-21, art. 7; DORS/84-849, art. 2).
 d
 e

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.

DÉCISION APPLIQUÉE:

Hajariwala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 2 C.F. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm. L.R. (2d) 222 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Fung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1989), 27 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.); *Wang (L.) c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 23 F.T.R. 257; 7 Imm. L.R. (2d) 130 (C.F. 1^{re} inst.); *Yu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, T-1550-90, C.F. 1^{re} inst., juge MacKay, jugement en date du 10-8-90, non publié.
 f
 g
 h
 i

DOCTRINE

Canada. *Classification canadienne descriptive des professions*. Ottawa: ministère de l'Emploi et de l'Immigration, 1971-1977.
 j

COUNSEL:

Barbara L. Jackman for applicant.
Claire A. Le Riche for respondents.

SOLICITORS:

Jackman, Silcoff, Zambelli, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

MACKAY J.: This is an application under section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, seeking an order of *certiorari* to quash a decision by a visa officer at the Canadian High Commission in New Delhi, said to be made June 12 and December 18, both in 1989, and the decision of the Minister of Employment and Immigration of December 14, 1989, refusing to issue a visa with an employment authorization to Ms. Renny Quadros. Had the visa been issued Ms. Quadros would have been enabled to come to Canada to accept employment offered by the applicant herein, Joachim Pinto, which employment had been approved by authorization of an employment officer of the Canada Employment Centre (CEC) at Peterborough, Ontario. The applicant also seeks *mandamus* to order that the application be reassessed according to law.

It is clear from exhibits filed with the affidavit of the applicant Pinto that the visa officer's decision giving rise to these proceedings was made in June 1989 and communicated to the CEC at Peterborough by telex sent June 18 or 19 and noted as "In 20 June 89" by staff at that CEC. The other "decisions" referred to in the motion by dates in December, of both the visa officer and the Minister, are not separate decisions, except in so far as they respectively declined to reconsider the June 1989 decision of the visa officer. They do not, in my opinion, constitute separate decisions subject to judicial review for they each consist of descriptive reviews or explanations related to the June 1989, or earlier, decisions of the visa officer. It is sufficient for disposition of this application to consider

AVOCATS:

Barbara L. Jackman pour le requérant.
Claire A. Le Riche pour les intimés.

PROCUREURS:

Jackman, Silcoff, Zambelli, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE MACKAY: Cette requête fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale du Canada*, L.R.C. (1985), chap. F-7, a pour but d'obtenir une ordonnance de *certiorari* pour annuler: 1) la décision d'un agent des visas du Haut-commissariat canadien à New Delhi, qui est censée avoir été rendue le 12 juin et le 18 décembre 1989; et 2) la décision prise le 14 décembre 1989 par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration qui a refusé d'accorder un visa et un permis de travail à M^{me} Renny Quadros. Si le visa lui avait été accordé, M^{me} Quadros aurait pu venir travailler au Canada et accepter l'emploi que lui offrait le requérant en l'espèce, Joachim Pinto, qui avait été autorisé par un agent d'emploi du Centre d'emploi du Canada (CEC) à Peterborough (Ontario). Le requérant demande également une ordonnance de *mandamus* afin que l'on réétudie la demande conformément à la loi.

Les pièces déposées en même temps que l'affidavit du requérant Pinto indiquent nettement que la décision de l'agent des visas qui a donné lieu à la présente instance a été prise au mois de juin 1989 et communiquée au CEC de Peterborough par un télex envoyé le 18 ou le 19 juin et sur lequel le personnel de ce centre a apposé la mention [TRADUCTION] «reçu le 20 juin 89». Les autres «décisions» du ministre et de l'agent des visas indiquées dans la requête par des dates du mois de décembre ne constituent pas des décisions distinctes, sauf en ce qui touche le refus de chacune d'elles de réexaminer la décision prise en juin 1989 par l'agent des visas. À mon avis, elles ne constituent pas des décisions distinctes révisables par voie judiciaire, car elles ne constituent toutes deux que des révi-

only the decision of June 1989 as of concern for the relief sought.

Background

Ms. Renny Quadros, a citizen of India and the cousin of the applicant Pinto, had been offered employment as a live-in domestic worker by the applicant, who sought to arrange her admission to Canada on a temporary basis under the "FDM Program" for admission of foreign domestic workers, arranged under the responsibilities of the respondent Minister of Employment and Immigration. In his affidavit, sworn February 8, 1990, Pinto outlines a series of events leading to this application to the court.

The applicant owns and operates, with much assistance from his wife, a supermarket and gas station in Peterborough. The businesses are successful, employing more than 30 staff, and they require substantial commitment of time and effort by both the applicant and his wife. Their household includes three others, their eleven-year-old daughter, and the wife's parents who are elderly, with medical conditions requiring care and attention, and who speak only Konkani, their mother tongue.

In light of their business and domestic responsibilities, the applicant and his wife decided in 1986 that they would seek domestic help. They travelled to India in the fall of that year and following that visit they decided to offer employment to Ms. Quadros, after seeing her at a large family gathering. The evidence, particularly Pinto's affidavit, a letter he wrote to the visa officer in November 1987, and subsequent correspondence of Pinto's, are contradictory as to whether Ms. Quadros met with or was interviewed by Pinto or any of his family during their trip to India. After later denial by Ms. Quadros that they had then met, Pinto confirmed that she was correct, though he and his wife had "observed her" at a family gathering. Surprisingly his representations, one of which was clearly wrong, were apparently taken later by the visa officer in New Delhi as a basis for questioning Ms. Quadros' credibility. Upon return-

sions descriptives et des explications des décisions prises en juin 1989 ou avant par l'agent des visas. Pour juger la présente requête, il suffit d'étudier seulement la décision de juin 1989 pour les fins du redressement demandé.

Le contexte

M^{me} Renny Quadros, une citoyenne de l'Inde et une cousine du requérant Pinto, s'est fait offrir un emploi à titre d'employée de maison résidante par le requérant, qui a tenté d'arranger son admission au Canada sur une base temporaire dans le cadre du «Programme concernant les employés de maison étrangers» qui est administré sous la responsabilité de l'intimé, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration. Dans son affidavit fait sous serment le 8 février 1990, M. Pinto expose une suite de faits qui sont à l'origine de la présente requête soumise à la Cour.

Le requérant possède et exploite, avec une participation considérable de sa femme, un supermarché et un poste d'essence à Peterborough. Ces entreprises réussissent bien, emploient plus de 30 personnes et absorbent une grande part du temps et des efforts du requérant et de sa femme. Leur ménage comprend trois autres personnes, c'est-à-dire leur fille de onze ans et les parents de sa femme. Ceux-ci sont des gens âgés dont l'état de santé nécessite des soins particuliers, et ils ne parlent que leur langue maternelle, le Konkani.

À cause de leur entreprise et de leurs responsabilités familiales, le requérant et sa femme ont décidé en 1986 qu'ils avaient besoin d'une employée de maison. Ils se sont rendus en Inde à l'automne de cette année-là et, à la suite de cette visite, ils ont décidé d'offrir un emploi à M^{me} Quadros qu'ils avaient vue lors d'une grande réunion de famille. La preuve, et notamment l'affidavit de M. Pinto, une lettre qu'il a écrite à l'agent des visas en novembre 1987 et la correspondance ultérieure de M. Pinto, sont contradictoires en ce qui concerne une rencontre ou bien une entrevue entre M^{me} Quadros et M. Pinto ou un autre membre de sa famille durant leur voyage en Inde. Après que M^{me} Quadros eut ultérieurement nié qu'ils se soient alors rencontrés, M. Pinto a confirmé que ce qu'elle avait dit était exact, quoique lui-même et sa femme «l'aient observée» lors d'une réunion de famille. Aussi surprenant que cela

ing to Canada, and after advertising unsuccessfully in a Toronto newspaper for domestic help, the applicant secured a validation of employment offer from the Canada Employment Centre in Peterborough to offer employment to Ms. Quadros as a live-in domestic worker.

The validation authorized employment for twelve months, and it was forwarded to the Canadian High Commission in New Delhi. A visa officer interviewed Ms. Quadros on May 21, 1987 in Madras, India. Her application was refused. By telex dated 28 May 87 the decision was communicated to CEC Peterborough, as follows:

SUBJ INTERVIEWED 21MAY87 IN MADRAS FOR EMPLOY AUTH UNDER FDM AND REFUSED. SUBJ HAS NO/NO INDEPENDENT WORK EXPERIENCE AS A DOMESTIC, AND HAS NEVER/NEVER WORKED OUTSIDE HER OWN HOME. SUBJ HAS NO/NO TEACHING EXPERIENCE. SHE HAS LITTLE KNOWLEDGE OF HER EMPLOYMENT OR WORKING CONDITIONS IN CANADA. SUBJ REFUSED AS NOT/NOT MEETING FDM CRITERIA.

At Pinto's request a CEC officer in Peterborough sought clarification of the reasons for refusal, indicating Ms. Quadros was a qualified teacher, currently engaged in teaching, who had run her own household for 20 years, and asking what might be done to reassess her application. The High Commission in New Delhi responded, expanding reasons given in its first telex but concluding there was no ground warranting favourable reconsideration.

The applicant persisted in his efforts to employ Ms. Quadros. In September 1987 he wrote to the "Canadian Embassy" in New Delhi outlining his continuing interest in employing her and her anticipated duties, and explaining that her earlier response about her teaching qualifications and experience had been the result of fear on her part that if her government employers learned of her interest in other employment she might lose her

puisse être, ses affirmations, dont l'une était nettement inexacte, semblent avoir été utilisées ultérieurement par l'agent des visas de New Delhi pour remettre en question la crédibilité de M^{me} Quadros. Après son retour au Canada et après avoir publié sans succès dans un journal de Toronto son offre d'emploi pour une employée de maison, le requérant a fait valider par le Centre d'emploi du Canada de Peterborough une offre d'emploi à titre d'employée de maison résidente à l'intention de M^{me} Quadros.

La validation autorisait l'emploi pour une période de douze mois, et elle a été envoyée au Haut-commissariat canadien à New Delhi. Un agent des visas a interrogé M^{me} Quadros le 21 mai 1987 à Madras, en Inde. Sa demande a été refusée. La décision a été communiquée au Centre d'emploi du Canada de Peterborough en ces termes, par un télex daté du 28 mai 1987:

[TRADUCTION] SUJET INTERROGÉ LE 21 MAI 1987 À MADRAS POUR UN EMPLOI AUTORISÉ EN VERTU DU PROGRAMME CONCERNANT LES EMPLOYÉS DE MAISON ÉTRANGERS. DEMANDE REFUSÉE. LE SUJET N'A PAS/PAS D'EXPÉRIENCE DE TRAVAIL INDÉPENDANT À TITRE D'EMPLOYÉE DE MAISON ET N'A JAMAIS/JAMAIS TRAVAILLÉ À L'EXTÉRIEUR DE SON FOYER. LE SUJET N'A PAS/PAS D'EXPÉRIENCE D'ENSEIGNEMENT. ELLE NE CONNAÎT GUÈRE SES CONDITIONS D'EMPLOI OU DE TRAVAIL AU CANADA. LE SUJET EST REFUSÉ PARCE QUE NE RÉPOND PAS/PAS AUX CRITÈRES DU PROGRAMME CONCERNANT LES EMPLOYÉS DE MAISON ÉTRANGERS.

À la demande de M. Pinto, l'agent du CEC de Peterborough a demandé des éclaircissements sur les motifs du refus, indiquant que M^{me} Quadros était une enseignante qualifiée, qu'elle était actuellement employée dans ce domaine et qu'elle avait dirigé son propre ménage pendant 20 ans, et demandant ce qu'il fallait faire pour réétudier sa demande. Dans sa réponse, le Haut-commissariat canadien à New Delhi a précisé les motifs mentionnés dans son premier télex et a conclu qu'il n'y avait pas de motif pour justifier un réexamen favorable.

Le requérant a poursuivi ses efforts en vue d'employer M^{me} Quadros. En septembre 1987, il a écrit à l'«Ambassade canadienne» de New Delhi une lettre qui indiquait qu'il avait toujours l'intention de lui offrir un emploi, qui décrivait les fonctions qu'il entendait lui confier et qui expliquait que la réponse qu'elle avait donnée antérieurement à propos de ses qualifications et de son expérience d'enseignante découlait de sa crainte de perdre son

current job, and her livelihood if the prospective job with Pinto did not materialize. He enclosed a letter from the family physician of the elderly couple which expressed support for employment in the home of a person from India who could speak Konkani and provide many hours of home care each day.

At about the same time, the applicant obtained from CEC Peterborough a second authorization validating his offer of employment to Ms. Quadros, again for a period of 12 months as a temporary worker, a live-in housekeeper. Officials in the Immigration Section in New Delhi sought to discourage her from seeking a second interview but one was arranged at her request after a further letter addressed to the High Commission in New Delhi by the applicant Pinto. Following that interview Ms. Quadros' application was again refused and she was advised by letter that she did not meet the requirements of the Canadian *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] and regulations. That decision was explained in a telex of March 2, 1988 to CEC Peterborough, as follows:

(QUADROS) RENNY DOB 28AUG47

INTERVIEWED SUBJ 22FEB IN BMBAY. SUBJ NOW PROVIDED EVIDENCE THAT SHE HAS BEEN A PUBLIC SCHOOL TEACHER FOR THE PAST 16 YRS. STATES SHE DID NOT/NOT TELL US THIS THE FIRST TIME OWING TO FEAR OF LOSING POSITION. SHE IS A WIDOW WITH A 17 YR OLD DTR LIVING IN SAME HOUSEHOLD WITH BROTHER, SISTER AND MOTHER. SHE IS A COUSIN OF ER. SHE HAS HAD NO/NO OUTSIDE EXPERIENCE AS A DOMESTIC, NANNY OR SENIOR CITIZENS CARE WORKERS. SHE DID NOT/NOT KNOW THE AGES OF ERS IN-LAWS OR IF THEY HAVE ANY SPECIAL CARE NEEDS. SHE CLEARLY DENIED MTG THEM IN INDIA SAYING SHE ONLY SAW THEM IN 1971 AT ERS WEDDING. THIS IS IN CONTRADICTION OF ERS ASSERTION THAT THE IN-LAWS INTERVIEWED HER IN OCT86. WHEN ASKED WHAT SHE MIGHT DO IN CDA THREE OR FOUR YRS FROM NOW IF NO/NO LONGER REQUIRED BY ER, SHE HAD NO/NO IDEA WHAT SHE WOULD DO. SUBJ LACKS RELEVANT EXPERIENCE IN EITHER CHILD OR ELDERLY PERSONS CARE. WITHIN HER OWN HOUSEHOLD, SISTER AND MOTHER HAVE MAINTAINED HOME DURING THE DAY WHILE SHE CARRIED ON HER TEACHING CAREER. BELIEVE APPLN MOTIVATED BY EVENTUAL DESIRE TO SETTLE HERSELF AND DTR IN CDA FOR GREATER OPPORTUNITIES FOR THE LATER WHOM SHE REITERATED DURING THE INTERVIEW IS)A-VERY HLLIANT STUDENT. SUBJ FAILS CURRENT CRITERIA AS SET OUT IN IS 15.61(3). AS SHE FAILED TO DEMONSTRATE MOTIVATION, RESOURCEFULNESS OR INITIATIVE ABOUT ANY FUTURE ABIL-

emploi actuel si ses employeurs au gouvernement apprenaient son intérêt pour un nouvel emploi, et de sa crainte de perdre son gagne-pain si l'offre d'emploi de M. Pinto n'avait pas de suites. Il y a joint une lettre signée par le médecin de famille du couple âgé, qui se prononçait en faveur de l'emploi au foyer d'une personne originaire de l'Inde qui pourrait parler en Konkani et qui pourrait donner chaque jour de nombreuses heures de soins à la maison.

À peu près en même temps, le requérant a obtenu du CEC de Peterborough une deuxième autorisation qui validait son offre d'emploi à M^{me} Quadros pour une nouvelle période de 12 mois à titre d'employée de maison résidante temporaire. Les agents de la Section de l'immigration à New Delhi ont tenté de la dissuader de demander une deuxième entrevue, mais ils lui en ont accordé une à sa demande après que le requérant Pinto eut adressé une nouvelle lettre au Haut-commissariat canadien à New Delhi. Après cette entrevue, la demande de M^{me} Quadros a été de nouveau refusée et elle a été informée par une lettre qu'elle ne répondait pas aux critères prévus dans la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2] canadienne et le Règlement connexe. Cette décision a été expliquée au CEC de Peterborough comme suit, dans un télex daté du 2 mars 1988:

f [TRADUCTION] (QUADROS) RENNY NÉE LE 28 AOÛT 1947.

ENTREVUE AVEC LE SUJET LE 22 FÉVRIER À BOMBAY. LE SUJET A MAINTENANT FOURNI LA PREUVE QU'ELLE A ENSEIGNÉ DANS UNE ÉCOLE PUBLIQUE DURANT LES SEIZE DERNIÈRES ANNÉES. ELLE A DÉCLARÉ QU'ELLE NE NOUS AVAIT PAS/PAS DÉCLARÉ CE FAIT DURANT LA PREMIÈRE ENTREVUE PARCE QU'ELLE CRAIGNAIT DE PERDRE SON POSTE. ELLE EST VEUVE ET VIT AVEC SA FILLE DE 17 ANS DANS LE MÊME FOYER QUE SON FRÈRE, SA SOEUR ET SA MÈRE. ELLE EST LA COUSINE DU RÉPONDANT. ELLE N'A PAS/PAS D'EXPÉRIENCE INDÉPENDANTE À TITRE DE DOMESTIQUE, DE BONNE D'ENFANTS OU DE PRÉPOSÉE AUX SOINS DE PERSONNES ÂGÉES. ELLE NE SAIT PAS L'ÂGE DES BEAUX-PARENTS DU RÉPONDANT NI SI ILS ONT BESOIN DE SOINS PARTICULIERS. ELLE A NETTEMENT NIÉ LES AVOIR JAMAIS RENCONTRÉS EN INDE ET AFFIRME NE LES AVOIR VUS QU'EN 1971 AU MARIAGE DU RÉPONDANT. CECI CONTREDIT L'AFFIRMATION DU RÉPONDANT QUE LES BEAUX-PARENTS L'ONT INTERROGÉE EN OCTOBRE 1986. LORSQU'ON LUI A DEMANDÉ CE QU'ELLE FERAIT AU CANADA DANS TROIS OU QUATRE ANS SI LE RÉPONDANT N'AVAIT PLUS/PLUS BESOIN DE SES SERVICES, ELLE NE SAVAIT PAS CE QU'ELLE FERAIT. LA REQUÉRANTE MANQUE D'EXPÉRIENCE PERTINENTE EN MATIÈRE DE SOINS AUX ENFANTS OU AUX PERSONNES ÂGÉES. DANS SON PROPRE FOYER, SA SOEUR ET SA MÈRE SE SONT OCCUPÉES DES TRAVAUX DOMESTIQUES DURANT LA JOURNÉE PENDANT QU'ELLE EXERÇAIT SA PROFESSION D'ENSEIGNANTE. IL

ITY TO SETTLE SUCCESSFULLY IN CDA, SHE ALSO DOES NOT/
NOT MEET EARLIER FDM CRITERIA. THIS DECISION IS FINAL.

The applicant persisted. He contacted his Member of Parliament, who wrote a letter on his behalf to the Minister of State for Immigration. A copy of the response of the Minister of Employment and Immigration to that Member, filed with applicant's affidavit, includes the following paragraphs:

Visa officials in New Delhi advise me that they interviewed Mrs. Quadros on February 22, 1988, and that she did provide evidence that she has been a teacher for the past sixteen years. She did not tell visa officials of this experience the first time because she was fearful of losing her position. Notwithstanding this experience, Mrs. Quadros has no outside experience as a domestic, a nanny or a senior citizen care worker. She did not know the ages of Mr. Pinto's parents-in-law nor if they had any special care needs. When asked about meeting these people, she clearly denied meeting them in October 1986, although your constituents state that she was interviewed by the parents-in-law at that time. The only time Mrs. Quadros met them was at your constituents' wedding in 1971.

According to visa officials, Mrs. Quadros is a widow with a seventeen-year-old daughter. When questioned about her future plans in Canada, if your constituents no longer needed her, she could not demonstrate any motivation, resourcefulness or initiative nor any future ability to settle successfully in Canada. For these reasons, coupled with the fact that Mrs. Quadros failed to meet the criteria of the Foreign Domestic Movement program at an earlier interview, I find that I must concur with the visa officials' decision to refuse Mrs. Quadros' application.

Thereafter, Pinto obtained a third validation of employment offer. This validation was forwarded to the Canadian High Commission in New Delhi. The Canada Employment Centre officer also sent a covering letter, stating, in part, that the employer has a "unique circumstance in relation to the need for a foreign domestic worker". He then itemized the nature of the "unique circumstance", essentially that Ms. Quadros was known and trusted by the wife's parents and spoke their language; she had qualifications as a teacher enabling her to

SEMBLE QUE LA REQUÉRANTE SOIT MOTIVÉE PAR UN DÉSIR DE S'ÉTABLIR ÉVENTUELLEMENT AU CANADA AVEC SA FILLE AFIN DE PROCURER UN AVENIR PLUS PROMETTEUR À CETTE DERNIÈRE QUI, A-T-ELLE DIT À PLUSIEURS REPRISES DURANT L'ENTREVUE, SERAIT UNE ÉLÈVE TRÈS BRILLANTE. LA REQUÉRANTE NE RÉPOND PAS AUX CRITÈRES ACTUELS DU PARAGRAPHE 15.61(3). COMME ELLE N'A PAS PU DÉMONTRER LA MOTIVATION, LES RESSOURCES OU L'INITIATIVE NÉCESSAIRES À SON ÉVENTUELLE INSERTION DANS LA SOCIÉTÉ CANADIENNE, ELLE NE RÉPOND PAS/PAS NON PLUS AUX CRITÈRES ANTÉRIEURS DU PROGRAMME CONCERNANT LES EMPLOYÉS DE MAISON ÉTRANGERS. CETTE DÉCISION EST SANS APPEL.

Le requérant a persisté. Il a pris contact avec son député fédéral, qui est intervenu pour lui en écrivant une lettre au ministre d'État à l'Immigration. Une copie de la réponse du ministre de l'Emploi et de l'Immigration au député a été déposée en même temps que l'affidavit du requérant; elle comprend les paragraphes suivants:

[TRADUCTION] Les agents des visas à New Delhi m'informent qu'ils ont interrogé M^{me} Quadros le 22 février 1988 et qu'elle a fourni la preuve qu'elle a été enseignante durant les seize dernières années. Elle n'a pas déclaré cette expérience aux agents des visas lors de sa première entrevue parce qu'elle craignait de perdre son poste. En dépit de cette expérience, M^{me} Quadros n'a aucune expérience indépendante à titre de domestique, de bonne d'enfants ou de préposée aux personnes âgées. Elle ne savait pas quel était l'âge des beaux-parents de M. Pinto et ne savait pas non plus s'ils avaient besoin de soins particuliers. Lorsqu'on lui a demandé si elle avait rencontré ces personnes, elle a nettement nié les avoir rencontrés en octobre 1986, même si vos commettants déclarent que les beaux-parents l'ont interrogée à ce moment-là. La seule fois que M^{me} Quadros a rencontré vos commettants, c'est à leur mariage en 1971.

Selon les agents des visas, M^{me} Quadros est une veuve qui a une fille de dix-sept ans. Lorsqu'ils l'ont questionnée sur ses plans à propos d'un éventuel établissement au Canada si vos commettants n'avaient plus besoin de ses services, elle n'a pu démontrer aucune motivation, aucunes ressources, aucune initiative ni aucune capacité éventuelle d'insertion dans la société canadienne. Pour ces motifs et à cause du fait qu'elle n'a pas répondu non plus aux critères du «Programme concernant les employés de maison étrangers» lors d'une entrevue antérieure, je me vois obligé de souscrire à la décision des agents des visas et de refuser la requête de M^{me} Quadros.

Après cela, M. Pinto a obtenu une troisième validation d'une offre d'emploi. Cette validation a été envoyée au Haut-commissariat canadien à New Delhi. L'agent du CEC a aussi envoyé une lettre d'accompagnement indiquant, entre autres, que l'employeur se trouvait dans [TRADUCTION] «des circonstances particulières relativement à son besoin d'un employé de maison étranger». Il énumérait ensuite les facteurs qui constituent ces «circonstances particulières», essentiellement le fait que M^{me} Quadros était connue des parents de sa

assist the daughter with homework and to enforce the customs of her Indian heritage; and she was trusted by the family, an important factor with money from the businesses kept in the home from time to time. Ms. Quadros was again interviewed, and her application was again refused. This time a telex to CEC Peterborough, sent June 18 or 19, 1989, set out the reasons for the decision, as follows:

SUBJ IS 1102 APP AS FDM DESTINED TO ER (PINTO) JOACHIM. THIS IS THIRD TIME SINCE DEC86 SUBJ HAS BEEN ASSESSED AS FDM. EACH TIME SHE HAS BEEN REFUSED. REASONS FOR REFUSAL CLEARLY OUTLINED IN OURTEL TO YOU NBR WBIM7908 OF 02MAR88. NOTHING HAS CHANGED THIS END OTHER THAN SUBJ HAS COMPLETED ONE MONTH COURSE IN BEAUTY, HEALTH AND COOKING. ER HAS BEEN TRYING TO HAVE SUBJ FOR OVER 2½ YEARS. IF NEED FOR DOMESTIC AS CRITICAL AS THEY WISH US TO BELIEVE DIFFICULT TO UNDERSTAND WHY THEY PERSIST IN SPONSORING SUBJ RATHER THAN SOMEONE QUALIFIED AS DOMESTIC/HISTORY IN APP OF MISINFORMATION PROVIDED BY BOTH ER AND SUBJ. BELIEVE AS STATED IN EARLIER TEL OFFER OF DOMESTIC POSITION SIMPLY INTENDED TO FACILITATE ENTRY OF SUBJ AND CHILD TO CDA. DO NOT/NOT BELIEVE APP MEETS FDM REQUIREMENTS-NO/NO FULL TIME DOMESTIC EXPERIENCE, LIMITED QUALI IN ENGLISH. HAVE ONCE AGAIN REFUSED.

The applicant then obtained legal counsel. His solicitor wrote to the Minister of Employment and Immigration, seeking a minister's permit, and wrote to the Canadian High Commission in New Delhi, seeking a reconsideration of its refusal to grant an employment authorization. As noted earlier, neither request was granted; by letters from both in December 1989 the refusal to grant a visa was merely reviewed.

The Law and Policy Applicable

The law applicable in this matter is found in the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 and the *Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172, as

femme, qu'elle jouissait de leur confiance et parlait leur langue; qu'elle possédait les qualifications d'enseignante qui lui permettraient d'aider la fillette à faire ses devoirs à la maison et à mettre en pratique les coutumes de leur héritage culturel de l'Inde; et qu'elle jouissait de la confiance de la famille, ce qui était un facteur important à cause des fonds des entreprises qui étaient gardés occasionnellement à la maison. M^{me} Quadros fut interrogée de nouveau, et sa requête fut refusée encore une fois. Cette fois, un télex envoyé au CEC de Peterborough le 18 ou le 19 juin 1989 énonçait comme suit les motifs de la décision:

[TRADUCTION] OBJET: REQUÊTE 1102 RELATIVEMENT AU «PROGRAMME CONCERNANT LES EMPLOYÉS DE MAISON ÉTRANGERS» AU BÉNÉFICE DU REQUÉRANT (PINTO) JOACHIM. C'EST LA TROISIÈME FOIS DEPUIS DÉCEMBRE 1986 QUE LE SUJET EST ÉVALUÉ AUX FINS DU PROGRAMME. CHAQUE FOIS, ELLE A ÉTÉ REFUSÉE. LES MOTIFS DU REFUS ONT ÉTÉ PRÉCISÉMENT INDIQUÉS DANS NOTRE TÉLEX NO WBIM7908 DU 2 MARS 1988. EN CE QUI NOUS CONCERNE, RIEN N'EST CHANGÉ SAUF QUE LA REQUÉRANTE A TERMINÉ UN COURS D'UN MOIS EN BEAUTÉ, SANTÉ ET CUISINE. LE REQUÉRANT TENTE D'OBTENIR L'ENTRÉE DE LA REQUÉRANTE DEPUIS PLUS DE 2 ANS ET ½. SI BESOIN D'UN EMPLOYÉ DE MAISON EST AUSSI CRITIQUE QU'ILS VEULENT NOUS FAIRE CROIRE, IL EST DIFFICILE DE COMPRENDRE POURQUOI ILS PERSISTENT À APPUYER LE SUJET PLUTÔT QUE QUELQU'UN QUALIFIÉ À CE TITRE/LA DEMANDE CONTIENT RENSEIGNEMENTS INEXACTS FOURNIS PAR LE REQUÉRANT ET LE SUJET. COMME INDIQUÉ DANS NOTRE TÉLEX PRÉCÉDENT, NOUS CROYONS QUE L'OFFRE DE TRAVAIL POUR UN EMPLOYÉ DE MAISON NE SERT QU'À FACILITER L'ENTRÉE DE LA REQUÉRANTE ET DE SON ENFANT AU CANADA. NOUS NE CROYONS PAS/PAS QUE LA REQUÉRANTE RÉPOND AUX EXIGENCES DU PROGRAMME CONCERNANT LES EMPLOYÉS DE MAISON ÉTRANGERS CAR ELLE NE POSSÈDE AUCUNE/AUCUNE EXPÉRIENCE DU TRAVAIL DE MAISON À PLEIN TEMPS, MAÎTRISE MAL L'ANGLAIS. AVONS A NOUVEAU REFUSÉ.

Par la suite, le requérant a retenu les services d'un conseiller juridique. Son avocat a écrit au ministre de l'Emploi et de l'Immigration pour demander un permis de travail, ainsi qu'au Haut-commissariat canadien à New Delhi pour lui demander de réétudier son refus d'accorder un permis de travail. Comme on l'a déjà mentionné, les deux demandes ont été refusées; dans des lettres des deux autorités de décembre 1989, le refus d'accorder un visa a simplement été réétudié.

La loi et la politique pertinentes

Le droit pertinent en la matière se trouve dans la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, et dans le *Règlement sur l'immigration de 1978*,

amended. Relevant provisions of the Act include the following [sections 8(1), 9(3), 114(1)(a), (j) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 29)]:

8. (1) Where a person seeks to come into Canada, the burden of proving that that person has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations rests on that person.

9. . . .

(3) Every person shall answer truthfully all questions put to that person by a visa officer and shall produce such documentation as may be required by the visa officer for the purpose of establishing that his admission would not be contrary to this Act or the regulations.

114. (1) The Governor in Council may make regulations

(a) providing for the establishment and application of selection standards based on such factors as family relationships, education, language, skill, occupational experience and other personal attributes and attainments, together with demographic considerations and labour market conditions in Canada, for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada;

(j) prohibiting persons or classes of persons, other than Canadian citizens and permanent residents, from engaging or continuing in employment in Canada without authorization, prescribing the types of terms and conditions that may be imposed in connection with such authorization and exempting any person or class of persons from the requirement to obtain such an authorization.

The regulations relevant here are subsection 18(1) [as am. by SOR/89-80, s. 1] and section 20 [as am. by SOR/80-21, s. 7; SOR/84-849, s. 2], which provide, in part:

18. (1) Subject to subsections 19(1) to (2.2), no person, other than a Canadian citizen or permanent resident, shall engage or continue in employment in Canada without a valid and subsisting employment authorization.

20. (1) An immigration officer shall not issue an employment authorization to a person if,

(a) in his opinion, employment of the person in Canada will adversely affect employment opportunities for Canadian citizens or permanent residents in Canada; . . .

(3) In order to form an opinion for the purposes of paragraph (1)(a), an immigration officer shall consider

(a) whether the prospective employer has made reasonable efforts to hire or train Canadian citizens or permanent

DORS/78-172, tel que modifié. Les dispositions pertinentes de la Loi comprennent notamment celles-ci [articles 8(1), 9(3), 114(1)a), j) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 29)]:

a 8. (1) Il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver qu'il en a le droit ou que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

b 9. . . .

(3) Toute personne doit répondre franchement aux questions de l'agent des visas et produire toutes les pièces qu'exige celui-ci pour établir que son admission ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

c

114. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) prévoir l'établissement et l'application de normes de sélection, fondées sur des critères tels que la parenté, l'instruction, la langue, la compétence, l'expérience professionnelle et autres qualités et connaissances personnelles et tenant compte des facteurs démographiques et de la situation du marché du travail au Canada, dans le but de déterminer si un immigrant pourra réussir son installation au Canada;

e

j) interdire à certaines personnes ou à certaines catégories de personnes, à l'exception des citoyens canadiens et des résidents permanents, d'occuper un emploi au Canada, sans autorisation, fixer la nature des conditions qui peuvent être imposées à l'égard de l'autorisation et exempter certaines personnes ou catégories de personnes de l'obligation de l'obtenir;

g

Les dispositions pertinentes du Règlement sont le paragraphe 18(1) [mod. par DORS/89-80, art. 1] et l'article 20 [mod. par DORS/80-21, art. 7; DORS/84-849, art. 2], qui prévoient notamment ce qui suit:

h

18. (1) Sous réserve des paragraphes 19(1) à (2.2), il est interdit à quiconque, à l'exception d'un citoyen canadien ou d'un résident permanent, de prendre ou de conserver un emploi au Canada sans un permis de travail en cours de validité.

i

20. (1) L'agent d'immigration ne peut délivrer de permis de travail à une personne

a) s'il est d'avis que l'embauchage de cette personne nuira à celui des citoyens canadiens ou des résidents permanents au Canada; ou

j

(3) Pour être en mesure de se faire une opinion aux fins de l'alinéa (1)a), l'agent d'immigration doit tenir compte des facteurs suivants, à savoir:

a) si l'employeur éventuel a fait des efforts raisonnables pour embaucher ou former des citoyens canadiens ou des résidents

residents for the employment with respect to which an employment authorization is sought;

(b) the qualifications and experience of the applicant for the employment for which the employment authorization is sought; and

(c) whether the wages and working conditions offered are sufficient to attract and retain in employment Canadian citizens or permanent residents.

(4) Where an immigration officer considers the questions set out in paragraphs (3)(a) and (c), he shall take into consideration the opinion of an officer of the office of the National Employment Service serving the area in which the person seeking an employment authorization wishes to engage in employment.

The onus of satisfying the visa officer that she met criteria for admission to Canada was here on Ms. Quadros (subsection 8(1)) and she had an obligation to provide truthful answers and information to questions asked of her in the process (subsection 9(3)). There is no doubt that the Governor in Council acting under paragraphs 114(1)(a) and (j) could have provided by regulation specific arrangements for admission of foreign domestic workers. Yet that was not done. The only regulations directly applicable in this case are the sections noted above and by these Ms. Quadros was required to have a valid employment authorization if she was to work in Canada and she was only entitled to that employment authorization on the conditions set out in section 20 of which the key element here was the assessment of the qualifications and experience of Ms. Quadros "for the employment for which the employment authorization is sought" under paragraph 20(3)(b).

Though there are no regulations dealing specifically with arrangements for admission to Canada of foreign domestic workers, policy guidelines of the respondent Minister of Employment and Immigration, contained in an Immigration Manual, provide for a Foreign Domestic Movement (FDM) Program in considerable detail. Among the provisions relating to the FDM Program, sections 15.26 and 15.61 of the Manual outline the underlying philosophy and arrangements concerning occupations recognized under the Program and selection criteria for applicants. The Program is described as designed for the professional domestic or nanny able to assume management of a household and for care of chil-

permanents afin qu'ils puissent exercer l'emploi pour lequel un permis de travail a été sollicité;

b) si le requérant possède les qualités et l'expérience voulues pour exercer l'emploi pour lequel un permis de travail a été sollicité; et

c) si les conditions de travail et le salaire offerts sont de nature à attirer des citoyens canadiens ou des résidents permanents pour qu'ils exercent et continuent d'exercer l'emploi en question.

(4) L'agent d'immigration doit tenir compte de l'opinion d'un agent du Bureau du service national de placement dont relève le secteur où la personne sollicitant un permis de travail désire exercer un emploi pour ce qui concerne les points visés aux alinéas (3)a) et c).

En l'espèce, il incombait à M^{me} Quadros de prouver à l'agent des visas qu'elle répondait aux critères d'admission au Canada (paragraphe 8(1)), et elle avait l'obligation de donner des réponses et des renseignements véridiques en ce qui concerne les questions qui lui étaient posées durant ce processus (paragraphe 9(3)). Il ne fait aucun doute que le gouverneur en conseil aurait pu, en application des alinéas 114(1)a) et j), édicter des mesures réglementaires particulières en ce qui concerne l'admission des employés de maison étrangers. Toutefois, il ne l'a pas fait. Les seules dispositions réglementaires directement applicables en l'instance sont les articles mentionnés ci-dessus, et ceux-ci obligent M^{me} Quadros à posséder un permis de travail valide pour pouvoir travailler au Canada; en outre, elle n'avait droit à un tel permis de travail qu'aux conditions énoncées à l'article 20, dont la principale portait sur l'évaluation des compétences et de l'expérience de M^{me} Quadros relativement à «l'emploi pour lequel un permis de travail a été sollicité» conformément à l'alinéa 20(3)b).

Même s'il n'existe aucun règlement particulier concernant les mesures relatives à l'admission au Canada des employés de maison étrangers, les directives que le ministère de l'Emploi et de l'Immigration, intimé, a énoncées dans son Guide de l'immigration détaillent de manière très élaborée le «Programme concernant les employés de maison étrangers». Parmi les dispositions relatives à ce programme, les articles 15.26 et 15.61 décrivent les principes fondamentaux et les mesures concernant les emplois reconnus dans le cadre de ce programme, ainsi que les critères de choix des requérants. Le programme est décrit comme étant conçu à l'intention des personnes dont le métier est celui d'employé de maison ou de bonne d'enfants,

dren or the duties specified within designated occupational classifications, and who are expected to be live-in household domestic workers. The designated occupational classifications include those of housekeeper, companion, servant-domestic, baby-sitter, children's nurse, and parent's helper, as defined in the *Canadian Classification and Dictionary of Occupations* (CCDO), a publication of Employment and Immigration Canada which serves as an aid to immigration and employment officers. In order to qualify under the occupational classifications, a prospective immigrant or foreign temporary worker is expected to meet the requirements set out in relation to the relevant classifications. For example, one of the requirements that must be met is "specific vocational preparation". For the occupations here included that preparation varies: anything from a short demonstration up to 30 days for a companion, a baby-sitter and a parent's helper; over 30 days up to 3 months for a servant-domestic; over 3 months up to 6 months for a children's nurse; and over 6 months up to a year for a housekeeper.

The Foreign Domestic Worker Program guidelines establish criteria for assessment in subsection 15.61(3), which provides:

a) The applicant must show evidence of either formal training in the domestic and/or child care field or sufficient experience (minimum of one year satisfactorily-rated, full-time paid employment as a domestic to compensate for a lack of formal training). Training or experience must have occurred within the preceding five-year period.

b) For clarity, formal training means successful completion of a recognized program of study at a state or private institution in the occupation to be followed under the FDM. Successful completion is demonstrated by the applicant having been awarded a diploma, certificate or its equivalent.

c) The level of education should be sufficient to enable the applicant to successfully perform the duties in the job offer. For example, a housekeeper may not require the same level of education as would the nanny responsible for the care and nurturing of children.

d) The applicant must be able to communicate orally and in writing in either French or English. An applicant's ability to properly react in circumstances of emergency and be able to secure proper assistance for the children in their care would be

qui sont capables d'assurer la bonne marche d'un foyer, de prendre soin des enfants ou d'exercer les fonctions énoncées pour chaque catégorie d'emploi énumérée et dont on s'attend à ce qu'elles soient des travailleurs de maison résidants. Les catégories d'emplois ainsi désignées comprennent les bonnes à tout faire, les dames de compagnie, les domestiques, les gardiennes d'enfants, les bonnes d'enfants et les aides familiales; elles sont décrites dans la *Classification canadienne descriptive des professions* (CCDP) que publie Emploi et Immigration Canada afin d'aider ses agents d'emploi et d'immigration. Pour qu'un immigrant éventuel ou un travailleur étranger temporaire se classe dans une catégorie d'emploi, il doit répondre aux critères énoncés pour cette catégorie. Par exemple, l'un des critères auxquels il doit répondre est une «préparation professionnelle spécifique». Pour les emplois énumérés ci-dessus, la préparation peut varier comme suit: d'une courte démonstration jusqu'à 30 jours pour une dame de compagnie, une gardienne d'enfants ou une aide familiale; de 30 jours à 3 mois pour un domestique; de plus de 3 mois jusqu'à 6 mois pour une bonne d'enfants; et de plus de 6 mois jusqu'à 1 an pour une bonne à tout faire.

On a énoncé des critères d'évaluation dans le paragraphe 15.61(3) des lignes directrices du «Programme concernant les employés de maison étrangers»:

a) Le candidat doit justifier d'une formation officielle dans le domaine des arts ménagers ou de la garde d'enfants ou bien d'une expérience suffisante (un travail d'employé de maison rémunéré à temps plein pendant au moins une année et dont la performance a été satisfaisante) à défaut de formation officielle. La formation ou l'expérience ne doivent pas remonter à plus de cinq années.

b) Est considérée comme ayant une formation reconnue toute personne qui a terminé avec succès un programme d'études dispensé par un établissement privé ou public reconnu, dans la profession pour laquelle elle a présenté une demande en vertu du programme concernant les employés de maison étrangers. On peut s'assurer que le requérant a terminé avec succès le programme d'études en lui demandant de présenter le diplôme ou certificat obtenu, ou l'équivalent.

c) Le niveau de scolarité doit être suffisamment élevé pour permettre au requérant de bien s'acquitter des tâches indiquées dans l'offre d'emploi. Par exemple, il n'est pas nécessaire qu'une bonne à tout faire ait le même niveau de scolarité qu'une bonne d'enfants chargée de la garde d'enfants et des soins à leur donner.

d) Le requérant doit pouvoir communiquer tant de vive voix que par écrit en français ou en anglais. La capacité qu'a un requérant de réagir comme il convient en cas d'urgence et

severely undermined if they were unable to make themselves properly understood.

e) By its very nature, live-in domestic employment tends to demand certain personal qualities. Applicants will be screened to determine if they are resourceful, mature, stable and possess the initiative required to deal with possible emergencies.

f) The fact that applicants may be married and/or have dependants should be considered in relation to their background and work history and the eventual self-sufficiency of the family unit; however, applications should not be refused only on the basis that the applicant has dependants.

(While there is some uncertainty about the relevance of the assessment criterion in paragraph (e), relating to motivation or initiative, which was said not to have been applied by the visa officer making a decision in respect of this final application, it was a factor in earlier refusals, is referred to in explanation of the second, and is incorporated by reference as a factor in the third decision by the visa officer's telex of June 1989.)

Issues and Argument

The applicant submits that "the visa officer erred in law in assessing Ms. Quadros' application to enter Canada as a temporary worker by imposing standards of assessment not required by the Immigration Regulations". The standards referred to are some requirements of the Manual, and other factors that were irrelevant to assessing Ms. Quadros' qualifications. The applicant also submits that the visa officer improperly fettered his discretion by relying upon the guidelines contained in the Immigration Manual, to the exclusion of other relevant considerations. The guidelines were interpreted, it was submitted, as mandatory requirements, as though they were the law and not as guidelines. Thus, both these arguments are founded upon an allegation that the standards of assessment applied did not conform to law. The applicant also submits that the visa officer failed in his duty of fairness towards Ms. Quadros, in particular by not treating the third application as one requiring assessment apart from his earlier consideration of previous applications.

d'obtenir l'aide voulue pour les enfants dont il a la garde serait grandement affaiblie s'il ne pouvait bien se faire comprendre.

e) En raison de sa nature même, le travail d'un employé de maison résidant exige certaines qualités personnelles. Les requérants seront sélectionnés pour déterminer s'ils sont ingénieux, mûrs, stables et s'ils possèdent l'esprit d'initiative nécessaire pour faire face aux urgences possibles.

f) Il faudra tenir compte du fait qu'un requérant est marié et/ou qu'il a des personnes à charge, de ses antécédents, de son expérience professionnelle et de l'autonomie éventuelle de la famille; il ne faut refuser aucune demande pour la simple raison que le requérant a des personnes à charge.

(Il subsiste certains doutes quant à la pertinence du critère d'évaluation énoncé à l'alinéa e) relativement à la motivation ou à l'initiative et l'on affirme que l'agent des visas ne l'a pas appliqué pour justifier la dernière décision, mais ce critère a été néanmoins l'un des facteurs dans les décisions précédentes, comme on l'a expliqué pour la deuxième décision, et il a été englobé parmi les facteurs de la troisième décision mentionnés dans le télex envoyé par l'agent des visas en juin 1989.)

Les questions en litige et les arguments

Le requérant prétend que [TRADUCTION] «l'agent des visas a commis une erreur de droit lorsqu'il a évalué la demande de M^{me} Quadros pour entrer au Canada à titre de travailleuse temporaire, en utilisant des normes d'évaluation qui ne sont pas imposées par le Règlement sur l'immigration». Les normes dont il est question sont certains critères énoncés dans le Guide de l'immigration et certains autres facteurs non pertinents pour évaluer les qualifications de M^{me} Quadros. Le requérant a aussi prétendu que l'agent des visas a limité incorrectement l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en se basant sur les lignes directrices énoncées dans le Guide et en laissant de côté d'autres facteurs pertinents. Les lignes directrices ont été interprétées, dit-on, comme des critères obligatoires, comme si elles étaient de nature législative et non pas des lignes directrices. Par conséquent, ces deux arguments reposent sur la prétention que les normes d'évaluation qui ont été appliquées n'étaient pas conformes à la loi. Le requérant prétend aussi que l'agent des visas n'a pas exercé envers M^{me} Quadros son obligation d'agir avec équité, notamment parce qu'il n'a pas procédé pour la troisième requête à une évaluation indépendante des deux précédentes.

Consideration of the first two issues raised by the applicant requires an examination of the reasons for refusal of Ms. Quadros' third application for a visa with employment authorization. Those reasons were contained in a telex from New Delhi to the Canada Employment Centre in Peterborough, dated June 18 or 19, 1989, and, by its reference, the earlier telex in March 1988. Counsel were agreed that the later message, stating the earlier one had clearly outlined the reasons for refusal, incorporated by reference the reasons for the second refusal as reasons for refusing the application a third time. The two messages refer to a number of matters that can be classed within two general reasons for refusal, that Ms. Quadros did not meet the criteria for selection, and that the employment offer was not *bona fide*, but was rather a means of allowing Ms. Quadros to obtain a visa, despite validation of the offer of employment by CEC in Peterborough. Counsel for the parties dealt with the reasons stated in relation to these two general considerations.

Ms. Quadros's employment offer included employment responsibilities that went beyond the bounds of any one of the designated job classifications within the CCDO. She was to be a live-in housekeeper with cooking, cleaning and regular household duties, a companion for an elderly couple who would assist with their care, a cook with ability to prepare traditional Indian food, and a tutor for a young girl. She was required to speak the Konkani language for her role with the elderly couple, and was required also to warrant the trust of her employers since money was frequently left in the house. It was incumbent upon the visa officer assessing Ms. Quadros' application to consider the employment offer as one outlined by the employer and with reference to the unique circumstances set out by the officer of CEC Peterborough. That is required by paragraph 20(3)(b) of the Regulations, that the visa officer consider the qualifications and experience of the applicant for the "employment for which the employment authorization is sought".

L'étude des deux premières questions soulevées par le requérant nécessite d'abord l'examen des motifs du refus de la troisième demande présentée par M^{me} Quadros pour obtenir un visa avec permis de travail. Ces motifs ont été expliqués dans un télex envoyé de New Delhi au CEC de Peterborough le 18 ou le 19 juin 1989, et par le renvoi qui y est fait au télex précédent de mars 1988. Les avocats ont convenu que le dernier message, qui énonçait que le précédent avait clairement indiqué les motifs du refus, incluait par renvoi les motifs du second refus comme motifs pour rejeter la troisième demande. Les deux messages font référence à un certain nombre de points qui peuvent être regroupés en deux catégories globales de motifs de rejet, c'est-à-dire que M^{me} Quadros ne répondait pas aux critères de sélection et que l'offre d'emploi n'était pas faite de bonne foi mais servait plutôt de moyen de procurer à M^{me} Quadros un visa même si l'offre d'emploi avait été validée par le CEC de Peterborough. C'est sous les chefs de ces deux catégories d'ordre général que les avocats des parties ont discuté des motifs énoncés.

L'offre d'emploi faite à M^{me} Quadros comprenait des fonctions qui allaient au delà des limites établies pour les différentes catégories d'emplois indiquées dans la CCDO. Elle devait être une bonne à tout faire résidante dont les fonctions comprendraient la préparation des repas, le nettoyage et les tâches habituelles d'entretien ménager, ainsi que les fonctions de dame de compagnie d'un couple de personnes âgées à qui elle prodiguerait des soins, de cuisinière capable de préparer les mets traditionnels indiens et de professeur particulier pour une jeune fille. Elle devait parler le Konkani pour exercer ses fonctions auprès du couple de personnes âgées, et mériter la confiance de ses employeurs à cause des sommes d'argent fréquemment laissées à la maison. L'agent des visas chargé de l'évaluation de la demande de M^{me} Quadros devait examiner l'offre d'emploi comme ayant été faite par l'employeur, et tenir compte des circonstances particulières indiquées par l'agent du CEC de Peterborough. Cela est prescrit à l'alinéa 20(3)b) du Règlement, qui énonce que l'agent des visas est tenu d'examiner les qualités et l'expérience du requérant relativement à «l'emploi pour lequel un permis de travail a été sollicité».

In *Fung v. Minister of Employment and Immigration* (1989), 27 F.T.R. 182 (F.C.T.D.), at page 185, Jerome A.C.J. stated:

... the duty of a visa officer in this situation is to make an assessment of an applicant's work experience sufficient to evaluate it with respect to that applicant's intended occupation, and any others which the applicant claims are included.

The respondent acknowledges this duty. In his decision, the Associate Chief Justice cited his prior decision, *Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 79 (T.D.), which established that a visa officer is required to assess experience relevant to the employment intended to be pursued in Canada. Although these cases concern applications for permanent residence, it is my view that section 20 similarly attracts the principle, stated in *Hajariwala*, at page 86, that "There is no reason why the actual experience and time spent in each of the various responsibilities in an occupation cannot be broken down to award units of assessment for experience in intended occupations." What this implies, in my view, is that although in strict definitional terms, a teacher is not a child care worker, to the extent that the skills required of a teacher are similar to those required of a child care worker, then some credit must be given for "experience" with these skills, particularly where the duties of employment are specifically set out. If the employment offered had been strictly in terms of one of the particular CCDO classifications, experience as a teacher may well have been irrelevant. However, when the employment offered contains enumerated duties including aspects from several occupational classifications, then an assessment which relates only to the defined classifications constitutes a failure to assess experience relevant to the employment intended to be pursued.

It is clear that although the visa officer in each of the three assessments may have recognized that there were numerous job-related tasks required in the offer of employment, there is no recognition that the qualifications possessed by the applicant,

Dans l'arrêt *Fung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1989), 27 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 185, le juge en chef adjoint Jerome a dit que:

... l'agent des visas est tenu en pareil cas de procéder à l'égard de l'expérience de travail du requérant à une évaluation suffisante pour lui permettre de l'apprécier en fonction de la profession que le requérant entend exercer et de tous les autres facteurs qui, selon le requérant, entrent en ligne de compte.

L'intimé admet cette obligation. Dans sa décision, le juge en chef adjoint cite sa décision antérieure dans l'affaire *Hajariwala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 F.C. 79 (1^{re} inst.) qui a énoncé qu'un agent des visas est tenu d'évaluer l'expérience relative à l'emploi qu'on a l'intention d'occuper au Canada. Malgré le fait que ces affaires concernent des demandes de résidence permanente, je crois que l'article 20 procède du même principe que celui qui est énoncé à la page 86 de la décision *Hajariwala*, c'est-à-dire que [TRADUCTION] «Il n'y a aucune raison pour laquelle l'expérience effectivement acquise à l'égard des diverses responsabilités d'une profession et le temps effectivement passé à s'acquitter de telles responsabilités ne pourraient être divisés de façon à accorder des points d'appréciation au titre de l'expérience dans les professions projetées.» À mon avis, cela implique que même si, strictement parlant, une enseignante n'est pas une gardienne d'enfants, le fait que les compétences demandées à une enseignante sont semblables à celles que doit posséder une gardienne d'enfants oblige à accorder quelque crédit à l'«expérience» acquise dans l'exercice de ces compétences, surtout lorsque les tâches de l'emploi sont énumérées de façon précise. Si l'emploi offert avait été défini strictement selon les termes de l'une des catégories de la CCDO, l'expérience acquise à titre d'enseignante aurait bien pu n'être pas pertinente. Toutefois, lorsque l'emploi offert énumère des tâches comportant des aspects que l'on retrouve dans plusieurs catégories professionnelles, une évaluation restreinte aux seules catégories définies constitue un manquement à l'obligation d'évaluer l'expérience reliée à l'emploi qui doit être occupé.

Il est manifeste qu'en dépit du fait que l'agent des visas ait pu reconnaître, dans chacune des trois évaluations, que l'offre d'emploi comprenait de nombreuses tâches liées à l'emploi, il n'y a aucune reconnaissance de l'obligation d'évaluer les compé-

Ms. Quadros, must be assessed in view of the requirements of the employment offer. Instead, it would seem that the visa officer was guided strictly by the requirements in the Immigration Manual relating to the FDM criteria. See, for instance, the telex sent February 3, 1988 from New Delhi to the Canada Employment Centre in Peterborough stating that "employer must understand that subject's [sic] fate is indeed governed by criteria for domestic workers. For further reference he should be informed of criteria in Imm. Manual, IS 15.61 3)a)b)c)d) and e) which clearly state criteria". While, as pointed out by counsel for the respondent, there is some indication that related experience was considered in the reasons for refusal of the second application, as revealed by the statement that "within her own household, sister and mother have maintained home during the day while she carried on her teaching career", I cannot accept the respondent's contention that there was no evidence that the visa officer regarded the formal training or specified experience equivalent as an absolute requirement. The preponderance of material filed indicates that in considering "qualifications and experience", the visa officer considered the criteria contained in subsection 15.61(3) of the Manual, particularly paragraph (a) of that section, quoted above, which required, in lieu of formal training, a "minimum of one year satisfactorily-rated, full-time paid employment as a domestic". I note that this requirement exceeds the requirements for "specific vocational preparation" for the designated job classifications falling within the FDM Program, as set out in the CCDO, which are set out above.

The argument of the respondent at the hearing proceeded upon the assumption that Ms. Quadros must have the required qualifications or experience in each of the aspects of employment set out in the offer of employment. Counsel for the respondent admitted that Ms. Quadros' teaching experience was relevant to the aspect of employment relating to instruction of the daughter, but maintained that

tences de la requérante, M^{me} Quadros, en fonction des exigences de l'offre d'emploi. Il semblerait plutôt que l'agent des visas ait été guidé strictement par les normes du Guide de l'immigration relatives aux critères du «Programme concernant les employés de maison étrangers». C'est ce qui ressort, par exemple, du télex envoyé le 3 février 1988 de New Delhi au CEC de Peterborough, dans lequel on relève notamment que [TRADUCTION] «l'employeur doit comprendre que le sort des sujets est effectivement déterminé en fonction des critères établis pour les employés de maison. Pour référence, il devrait être informé des critères énoncés aux alinéas IS 15.61 3)a)b)c)d) et e) du Guide de l'immigration, qui établissent clairement ces critères.» Quoiqu'il existe, comme l'a souligné l'avocat de l'intimé, certaines indications que l'on a tenu compte de l'expérience pertinente dans les motifs du refus de la deuxième demande, ainsi qu'il ressort du passage: [TRADUCTION] «dans son propre foyer, sa sœur et sa mère se sont occupées des travaux domestiques durant la journée pendant qu'elle exerçait sa profession d'enseignante», je ne peux souscrire à la prétention de l'intimé selon laquelle il n'y a aucune preuve que l'agent des visas ait considéré que la formation officielle ou que l'expérience équivalente indiquée constituait une nécessité absolue. La prépondérance des documents déposés indique que lors de l'évaluation «des qualifications et de l'expérience», l'agent des visas a tenu compte des critères énoncés au paragraphe 15.61(3) du Guide, et notamment de l'alinéa a) cité ci-dessus, qui exige pour suppléer à une carence de formation officielle «un travail d'employé de maison rémunéré à temps plein et évalué de manière satisfaisante pendant au moins une année». Je relève que cette exigence dépasse celle d'une «préparation professionnelle particulière» relative aux catégories d'emploi désignées du «Programme concernant les employés de maison étrangers», qui sont décrites dans la CCDO et mentionnées ci-dessus.

À l'audience, l'intimé a fondé son argumentation sur l'hypothèse que M^{me} Quadros devait posséder les qualités ou l'expérience requises relativement à chacun des aspects de l'offre d'emploi. L'avocat de l'intimé a admis que l'expérience de M^{me} Quadros en matière d'enseignement était pertinente quant à l'aspect de l'emploi touchant l'instruction de la fillette, mais il a soutenu que la

the visa officer's decision was correct because she was not qualified in the other aspects of employment set out in the offer of employment. That is, she had neither training nor experience in aspects of the offer of employment including the following: the care of an eight (or eleven, at the time of the third application) year old child; the care of a senior couple, the cooking, cleaning and regular household duties, the ability to cook Indian food, and the ability to work with the senior couple who speak only Konkani. To conclude that a widow who spoke Konkani, who was a single parent with a teenaged daughter, and who had taught primary school for 16 years, had no training or experience with respect to these aspects of the offered employment shows reliance upon the requirement for formal training or full-time employment in relation to each of these specific aspects, rather than a willingness to assess the skills possessed by the applicant as these were relevant for the employment offered.

In my view, this reliance upon the Manual constitutes an error of law by the visa officer making the decision at issue in so far as it misinterprets the law. It must be understood that the primary purpose of the criteria is not to decide the fate of an applicant for employment authorization. Instead, it is to guide the exercise of the visa officer's discretion in assessing the application for employment authorization in light of the requirements of the Regulations. To restate the regulatory requirements, a visa officer may issue such an authorization when he or she is satisfied, *inter alia*, that the applicant is qualified for the employment offered. Further, under subsection 20(1), the applicant's qualifications are to be assessed for the limited purpose of determining whether a grant of an employment authorization would have an adverse impact upon the employment of Canadian citizens or permanent residents. Assessing the applicant without regard to the valid purposes for which the policy guidelines have been adopted may result in an invalid exercise of the decision-making authority of the visa officer. That is what has occurred in this case.

décision de l'agent des visas était néanmoins justifiée car elle n'était pas qualifiée pour les autres aspects de l'emploi qui étaient précisés dans l'offre d'emploi. C'est à dire qu'elle ne possédait aucune formation ni aucune expérience en ce qui concerne certains aspects de l'offre d'emploi et notamment: les soins à donner à une enfant de huit ans (onze ans au moment de la troisième requête); les soins à donner à un couple de personnes âgées; la préparation des repas, le nettoyage et les travaux ménagers courants; la capacité de préparer des mets indiens et la capacité de travailler avec le couple de personnes âgées qui ne parle que le Konkani. Le fait de conclure qu'une veuve parlant le Konkani, qui est un parent célibataire d'une fille adolescente et qui a enseigné à l'école primaire durant 16 ans, ne possédait aucune formation ni aucune expérience quant à ces facettes de l'emploi offert, indique que l'on s'est fondé sur les critères de la formation officielle ou de l'emploi à temps plein en ce qui concerne chacune de ces tâches particulières, au lieu de consentir à évaluer les compétences de la requérante, dans la mesure où celles-ci étaient pertinentes pour l'emploi offert.

Je crois que l'agent des visas qui a pris la décision en litige a commis une erreur de droit en fondant son jugement sur le Guide, dans la mesure où il s'agit d'une mauvaise interprétation de la loi. Il faut comprendre que le but premier des critères n'est pas de décider du sort du demandeur d'un permis de travail. C'est plutôt de guider le jugement de l'agent des visas dans son évaluation de la demande de permis de travail en fonction des exigences énoncées dans le Règlement. Pour reformuler les exigences réglementaires, un agent des visas peut délivrer un tel permis lorsqu'il est convaincu, entre autres, que le demandeur est qualifié pour l'emploi offert. En outre, en application du paragraphe 20(1), les compétences du demandeur doivent être évaluées dans le but limité de déterminer si l'octroi d'un permis de travail aurait des répercussions négatives sur les perspectives d'emploi des citoyens canadiens ou des résidents permanents. L'évaluation d'un requérant sans égard aux objectifs valides pour lesquels les lignes directrices ont été adoptées pourrait avoir comme résultat un exercice invalide du pouvoir de décision de l'agent des visas. C'est ce qui s'est produit en l'espèce.

In my view, in the circumstances here, the visa officer did improperly fetter his discretion. Moreover, to conclude, as the visa officer did, that Ms. Quadros did not possess any significant related experience related to the qualifications and experience required under paragraph 20(3)(b) of the Regulations, was a patently unreasonable conclusion. To conclude that she did not have "experience" in those aspects of the employment offered because she was a teacher and because her sister and mother maintained the home during the day does not recognize the experience and skills required of either a primary teacher or a single mother. To conclude that she did not have relevant experience because her profession was "teacher" rather than "housekeeper" or "child care worker" imports a rigid, and in my view undue, notion of specialization. I refer to the "specific vocational preparation" requirements in the CCDO to support my holding. Most of those classifications relevant for the aspects of employment required to be performed by Ms. Quadros require considerably less than one year of specific vocational preparation. When one takes into account the aspects of employment not covered by the assessment criteria in the guidelines, specifically that the prospective employee have the ability to speak Konkani, to prepare traditional Indian food and to warrant trust of the employer's family, then the argument becomes untenable that Ms. Quadros has not met the qualifications for the employment offered essentially because she has not had experience in full-time employment in these respects.

In reaching this alternative conclusion, I should make it clear that I have considered the argument by the respondent that the Court has no power to interfere with the "opinion" of the visa officer, and that the Court in this case is not acting as an appellate tribunal, but simply reviewing the decision made by the visa officer. I have no authority to substitute my decision for that of the visa officer, and I do not purport to do so. However, this case is not similar to *Wang (L.) v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 23 F.T.R. 257 (F.C.T.D.) or *Fung v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, in which the visa officer carried out the assessment and reached an adverse conclusion on the issue of experience. Nor

À mon avis, dans les circonstances l'agent des visas a exercé incorrectement son pouvoir discrétionnaire. En outre, la conclusion de l'agent des visas portant que M^{me} Quadros ne possédait aucune expérience significative par rapport aux exigences de compétences et d'expérience énoncées à l'alinéa 20(3)b) du Règlement était manifestement déraisonnable. Le fait de conclure qu'elle ne possédait pas d'«expérience» relativement à ces aspects du poste offert parce qu'elle était une enseignante et parce que sa sœur et sa mère assuraient l'entretien du foyer durant la journée faisait fi de l'expérience et des compétences exigées tant d'un professeur au niveau primaire que d'une mère célibataire. Le fait de conclure qu'elle ne possédait pas d'expérience pertinente parce que sa profession était celle d'«enseignante» au lieu de «bonne à tout faire» ou «bonne d'enfants» impose une perception rigide—et, à mon avis, inappropriée—de la spécialisation. J'appuie mon opinion sur les exigences de «préparation professionnelle particulière» de la CCDP. La plupart des catégories où l'on retrouve les aspects du travail offert à M^{me} Quadros nécessitent une préparation professionnelle particulière beaucoup plus courte qu'un an. Si l'on tient compte des aspects du poste qui ne sont pas visés par les critères d'évaluation énoncés dans les lignes directrices, c'est-à-dire de la capacité du candidat de parler le Konkani, de préparer les mets indiens traditionnels et de mériter la confiance de la famille des employeurs, alors il devient impossible de soutenir que M^{me} Quadros n'avait pas les compétences requises pour cet emploi principalement parce qu'elle n'avait pas d'expérience à temps plein quant à ces tâches.

Je dois dire clairement que pour en arriver à cette conclusion différente, j'ai tenu compte de l'argument de l'intimé selon lequel la Cour n'a pas le pouvoir de modifier l'«opinion» de l'agent des visas, et qu'en l'espèce la Cour n'exerce pas la fonction d'un tribunal d'appel mais révisé simplement la décision rendue par l'agent des visas. Je ne possède pas la compétence nécessaire pour remplacer la décision de l'agent des visas par la mienne, et ce n'est pas ce que je tente de faire. Toutefois, la présente affaire n'est pas semblable à celle de *Wang (L.) c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 23 F.T.R. 257 (C.F. 1^{re} inst.) ni à celle de *Fung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précitée, dans lesquelles l'agent des

is it comparable to *Yu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (unreported, August 10, 1990, Court file no. T-1550-90) where there was no evidence of the visa officer's unwillingness to assess any evidence of equivalence for specific vocational preparation.

There is, as I have held, an error of law in the interpretation of the governing regulations, resulting in a failure to carry out the duty of the visa officer as set out in *Hajariwala, supra*. With respect to my finding that the conclusion regarding experience is untenable, I adopt the reasoning of Lamer J. (as he then was) in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1076, that an unreasonable exercise of a tribunal's discretion constitutes jurisdictional error: "Whether it is the interpretation of legislation that is unreasonable or the order made in my view matters no more than the question of whether the error is one of law or of fact. An administrative tribunal exercising discretion can never do so unreasonably."

I am supported in my view by consideration of the stated goals of the FDM Program, i.e. that "The FDM program is designed for the professional domestic or nanny". If the process of assessment followed here were applied, even a "professional domestic or nanny" would not have been qualified for the employment offered unless she also met the additional special requirements of the applicant's offer of employment by training or experience in relation to each of those aspects.

Turning now to the applicant's argument that other factors underlying the decision to refuse to grant an employment authorization to Ms. Quadros are irrelevant considerations in the decision-making process, and that they demonstrate that the visa officer erred in law in refusing to grant the employment authorization, it is my view that this

visas a fait son évaluation et a rendu une décision négative relativement à l'expérience. Elle n'est pas comparable non plus à celle de *Yu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (décision non publiée du 10 août 1990, n° du greffe T-1550-90), dans laquelle il n'avait pas été prouvé que l'agent des visas n'avait pas eu l'intention d'évaluer une quelconque preuve d'équivalence à une préparation professionnelle particulière.

Comme je l'ai indiqué, il s'est commis une erreur de droit de la manière indiquée dans la décision *Hajariwala*, précitée, relativement à l'interprétation des règlements applicables, dont a résulté un manquement à l'obligation d'accomplir les fonctions d'agent des visas. À l'appui de ma conclusion que la décision relative à l'expérience est insoutenable, j'adopte le raisonnement de M. le juge Lamer (alors juge puîné) dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1076 selon lequel l'exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal constitue une erreur de compétence: «Que ce soit l'interprétation d'une disposition législative qui soit déraisonnable ou que ce soit l'ordonnance rendue n'a, à mon avis, pas plus d'importance que la question de savoir s'il s'agit d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait. Un tribunal administratif exerçant une discrétion ne peut jamais f l'exercer de façon déraisonnable.»

J'étais mon opinion sur l'étude des objectifs énoncés dans le «Programme concernant les employés de maison étrangers» où l'on déclare que «le Programme concernant les employés de maison étrangers s'adresse aux bonnes d'enfants et aux gens de maison professionnels». Si le processus d'évaluation suivi ici était appliqué, même une «bonne d'enfant ou une employée de maison professionnelle» n'aurait pas été qualifiée pour l'emploi offert à moins que sa formation ou son expérience n'aient répondu aussi aux exigences supplémentaires particulières de chacun de ces aspects du poste offert par le requérant.

En ce qui concerne l'argument du requérant selon lequel d'autres facteurs qui appuient la décision de refuser un permis de travail à M^{me} Quadros ne sont pas pertinents relativement au processus de prise de décision et démontrent que l'agent des visas a commis une erreur de droit en refusant de délivrer un permis de travail, je crois que cet

argument is successful. These factors all come under the general heading of the visa officer's questioning the *bona fides* of the employment offer. They include a number of separate, but related, reasons for refusal. Thus, the fact that the applicant Pinto sought to employ a particular person for some two and a half years, the inference drawn from this that his need was not critical, the suggestion that he seek someone other than Ms. Quadros for the employment offered (by advertising in India for a qualified person, suggested counsel for the respondents), the fact that she did not know the ages of the elderly couple or if they have any special care needs, the belief that her application was motivated by eventual desire to settle herself and her daughter in Canada for greater opportunities for the daughter, the fact that she had no idea what she might do in Canada three or four years from now if she were no longer required by the employer; all these are matters beyond the Regulations. In my view, they clearly have nothing to do with assessing Ms. Quadros' qualifications for the position offered, for the purpose of deciding whether her employment in Canada will adversely affect employment opportunities for Canadian citizens or permanent residents in Canada.

Each of these factors might be discussed in detail, as many of them were dealt with by counsel at the hearing of this matter. I propose to deal only with one. The persistence of Pinto in specifically requesting the particular applicant, Ms. Quadros, for the position of the employment offered, was viewed as a decisive factor in the decision to refuse the grant of employment authorization to Ms. Quadros. This is apparent in the telex quoted above, and in the letter of December 18, 1989 to counsel for the applicant from the Counsellor-Immigration in New Delhi, which deals with the reasons for rejection. In that letter, he states, "We may find the arrangement to be contrived specifically to obtain the services of a specific person (qualified or not) and not to obtain the services of a person who is qualified for the position". Although he states that Ms. Quadros was found not to be qualified, it appears that that decision was made, at least in part, on the basis of the belief by the visa officer that the employment offer was not *bona fide*. That belief, despite validation

argument est bien fondé. Ces facteurs peuvent tous être regroupés sous la rubrique globale des doutes de l'agent des visas à l'égard de la bonne foi de l'offre d'emploi. Ils comprennent un certain nombre de motifs de refus distincts, mais reliés entre eux. Ainsi, le fait que le requérant Pinto ait cherché à employer une personne en particulier pendant environ deux ans et demi, la déduction connexe que son besoin n'était pas critique, la suggestion qu'il cherche à employer quelqu'un d'autre que M^{me} Quadros (en publiant en Inde une annonce pour une personne qualifiée, a proposé l'avocat des intimés), le fait qu'elle n'ait pas su l'âge des beaux-parents du requérant ou s'ils avaient besoin de soins particuliers, le soupçon que sa requête était basée sur un désir éventuel de s'établir au Canada avec sa fille de façon à assurer à cette dernière un meilleur avenir, le fait qu'elle n'ait pas eu d'idée de ce qu'elle pourrait faire au Canada dans trois ou quatre ans si ses employeurs n'avaient plus besoin de ses services; toutes ces considérations vont au-delà du Règlement. À mon avis, elles n'ont absolument rien à voir avec l'évaluation des compétences de M^{me} Quadros relativement au poste offert, pour décider si le fait qu'elle soit employée au Canada aura des répercussions négatives sur les perspectives d'emploi des citoyens canadiens ou des résidents permanents au pays.

On pourrait examiner en détail chacun de ces facteurs, comme les avocats l'ont fait pour plusieurs d'entre eux durant l'audience. Je me propose d'en examiner un seul. La persistance de M. Pinto à ne demander qu'une demanderesse en particulier, M^{me} Quadros, pour l'emploi offert semblait avoir été un facteur déterminant dans la décision de refuser d'accorder un permis de travail à M^{me} Quadros. Cela est manifeste dans le télex cité ci-dessus et dans la lettre envoyée le 18 décembre 1989 à l'avocat du requérant par le conseiller de l'immigration à New Delhi, qui porte sur les motifs du rejet. Dans cette lettre, il déclare que [TRADUCTION] «Nous pourrions conclure que l'arrangement a manigancé dans le but précis d'obtenir les services d'une personne en particulier (qualifiée ou non) et non pas pour se procurer les services d'une personne qui est qualifiée pour le poste». Même s'il indique que M^{me} Quadros n'a pas été jugée qualifiée, il semble que cette décision reposait, en partie du moins, sur la conviction de l'agent des visas que l'offre d'emploi n'était pas

of the offer of employment by CEC Peterborough, is said to be based on the additional evidence provided by the personal interview with the applicant for the employment authorization. That process purports to assess whether the applicant is qualified in part through a determination of the *bona fides* of the offer of employment. If the *bona fides* of the offer is suspect, as it apparently is if the employment offer is considered "contrived" to obtain the services of a specific individual, then the applicant is found to be not qualified and despite the validation of the need for an employee by CEC, the applicant is refused. While purporting to ensure that the person meets requirements, there is ultimately no assessment of the applicant for employment authorization. Rather, the visa officer following this process of reasoning is simply making an assessment of the employment offer. In my view, that is not consistent with his responsibilities under the Regulations, nor as I read them is it consistent with his responsibilities under the FDM policy guidelines.

The other factors referred to in relation to the consideration of the *bona fides* of the employment offered are, in my view, irrelevant for the decision of the visa officer. Yet, as I read the telex messages here in issue, and the explanations for them, they were factors in the decision to refuse Ms. Quadros' application. They are not factors to be considered within the authority vested in the visa officer by the Regulations, and to have considered them is an error of law.

It is unnecessary for disposition of this matter to consider the final ground urged by the applicant for the relief here sought. Thus, I make no comment on the alleged breach of duty of fairness by the visa officer in the circumstances of this case.

Conclusion

For the reasons outlined, I conclude that the visa officer concerned in deciding in June 1989 upon the application of Ms. Renny Quadros for a visa with an employment authorization erred in law by fettering his discretion, by failing to consid-

faite de bonne foi. Malgré la validation de l'offre d'emploi par le CEC de Peterborough, on a dit que cette conviction était fondée sur une preuve supplémentaire recueillie lors de l'entrevue particulière avec la personne sollicitant le permis de travail. Ce processus a pour objet d'évaluer si le demandeur est qualifié, en partie en déterminant la bonne foi de l'offre d'emploi. Si la bonne foi de l'offre est suspecte, ce qui semble être le cas si l'offre d'emploi est considérée comme étant «manigancée» de façon à obtenir les services d'une personne en particulier, alors le demandeur est jugé ne pas être qualifié et, malgré la validation du besoin d'un employé par le CEC, sa requête est refusée. Bien que l'on vise à s'assurer que la personne répond aux exigences, en fin de compte il n'y a pas d'évaluation du demandeur du permis de travail. Plutôt, l'agent des visas qui suit ce raisonnement fait simplement une évaluation de l'offre d'emploi. À mon avis, cela n'est pas conforme aux fonctions qu'il est tenu d'exercer en application du Règlement, ni à celles que lui imposent les lignes directrices du «Programme concernant les employés de maison étrangers».

À mon avis, les autres facteurs mentionnés à propos de la bonne foi de l'offre d'emploi ne sont pas pertinents en ce qui concerne la décision de l'agent des visas. Toutefois, selon ma lecture des messages télex en litige ainsi que des explications connexes, ces facteurs ont influé sur la décision de refuser la demande de M^{me} Quadros. Il ne s'agit pas de facteurs qui doivent être étudiés dans le cadre de l'autorité qui a été conférée par le Règlement à l'agent des visas, et cela a été une erreur de droit de les avoir étudiés.

Pour décider de la présente affaire, il n'est pas nécessaire d'examiner le dernier motif que le requérant invoque à l'appui du moyen de redressement qu'il demande. Par conséquent, je n'exprime aucune opinion sur la prétention de manquement de l'agent des visas à son obligation d'agir équitablement dans les circonstances de l'espèce.

Conclusion

Pour les motifs exposés, je conclus que l'agent des visas concerné, en juin 1989, par la décision relative à la demande de visa avec permis de travail présentée par M^{me} Renny Quadros, a commis une erreur de droit du fait qu'il n'a pas

er experience of Ms. Quadros relevant for the tasks outlined in the validated offer of employment, and by taking into account for that decision factors which are irrelevant to considering her qualifications and experience for the employment for which the employment authorization was sought.

This application is allowed. An order goes quashing the decision of the visa officer made in June 1989 in respect of Ms. Quadros' third application and further ordering that the respondents reconsider that application in accordance with the *Immigration Act* and Regulations as provided in these reasons.

a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, qu'il n'a pas examiné dans quelle mesure l'expérience de M^{me} Quadros était pertinente pour les tâches décrites dans l'offre d'emploi validée, et qu'il a fait intervenir dans cette décision des facteurs qui ne sont pas pertinents en ce qui concerne l'étude de ses qualifications et de son expérience pour l'emploi à l'égard duquel le permis de travail était sollicité.

b La requête est accueillie. Une ordonnance sera rendue pour annuler la décision prise par l'agent des visas en juin 1989 relativement à la troisième demande de M^{me} Quadros et pour ordonner, en outre, que les intimés réétudient cette demande conformément à la *Loi sur l'immigration* et au Règlement connexe, de la manière indiquée dans les présents motifs.

A-48-90

A-48-90

Edelbert Tetzlaff and Harold Tetzlaff (*Appellants/Cross respondents*)

v.

Minister of the Environment (*Respondent*)

and

Saskatchewan Water Corporation (*Respondent/Cross appellant*)

INDEXED AS: CANADIAN WILDLIFE FEDERATION INC. v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (C.A.)

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Urie and Linden J.J.A.—Winnipeg, November 22 and 23; Ottawa, December 21, 1990.

Environment — Rafferty-Alameda Project — Minister of Environment issuing licence to proceed with construction of dams without appointing Environmental Assessment Panel to conduct public review of environmental effects — Initial Environmental Evaluation finding some adverse environmental impacts with varying degrees of mitigation — Trial Judge directing appointment of Panel by certain date or licence would be quashed — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order (EARPGO), s. 12(c) eliminating need for environmental review where adverse environmental effects “insignificant” or “mitigable with known technology” — Two terms equivalent — No express or implied obligation in EARPGO to await Panel report before issuing licence — Political accountability real sanction for not awaiting report.

Judicial review — Appeal and cross-appeal against Trial Judge’s order directing Minister of Environment to appoint Environmental Assessment Panel by certain date on pain of dam construction licence being quashed — Finding Minister misconstrued Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, s. 12(c) — Reference to Initial Environmental Evaluation not to second-guess Minister, but to apply facts to correct legal interpretation of s. 12(c) — Not applying wrong standard of judicial review.

This was an appeal and cross-appeal from an order directing the Minister of the Environment to appoint an Environmental Assessment Panel under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARPGO) to conduct a public review of certain environmental effects of the Rafferty-Alameda Project and further directing that, if the Panel was not named by January 30, 1990, the construction licence issued to Saskatchewan Water Corporation (Sask. Water) pursuant to the *International River Improvements Act* be quashed. The

Edelbert Tetzlaff et Harold Tetzlaff (*appelants/intimés au reconventionnel*)

a c.

Ministre de l’Environnement (*intimé*)

et

b **Saskatchewan Water Corporation** (*intimée/appellante au reconventionnel*)

RÉPERTORIÉ: FÉDÉRATION CANADIENNE DE LA FAUNE INC. c. CANADA (MINISTRE DE L’ENVIRONNEMENT) (C.A.)

c Cour d’appel, juge en chef Iacobucci, juges Urie et Linden, J.C.A.—Winnipeg, 22 et 23 novembre; Ottawa, 21 décembre 1990.

Environnement — Projet Rafferty-Alameda — Le ministre de l’Environnement a délivré le permis pour la construction des barrages sans constituer une commission pour entreprendre l’examen public des effets environnementaux — Le rapport de l’évaluation environnementale initiale a conclu à certains effets environnementaux néfastes et diverses mesures d’atténuation possibles — Le juge de première instance a ordonné la constitution d’une commission avant une certaine date, à défaut de quoi le permis serait annulé — L’art. 12c) du Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement (Lignes directrices) dispense de l’examen environnemental si les effets néfastes sont «minimes» ou «peuvent être atténués par l’application de mesures techniques connues» — Ces deux termes sont équivalents — Les Lignes directrices ne prévoient aucune obligation, expresse ou implicite, d’attendre le rapport de la commission d’enquête avant de délivrer le permis — La responsabilité politique est la sanction du défaut d’attendre le rapport.

Contrôle judiciaire — Appel et appel reconventionnel contre l’ordonnance par laquelle le juge de première instance a enjoint au ministre de l’Environnement de constituer une commission d’examen de l’évaluation environnementale dans un certain délai sous peine d’annulation du permis de construire les barrages — Jugé que le ministre a mal interprété l’art. 12c) du Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement — L’évocation du rapport de l’évaluation environnementale initiale ne visait pas à se mettre à la place du ministre après coup, mais à appliquer aux faits l’interprétation juridique correcte de l’art. 12c) — Il n’y a pas eu application de la mauvaise norme de contrôle judiciaire.

i Appel et appel reconventionnel contre une ordonnance enjoignant au ministre de l’Environnement de constituer, conformément au Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement et au 30 janvier 1990 au plus tard, une commission chargée d’entreprendre l’examen public de certains effets environnementaux du projet de barrage Rafferty-Alameda, faute de quoi le permis de construction délivré à la Saskatchewan Water Corporation (Sask. Water) en application de la *Loi sur les ouvrages desti-*

Project involved the construction of two dams. An Initial Environmental Evaluation (IEE) had been prepared. It suggested that the altered flows and lake levels caused by the Project would likely produce some adverse environmental impacts with varying degrees of mitigation available. Public meetings were held in Saskatchewan, Manitoba and North Dakota. After referring to the IEE and the public meetings which had taken place, the Minister found that any impacts could be almost entirely mitigated and issued a licence without appointing a Panel to conduct a public review. EARPGO, paragraph 12(c) provides that a proposal may proceed if the potentially adverse environmental effects are insignificant or mitigable with known technology. The Trial Judge reviewed the material before the Minister which formed the basis for the Minister's decision, including the IEE. He identified various environmental impacts and discussed information deficiencies that made certain conclusions doubtful. In addition, Muldoon J. reviewed what was said in the IEE as to the availability of mitigation measures. Finally, he interpreted the EARPGO provisions dealing with public review and applied that interpretation to the material before him. He held that the Minister had acted unlawfully in not appointing a Panel pursuant to sections 20 to 32 of the EARPGO. The appellants argued that the Trial Judge had correctly ordered compliance with EARPGO by requiring the appointment of a Panel, but that he should have quashed the licence absolutely. They argued that EARPGO, sections 3, 18, 31 and 33 evince an intention that the Minister must await the Panel's report before issuing a licence. Sask. Water argued that the Trial Judge erred in his interpretation of "mitigable with known technology" in EARPGO, paragraph 12(c). It argued that if paragraph 12(c) is read in conjunction with section 14, mitigation measures do not have to eliminate any potentially adverse effects to qualify under paragraph 12(c), and that it is sufficient if the Minister determines that they could prevent the adverse effects from becoming significant. Sask. Water also argued that the Trial Judge applied the wrong standard of judicial review in reviewing the Minister's findings of opinion and fact relating to the Project, and, rather than confining himself to the question of whether the Minister had erred in law or jurisdiction, he erroneously reviewed the correctness of those findings on their merits. The issues were whether EARPGO requires not only referral to a Panel for public review but also that its report be considered by the Minister prior to issuing a licence; and whether the Trial Judge applied the wrong standard of judicial review.

Held, the appeal and the cross-appeal should be dismissed.

The Trial Judge correctly interpreted paragraph 12(c) and found the Minister's interpretation and conclusion to be erroneous. The two bases in paragraph 12(c) for deciding whether public review is warranted should be interpreted in the same way so that "mitigable with known technology" is equivalent to "insignificant" without applying known technology. "Mitigable

nés à l'amélioration des cours d'eau internationaux serait annulé. Le projet consistait en la construction de deux barrages. Selon le rapport de l'évaluation environnementale initiale (REI), les changements que provoquerait le projet dans les débits et les niveaux des lacs devaient avoir certains effets environnementaux néfastes, avec diverses mesures d'atténuation disponibles. Des audiences publiques ont eu lieu en Saskatchewan, au Manitoba et au Dakota du Nord. À la lumière du REI et des audiences publiques, le ministre a conclu à la possibilité d'atténuer presque entièrement la plupart des incidences négatives et a délivré le permis sans constituer une commission chargée d'entreprendre un examen public. L'alinéa 12c) des Lignes directrices prévoit qu'une proposition peut être entreprise si les effets qu'elle peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues. Le juge de première instance a examiné la documentation sur laquelle était fondée la décision du ministre, dont le REI. Il a relevé les divers effets environnementaux et analysé les insuffisances d'information qui rendaient douteuses certaines conclusions. En outre, le juge Muldoon a examiné certaines assertions contenues dans le REI au sujet des possibilités d'atténuation. Enfin, il a interprété les dispositions des Lignes directrices relatives à l'examen public et appliqué cette interprétation aux faits dont il avait été saisi. Il a conclu que la décision du ministre de ne pas constituer une commission conformément aux articles 20 à 32 des Lignes directrices était illicite. Les appelants soutiennent que le juge de première instance a eu raison d'ordonner l'observation des Lignes directrices par la constitution d'une commission, mais qu'il aurait dû annuler sans conditions le permis. Ils soutiennent qu'il ressort des articles 3, 18, 31 et 33 des Lignes directrices que le ministre doit attendre le rapport de la commission avant de délivrer le permis. Sask. Water fait valoir que le juge de première instance a mal interprété les mots «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» figurant à l'alinéa 12c) des Lignes directrices; que si on interprète cette dernière disposition à la lumière de l'article 14, les mesures d'atténuation ne doivent pas nécessairement éliminer tout effet néfaste potentiel pour tomber dans le champ d'application de l'alinéa 12c); et qu'il suffirait que le ministre conclue qu'elles peuvent empêcher les effets néfastes de prendre de l'ampleur. Sask. Water soutient aussi que le juge de première instance a appliqué la norme de contrôle judiciaire qui ne convenait pas à l'avis et aux conclusions sur les faits du ministre au sujet du projet, et qu'au lieu de se limiter à la question de savoir si le ministre avait commis une erreur de droit ou de compétence, il a exercé à tort un contrôle au fond de ces conclusions. Il échet d'examiner si les Lignes directrices exigent non seulement que la proposition soit soumise à l'examen public par une commission, mais aussi que le ministre prenne en considération le rapport de cette dernière avant de délivrer le permis; et aussi si le juge de première instance a appliqué la norme de contrôle judiciaire qui ne convenait pas.

Arrêt: l'appel principal et l'appel reconventionnel doivent être rejetés.

Le juge de première instance a correctement interprété l'alinéa 12c) et a conclu à juste titre que l'interprétation et la conclusion qu'en tirait le ministre étaient erronées. Les deux fondements, prévus à l'alinéa 12c), de la question de savoir si l'examen public est justifié doivent être interprétés de la même façon, savoir que les mots «peuvent être atténués par l'applica-

with known technology” should be interpreted as meaning “renderable insignificant with known technology”. Thus, there are only two conditions envisioned in paragraph 12(c): insignificant or significant. There cannot be a third condition of “less than significant” because it would be impossible to determine with any consistency. If an effect is not insignificant, it is by definition significant, and only when environmental effects are insignificant or with the application of known technology rendered insignificant can public review be avoided. If this interpretation will mean mandatory public reviews in almost every case, that is a natural consequence of the words chosen and highlights the importance of the public review in matters of this kind. Section 14 puts an obligation on initiating departments to ensure that mitigation and compensation measures are applied to prevent “potentially adverse environmental effects . . . from becoming significant. As there are only significant and insignificant environmental effects, “effects from becoming significant” means mitigation and compensation measures must be taken to make adverse effects “insignificant”. As paragraph 12(c) was not available to the Minister, the environmental effects were covered by paragraph 12(e) and possibly 12(b) and (d), all of which require a public review by a Panel.

There is neither an express nor an implied requirement in EARPGO that a licence not issue until the Panel has reported following a public review. Section 31, which mandates the Panel to submit a report containing its conclusions and recommendations for decisions by the appropriate Ministers, imposes an obligation on the Panel to prepare and submit a report; it does not specify that the Minister must await the report. Section 32, which gives the Office power to “vary” any of the requirements or procedures set out in sections 21 to 31 in any review that involves “special circumstances”, shows that the Panel provisions were not intended to be mandatory since they could be changed by the Office. What is required is that a Panel be appointed and hopefully it will report before any permanent decisions are made. The real sanction for not waiting for the Panel report is political accountability. The thrust of sections 21 to 32 is for public involvement but that involvement has not been elevated to curtailing or otherwise preventing ministerial decisions that could be based on greater public interest than waiting for the Panel report.

The Trial Judge did not apply the wrong standard of judicial review. He referred to the findings reported in the IEE, not to second-guess the Minister, but to ascertain whether the Minister, in deciding whether or not to appoint a Panel for the public review of the Project, had proceeded on a wrong principle, taken into account legally irrelevant considerations or acted beyond the scope of his authority. The purpose was to apply the facts to the correct legal interpretation of section 12 which he had earlier made. The effect of the Minister’s misconstruction of section 12 was that he had proceeded on a wrong principle.

tion de mesures techniques connues» doivent être équivalents à «minimes» sans l’application de mesures techniques connues. Les mots «peuvent être atténués par l’application de mesures techniques connues» doivent être interprétés comme signifiant «peuvent être rendus minimes par l’application de mesures techniques connues». Ainsi l’alinéa 12c) n’envisage que deux catégories: effets importants et effets minimes. Il ne saurait y avoir à troisième catégorie d’effets «moins qu’importants», qu’il serait impossible de déterminer de façon logique. Si un effet n’est pas minime, il est par définition important, et ce n’est qu’en cas d’effets minimes ou rendus minimes par l’application de mesures techniques connues qu’on peut se dispenser d’un examen public. Si pareille interprétation signifie que l’examen public sera obligatoire dans presque tous les cas, il s’agit là d’une conséquence naturelle des mots choisis, qui sert aussi à souligner l’importance de l’examen public en la matière. L’article 14 fait aux ministères responsables l’obligation de s’assurer que les mesures d’atténuation sont prises pour empêcher que les effets néfastes potentiels prennent de l’ampleur. Comme il n’y a que les effets importants et les effets minimes, «empêcher que les effets néfastes . . . prennent de l’ampleur» signifie que les mesures d’atténuation et d’indemnisation doivent être prises de manière à rendre «minimes» les effets néfastes. Comme le ministre ne pouvait invoquer l’alinéa 12c), les effets environnementaux dont s’agit tombaient sous le coup de l’alinéa 12e), et peut-être aussi des alinéas 12b) et d), qui prévoient tous l’examen public par une commission.

Aucune disposition des Lignes directrices ne prévoit expressément ou implicitement l’obligation de ne pas délivrer le permis avant que la commission n’ait présenté son rapport à l’issue d’un examen public. L’article 31, qui prévoit pour la commission l’obligation de soumettre à la décision des ministres compétents un rapport contenant ses conclusions et recommandations, lui fait donc l’obligation de rédiger et de soumettre un rapport, mais ne prévoit pas que les ministres intéressés doivent attendre ce rapport. L’article 32, qui habilite le Bureau à «modifier» les exigences énoncées aux articles 21 à 31 lorsque des «circonstances spéciales» l’exigent, montre que les dispositions relatives aux commissions ne sont pas destinées à une application obligatoire puisqu’elles peuvent être modifiées par le Bureau. Ce qui est impératif, c’est qu’une commission soit constituée et on espère qu’elle fera son rapport avant que des décisions irrévocables ne soient prises. La sanction pour le défaut d’attendre le rapport est la responsabilité politique. Les articles 21 à 32 visent à la participation du public, mais celle-ci n’est pas suffisamment élevée pour empêcher ou limiter des décisions ministérielles qui pourraient être fondées sur un intérêt public plus important que celui représenté par le fait d’attendre le rapport de la commission.

Le juge de première instance n’a pas appliqué une mauvaise norme de contrôle judiciaire. Il a évoqué les conclusions du REI, non pas pour se mettre à la place du ministre après coup, mais pour examiner si le ministre, lorsqu’il décidait s’il y avait lieu ou non de constituer une commission d’examen public du projet, s’était fourvoyé sur le principe à observer, s’était fondé sur des considérations juridiques non pertinentes ou avait excédé sa compétence. L’objet en était d’appliquer aux faits de la cause l’interprétation juridique correcte de l’article 12, qu’il avait faite auparavant. Ayant mal interprété l’article 12, le ministre a fondé son action sur le principe qu’il ne fallait pas.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 2, 4, 5, 6.
Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2, 3, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 31, 32, 33.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1102.
International River Improvements Act, R.S.C., 1985, c. I-20, ss. 2, 4, 5, 6.
International River Improvements Regulations, C.R.C., c. 982 (as am. by SOR/87-570), s. 10.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence), [1990] 3 F.C. 381 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment), [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.); *Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of Environment)*, [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.); *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541; 88 D.L.R. (3d) 267; 5 M.P.L.R. 181; 4 R.P.R. 165 (Div. Ct.).

CONSIDERED:

Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp. (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)*, T-2230-89, Muldoon J., reasons for order dated 1/2/91 and supplementary reasons for order dated 4/2/91, F.C.T.D., not yet reported; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1990] 1 F.C. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (T.D.).

REFERRED TO:

Consumers' Association of Canada v. Attorney General of Canada, [1979] 1 F.C. 433; (1978), 87 D.L.R. (3d) 33 (T.D.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 282; (1966), 56 D.L.R. (2d) 193; 55 W.W.R. 129; *Re Rush and Township of Scugog et al.* (1978), 21 O.R. (2d) 592; 92 D.L.R. (3d) 143; 7 M.P.L.R. 196; 9 O.M.B.R. 21 (H. Ct.); *Rowley v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 2, 3, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 31, 32, 33.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), chap. E-10, art. 2, 4, 5, 6.
Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux, L.R.C. (1985), chap. I-20, art. 2, 4, 5, 6.
Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux, C.R.C., chap. 982 (mod. par DORS/87-570), art. 10.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1102.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale), [1990] 3 C.F. 381 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement), [1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (1^{re} inst.); *Féd. can. de la faune Inc. c. Can. (Min. de l'Environnement)*, [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (C.A.F.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.); *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541; 88 D.L.R. (3d) 267; 5 M.P.L.R. 181; 4 R.P.R. 165 (C. Div.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Fédération canadienne de la faune Inc. et autres c. Canada (Ministre de l'Environnement) et Saskatchewan Water Corp. (1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, T-2230-89, juge Muldoon, motifs de l'ordonnance en date du 1-2-91 et motifs supplémentaires en date du 4-2-91, C.F. 1^{re} inst., encore inédits; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1990] 1 C.F. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Association des consommateurs du Canada c. Le procureur général du Canada, [1979] 1 C.F. 433; (1978), 87 D.L.R. (3d) 33 (1^{re} inst.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] R.C.S. 282; (1966), 56 D.L.R. (2d) 193; 55 W.W.R. 129; *Re Rush and Township of Scugog et al.* (1978), 21 O.R. (2d) 592; 92 D.L.R. (3d) 143; 7 M.P.L.R. 196; 9 O.M.B.R. 21

Petroleum and Natural Gas Conservation Board, [1943] 1 W.W.R. 470 (Alta. S.C.); *Monsanto Canada Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 193; 83 N.R. 279 (F.C.A.).

(H.Ct.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (C.S. Alb.); *Monsanto Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 193; 83 N.R. 279 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, Oxford: Clarendon Press, 1970, "mitigable", "mitigate".

COUNSEL:

Alan W. Scarth, Q.C. and *Gordon H. A. Mackintosh* for appellants (cross respondents).

Brian J. Saunders and *Craig J. Henderson* for respondent.

D. E. Gauley, Q.C., *R. G. Kennedy*, *C. Wheatley* and *D. Wilson* for respondent (cross appellant).

SOLICITORS:

Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg, for appellants (cross respondents).

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Gauley & Company, Saskatoon, Saskatchewan, for respondent (cross appellant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

IACOBUCCI C.J.: This is an appeal by two brothers, Edelbert and Harold Tetzlaff ("appellants"), and a cross-appeal by the Saskatchewan Water Corporation ("Sask. Water") from an Order¹ of Mr. Justice Muldoon dated December 28, 1989 [(1989), 31 F.T.R. 1] directing the Minister of the Environment ("Minister") to appoint an Environmental Assessment Panel ("Panel") under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* ("EARPGO")² to conduct a public review of certain environmental effects of the Rafferty-Alameda Project ("Project") to be described below. Pursuant to the same order, Mr. Justice Muldoon further directed that, unless the Minister appointed the Panel not later than 5:00 p.m. on January 30, 1990, the licence issued by the

¹ Appeal Book, Vol. 1, Tab 2.

² Registration SOR/84-467, June 21, 1984.

a DOCTRINE

Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, Oxford: Clarendon Press, 1970, «mitigable», «mitigate».

AVOCATS:

b

Alan W. Scarth, c.r., et *Gordon H. A. Mackintosh* pour les appelants (intimés au reconventionnel).

Brian J. Saunders et *Craig J. Henderson* pour l'intimé.

c

D. E. Gauley, c.r., *R. G. Kennedy*, *C. Wheatley* et *D. Wilson* pour l'intimée (appelante au reconventionnel).

d

PROCUREURS:

Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg, pour les appelants (intimés au reconventionnel).

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Gauley & Company, Saskatoon (Saskatchewan), pour l'intimée (appelante au reconventionnel).

f

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

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: Appel a été g interjeté par deux frères, Edelbert et Harold Tetzlaff (les «appelants»), et appel reconventionnel interjeté par la Saskatchewan Water Corporation («Sask. Water»), de l'ordonnance¹ en date du 28 décembre 1989 [(1989), 31 F.T.R. 1] par laquelle h le juge Muldoon enjoignit au ministre de l'Environnement (le «ministre») de constituer une Commission d'évaluation environnementale (la «commission») conformément au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (les «Lignes directrices») ², afin d'entreprendre un examen public de certains effets environnementaux (dont la liste figure autre part) du projet de barrage Rafferty-Alameda (le «projet»). Par la même i

¹ Dossier d'appel, vol. 1, étiquette 2.

² Enregistrement DORS/84-467, 21 juin 1984.

Minister to Sask. Water for the Project pursuant to the *International River Improvements Act* ("IRIA")³ would be quashed.

Put in simple terms, the appellants argue that Mr. Justice Muldoon's analysis was correct, but he did not go far enough because he should have quashed the licence unconditionally in order to have the Panel conduct its review and make its report to the Minister pursuant to the EARPGO provisions prior to the issuance of the licence in question. On the other hand, Sask. Water argues by its cross-appeal that Mr. Justice Muldoon went too far and his order should be set aside, or alternatively that the appeal should be dismissed.

At the heart of the issues raised in the appeal and cross-appeal is the interpretation to be given to the EARPGO. The determination of these issues is of considerable importance not only to the parties and a wide group of affected people but also to the scope and effect of federal environmental legislation and regulations. Despite the importance of the environmental issues before us, counsel for the Minister informed the Court he took no position on either the appeal or cross-appeal, apparently being satisfied with the judgment of Muldoon J. and willing to put himself to the guidance of this Court.

Background

The Souris River Basin consists of a number of interrelated rivers which generally rise in Saskatchewan, flow into North Dakota, then back into Manitoba and ultimately into Lake Winnipeg. In particular, the Souris River follows this pattern having its source in Saskatchewan, flowing into North Dakota and back into Manitoba where it enters the Assiniboine River. The Souris River, like other "prairie rivers", is dependent on precipitation, snow melt in the spring and rainfall during other times of the year such that often there is either a flood or drought condition that results.

³ R.S.C., 1985, c. I-20.

ordonnance, le juge Muldoon a décidé que, faute par le ministre de constituer la commission au 30 janvier 1990 à 17 heures au plus tard, le permis délivré, en application de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* («LODACEI»)³, par ce dernier à Sask. Water pour entreprendre le projet serait annulé.

Pour simplifier, les appelants soutiennent que le juge Muldoon était correct dans son analyse, mais qu'il n'est pas allé assez loin car il aurait dû annuler le permis sans conditions afin que la commission puisse effectuer son examen et rendre compte au ministre conformément aux Lignes directrices avant que ne soit délivré le permis en question. De son côté, Sask. Water fait valoir, par appel reconventionnel, que le juge Muldoon est allé trop loin et que son ordonnance devrait être infirmée ou, à titre subsidiaire, que l'appel principal devrait être rejeté.

L'interprétation à donner des Lignes directrices est au cœur des points soulevés dans l'appel principal et l'appel reconventionnel. La décision sur ces questions revêt une importance considérable non seulement pour les parties et un grand nombre d'intéressés, mais aussi pour la portée et les effets de la législation et de la réglementation fédérales en matière de protection écologique. Malgré l'importance des questions environnementales dont la Cour est saisie, l'avocat représentant le ministre l'a informée qu'il ne prenait position à l'égard ni de l'appel principal ni de l'appel reconventionnel, étant apparemment satisfait de la décision du juge Muldoon et disposé à se soumettre aux conclusions de la Cour.

Les faits de la cause

Le bassin de la rivière Souris est formé d'un réseau de cours d'eau qui prennent leur source en Saskatchewan, traversent une partie du Dakota du Nord puis remontent au Manitoba pour se jeter dans le lac Winnipeg. C'est en particulier la course de la rivière Souris: elle prend sa source en Saskatchewan, descend au Dakota du Nord puis remonte au Manitoba où elle se jette dans la rivière Assiniboine. À l'instar des autres «rivières de prairie», son débit dépend des précipitations, de la fonte des neiges au printemps et des pluies pendant les autres saisons de l'année, ce qui expli-

³ L.R.C. (1985), chap. I-20.

Understandably water retention, storage and distribution structures in the Basin have been discussed and developed over many years.

On February 12, 1986, the Premier of Saskatchewan, the Honourable Grant Devine, announced that Saskatchewan would construct the Project. Included in the Project was the building of two Dams: the Rafferty Dam on the Souris River near the town of Estevan, and the Alameda Dam on Moose Mountain Creek, which flows into the Souris near Alameda. The objectives of the Project include flood control for Saskatchewan, North Dakota and Manitoba, improved water-based recreation facilities and irrigation facilities, greater regional and municipal water supply security, and the provision of cooling water for the Shand Thermal Electric Generating Station being constructed near Estevan.

The Government of Saskatchewan created the Souris Basin Development Authority ("SBDA") as a Crown corporation to plan, implement, and manage the Project as agent for Sask. Water, another Saskatchewan Crown corporation. SBDA prepared a provincial environmental impact statement which was publicly released. Subsequently a board of inquiry was constituted to review the Project and to make recommendations to the Saskatchewan Minister of the Environment and Public Safety who eventually granted authority to proceed with the Project subject to a number of conditions. On February 23, 1988, Sask. Water granted SBDA approval to start construction of the Rafferty Dam.

On June 17, 1988, the Minister issued a licence to Sask. Water pursuant to the *International River Improvements Act* with respect to the Project, having determined that the review by Environment Canada of the Saskatchewan environmental impact statement together with the conditions attached to the Saskatchewan licence were sufficient to protect the interests of the Federal Government in connection with the Project.

However, the federal licence was quashed by the order of Cullen J. on April 10, 1989 with *man-*

que qu'il y a souvent soit inondation soit sécheresse. Il s'ensuit que les installations de retenue, d'emmagasinage et de distribution d'eau ont fait l'objet de discussions et de plans depuis plusieurs années.

Le 12 février 1986, M. Grant Devine, premier ministre de la Saskatchewan, annonça que cette province entreprendrait le projet, dont la construction de deux barrages: le barrage de Rafferty sur la rivière Souris près de la ville d'Estevan, et le barrage d'Alameda sur la rivière Moose Mountain, qui se jette dans la Souris près d'Alameda. Ce projet avait pour objet la prévention des inondations en Saskatchewan, au Dakota du Nord et au Manitoba, l'amélioration des installations de sports aquatiques et de l'équipement d'irrigation, la sécurité de l'approvisionnement en eau régional et municipal, et la fourniture de l'eau de refroidissement à la centrale thermique de Shand, en cours de construction près d'Estevan.

Le gouvernement de la Saskatchewan a mis sur pied la Souris Basin Development Authority («SBDA»), société de la Couronne chargée de planifier, de mettre en œuvre et d'administrer le projet pour le compte de Sask. Water, qui est une autre société de la Couronne. SBDA a rendu public un énoncé provincial des incidences environnementales. Par la suite, une commission d'enquête a été instituée pour examiner le projet et faire des recommandations au ministre de l'Environnement et de la Sécurité publique de la Saskatchewan, lequel a enfin donné l'autorisation d'entreprendre le projet sous certaines conditions. Le 23 février 1988, Sask. Water a donné à la SBDA son accord pour commencer la construction du barrage de Rafferty.

Le 17 juin 1988, le ministre, en application de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, accorda à Sask. Water le permis pour le projet, après avoir conclu que l'examen, fait par Environnement Canada, de l'exposé des incidences environnementales de la Saskatchewan, ainsi que les conditions attachées au permis délivré par la province, étaient suffisants pour protéger les intérêts de l'État fédéral dans le cadre de ce projet.

Cependant, le permis fédéral a été annulé par ordonnance en date du 10 avril 1989 du juge

damus issuing to the Minister to comply with the EARPGO.⁴ This Court upheld the decision of Cullen J. in this respect.⁵

The Minister then initiated a procedure to comply with EARPGO by having:

(1) A draft Initial Environmental Evaluation prepared and released to the public in June of 1989;

(2) A public consultation process chaired by an independent Moderator and designed to receive public opinion on the draft Initial Environmental Evaluation; and

(3) The preparation of the final Initial Environmental Evaluation ("IEE")⁶ in August of 1989.

The purpose of the IEE was to provide the Minister with certain information which together with submissions from the public could be used by the Minister to decide whether to issue a second licence in conformity with the EARPGO.⁷ Public meetings were held in Saskatchewan, Manitoba and North Dakota and written submissions were received.

On August 31, 1989, a second licence for the Project was granted by the Minister under the IRIA permitting construction to proceed subject to the implementation of specified mitigation measures. In a press conference on August 31, 1989, the Minister apparently outlined his reasons for granting the licence and not appointing a public

⁴ *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.). According to Cullen J., the Project has an environmental impact on a number of areas of federal responsibility: international relations, transboundary water flows, migratory birds, interprovincial affairs, and fisheries. *Id.*, at p. 323.

⁵ *Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of Environment)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (F.C.A.).

⁶ The final IEE consists of three volumes: Volume I: Technical Report; Volume II: Public Consultation Process; and Volume III: Moderator's Report. The IEE appears as Exhibits to the affidavits of Gordon H. A. Mackintosh of October 16, 1989 (Exhibit A) and of Denis A. Davis of November 6, 1989 (Exhibit D). See Tabs 8 and 11, respectively, of the Appeal Book.

⁷ See IEE, Volume 1, c. 12-1.

Cullen, avec *mandamus* portant obligation pour le ministre de se conformer aux Lignes directrice⁴. La Cour de céans a confirmé la décision du juge Cullen à cet égard⁵.

Le ministre a pris alors les mesures suivantes pour se conformer aux Lignes directrices:

(1) Projet d'évaluation environnementale initiale préparé et rendu public en juin 1989;

(2) Processus de consultation publique sous la présidence d'un modérateur impartial et destiné à recueillir l'opinion du public sur le projet d'évaluation environnementale initiale;

(3) Préparation du rapport final de l'évaluation environnementale initiale («REI»)⁶ en août 1989.

Le REI était destiné à fournir les données qui, conjuguées avec les observations du public, pourraient permettre au ministre de décider s'il y avait lieu d'accorder un second permis conformément aux Lignes directrices⁷. Des audiences publiques eurent lieu en Saskatchewan, au Manitoba et au Dakota du Nord, et des mémoires écrits ont été reçus.

Le 31 août 1989, le ministre a accordé, en application de la LODACEI, un second permis pour la mise en œuvre du projet sous réserve de l'application de certaines mesures d'atténuation. Au cours d'une conférence de presse donnée le 31 août 1989, le ministre aurait expliqué les raisons pour lesquelles il avait décidé d'accorder le permis

⁴ *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.). Le juge Cullen a conclu que ce projet avait des répercussions environnementales sur plusieurs questions de compétence fédérale: relations internationales, écoulement transfrontalier des eaux, oiseaux migrateurs, affaires interprovinciales et pêches (p. 323).

⁵ *Féd. can. de la faune Inc. c. Can. (Min. de l'Environnement)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (C.A.F.).

⁶ Le rapport final de l'évaluation initiale comprend trois volumes: Rapport technique (vol. I), Processus de consultation publique (vol. II), Rapport du modérateur (vol. III). Le REI était joint à titre de pièce à la déposition en date du 16 octobre 1989 de Gordon H. A. Mackintosh (pièce A) et à celle en date du 6 novembre 1989 de Denis A. Davis (pièce D). Voir les étiquettes 8 et 11 respectivement du Dossier d'appel.

⁷ Voir le REI, volume 1, chap. 12-1.

review panel under the EARPGO.⁸ After referring to the IEE and public meetings conducted by the Moderator, whom the Minister described as an independent consultant, the Minister raised the question whether the Project will create significant adverse environmental effects which cannot be mitigated. The Minister's answer to his question is worth repeating. He said:

I am persuaded by the advice of the federal government's most senior environmental experts, as well as by Mr. Millard's [the Moderator's] report, that those [environmental] impacts can be almost entirely mitigated.⁹

This brief background description brings us to the decision of Muldoon J. from which an appeal and cross-appeal has been taken.

The Decision Below

Two section 18 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] proceedings were initiated in the Trial Division against the licence: *Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.) and *Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)*, T-2230-89 [F.C.T.D., Muldoon J., reasons for order dated 1/2/91 and supplementary reasons for order dated 4/2/91, not yet reported].¹⁰ In both cases, extraordinary relief was sought by way of *certiorari* quashing the licence issued by the Minister to Sask. Water pursuant to the IRIA, and *mandamus* requiring the Minister to comply with the

⁸ Appendix I to Sask. Water's memorandum of fact and law is a document entitled "Speech Discours" Notes for Remarks by the Honourable Lucien Bouchard, Minister of the Environment, August 31, 1989.

⁹ *Id.*, at p. 2.

¹⁰ By order made *ex mero motu*, dated November 30, 1989 [[1990] 1 F.C. 595 (T.D.)], Muldoon J. struck out Sask. Water as a respondent for want of jurisdiction in this Court but allowed Sask. Water to participate as an intervenor and amended the style of cause accordingly. See Appeal Book, Tab 4. Sask. Water by notice of motion, dated November 19, 1990, sought an order adding Sask. Water as a party respondent/cross-appellant in these proceedings and this Court granted the order requested relying on *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.), at p. 52, and ordered the style of cause to be so amended. Sask. Water also sought to adduce additional evidence pursuant to Rule 1102 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] but this was denied.

et de ne pas constituer une commission d'examen public en application des Lignes directrices⁸. Après avoir parlé du REI et des audiences publiques présidées par le modérateur, qu'il qualifiait d'expert-conseil, le ministre a abordé la question de savoir si le projet aurait d'importants effets environnementaux néfastes qui ne pourraient être atténués. Il a déclaré ce qui suit:

À la lumière des avis que m'ont fournis les meilleurs experts du gouvernement fédéral et en tenant compte des conclusions du rapport de M. Millard [le modérateur], je suis convaincu de la possibilité d'atténuer entièrement la plupart des incidences négatives de ce projet sur l'environnement⁹.

Ce bref aperçu nous amène à la décision du juge Muldoon, qui fait l'objet de l'appel principal et de l'appel reconventionnel.

La décision de l'instance inférieure

Deux demandes fondées sur l'article 18 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] furent intentées en première instance contre le permis: *Fédération canadienne de la faune Inc. et autres c. Canada (Ministre de l'Environnement) et Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.) et *Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, T-2230-89 [C.F. 1^{re} inst., le juge Muldoon, ordonnance en date du 1-2-91 et ordonnance supplémentaire en date du 4-2-91, encore inédites]¹⁰. L'une et l'autre demandes visaient à un recours extraordinaire consistant en une ordonnance de *certiorari* portant annulation du permis délivré par le ministre à Sask. Water en applica-

⁸ L'annexe I du mémoire des points de fait et de droit de Sask. Water est un document intitulé «Speech Discours», Notes pour la déclaration de l'honorable Lucien Bouchard, ministre de l'Environnement, 31 août 1989.

⁹ *Idem*, à la p. 2.

¹⁰ Par ordonnance rendue de son propre chef le 30 novembre 1989 [[1990] 1 C.F. 595 (1^{re} inst.)], le juge Muldoon a rayé Sask. Water à titre d'intimée pour cause de défaut de compétence de la Cour, mais lui a permis de participer à titre d'intervenante et a modifié l'intitulé de la cause en conséquence. Voir le Dossier d'appel, étiquette 4. Par avis de requête en date du 19 novembre 1990, Sask. Water a demandé à être partie à l'instance à titre d'intimée/appelante reconventionnelle; la Cour a fait droit à la requête en s'appuyant sur *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.), à la p. 52, et ordonné la modification de l'intitulé de la cause en conséquence. Sask. Water a également demandé à produire de nouvelles preuves sous le régime de la Règle 1102 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], mais cette demande à été rejetée.

EARPGO by appointing a Panel and referring the Project to it, and otherwise complying with the EARPGO. Although the respective applicants' interests were not identical particularly in that the brothers Tetzlaff primarily seek to quash the licence of the Minister in so far as it relates to the proposed Alameda Dam on Moose Mountain Creek,¹¹ the Trial Judge issued one set of reasons for both applications.

After a review of the background, the Trial Judge stated the question before him was whether the Minister had complied with the EARPGO in deciding to issue the licence to Sask. Water or, more specifically, whether the Minister, in failing to appoint a Panel pursuant to sections 20 through 32 of the EARPGO, had acted unlawfully.

To answer the question before him, the Trial Judge had to ascertain the applicable legal rules and apply those rules to the relevant facts. With respect to the facts, the IEE was of prime importance because it was, as already stated, used by the Minister in arriving at his decision to issue the licence in conformity with the EARPGO.

According to the IEE, the altered flows and lake levels within the Souris River Basin caused by the Project were expected to produce the following adverse environmental impacts in a number of areas with varying degrees of mitigation measures available:¹²

Significant Impacts

(1) reduced downstream flows aggravating already poor water quality in the Souris River and a diminished recreational value of the Souris;

(2) significant adverse effects on waterfowl production within Saskatchewan and North Dakota;

¹¹ The Tetzlaff brothers own a farm of about 1,120 acres at Alameda which has been in the family since 1942 and which the brothers have operated since 1949.

¹² IEE, Vol. 1, at iii to v.

tion de la LODACEI, et en une ordonnance de *mandamus* portant obligation pour le ministre de se conformer aux Lignes directrices en constituant une commission chargée de l'examen du projet, et de se conformer à ce décret à tous autres égards. Bien que les intérêts des requérants respectifs ne fussent pas les mêmes, en particulier du fait que les frères Tetzlaff cherchent au premier chef à faire annuler le permis du ministre dans la mesure où il porte sur le barrage d'Alameda prévu sur la rivière Moose Mountain¹¹, le juge de première instance a prononcé les mêmes motifs à l'égard des deux demandes.

À la lumière des faits de la cause, le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait d'examiner si le ministre s'était conformé aux Lignes directrices en décidant d'accorder le permis à Sask. Water ou, plus spécifiquement, si, en omettant de constituer une commission conformément aux articles 20 à 32 du même décret, il avait agi de façon illicite.

Pour répondre à cette question, le juge de première instance devait déterminer quelles étaient les règles de droit applicables aux faits de la cause. En ce qui concerne ces derniers, le REI était de la plus haute importance puisque, comme indiqué plus haut, le ministre s'y était fondé pour décider d'accorder le permis en application des Lignes directrices.

Selon le REI, le changement que provoquerait le projet dans les débits et les niveaux des lacs dans le bassin de la rivière Souris devait avoir les conséquences environnementales néfastes suivantes, avec diverses mesures d'atténuation disponibles¹²:

Effets importants

(1) réduction du débit en aval, ce qui aggrave encore la mauvaise qualité de l'eau de la rivière Souris et en réduit la valeur ludique;

(2) importants effets néfastes sur la reproduction des oiseaux aquatiques en Saskatchewan et au Dakota du Nord;

¹¹ Les frères Tetzlaff sont propriétaires à Alameda d'une exploitation agricole de quelque 1 120 acres, qui appartient à la famille depuis 1942 et qu'ils exploitent depuis 1949.

¹² REI, vol. 1, iii à v.

(3) reduced flows entering North Dakota and associated water quality effects would result in a decline and possible elimination of the fish population in Lake Darling, North Dakota;

(4) losses in fish habitat in Saskatchewan and Manitoba;

(5) the loss of federal community pasture lands because of the Project reservoirs;

(6) significant adverse effects on rare and endangered plant and animal species; and

(7) impacts on navigation.

Moderate Impacts

(1) reservoir releases would intermittently impact on downstream water quality;

(2) mercury levels in fish tissue would increase in the reservoirs and possibly downstream; and

(3) inundation of the Souris River valley by the Rafferty reservoir would reduce critical habitat and local populations of the Baird's Sparrow, a threatened species.

The IEE then went on to discuss these environmental impacts within Saskatchewan, North Dakota and Manitoba and then identified information deficiencies, explaining these as follows:¹³

Information Deficiencies

The preparation of this IEE relied primarily on the extensive documentation previously prepared by the Project Proponent (SBDA), other Saskatchewan provincial agencies, federal and state agencies in the United States, Manitoba agencies, Environment Canada and other federal government departments. Some additional data and information were compiled in the areas of hydrology, water quality, rare and endangered species, and migratory birds.

The lack of data and information for some areas of concern have placed limitations on the extent to which Project impacts can be assessed. The major areas of deficiency are categorized below as being of significant or moderate importance.

(3) la réduction des débits entrant au Dakota du Nord et les effets connexes sur la qualité de l'eau se traduiraient par un déclin et l'élimination possible de la population de poissons du lac Darling, au Dakota du Nord;

(4) pertes en matière d'habitat de poissons en Saskatchewan et au Manitoba;

(5) perte de pâturages domaniaux fédéraux du fait des bassins de retenue du projet;

(6) importants effets néfastes sur des espèces végétales et animales rares et en danger;

(7) effets sur la navigation.

Effets modérés

(1) les vidanges des bassins de retenue auraient, de façon intermittente, des répercussions sur la qualité de l'eau en aval;

(2) les niveaux de mercure dans la chair de poisson s'élèveraient dans les bassins de retenue et peut-être aussi en aval;

(3) l'inondation de la vallée de la rivière Souris par le bassin de retenue de Rafferty réduirait l'habitat critique et les populations locales du pinson de Baird, qui est une espèce menacée d'extinction.

Le REI analyse ensuite ces répercussions environnementales en Saskatchewan, au Dakota du Nord et au Manitoba et relève les insuffisances des données, comme suit¹³:

[TRADUCTION] Insuffisances des données

La préparation de ce REI a été surtout fondée sur la documentation antérieurement établie par le promoteur du projet (SBDA), d'autres organismes provinciaux de la Saskatchewan, des organismes fédéraux et d'État des États-Unis, des organismes du Manitoba, Environnement Canada et d'autres organismes de l'administration fédérale. Certaines données et informations supplémentaires ont été compilées en matière d'hydrologie, de qualité de l'eau, d'espèces rares et en danger, et d'oiseaux migrateurs.

Le manque de données et d'informations à l'égard de certains sujets de préoccupation a limité l'évaluation du projet. Les principales faiblesses sont caractérisées ci-dessous comme étant de grande ou de moyenne importance.

¹³ IEE, Vol. 1, at ix.

¹³ REI, vol. 1, ix.

The IEE then discussed some nine areas of what were called "Significant Deficiencies" in information and four areas of "Moderate Deficiencies".

Muldoon J. quite properly reviewed the IEE findings as the basis for the Minister's decision not to appoint a Panel and for issuing the licence in dispute. In doing so, the Trial Judge noted that the classification in the IEE of "moderate" environmental impacts was not a term used in the EARPGO.¹⁴ In addition, the Trial Judge reviewed the various environmental impacts and the information deficiencies mentioned above which made certain conclusions doubtful or questionable. He also examined the various assertions in the IEE relating to the extent that mitigation of the environmental impacts was available. His review of these impacts, deficiencies, and mitigation measures took place in the light of what he believed was the way in which the EARPGO was to be interpreted. Indeed, it is that interpretation, which will be discussed below, that is the central issue in the case.

In summary, the Trial Judge reviewed the material that was before the Minister which formed the basis for his decision to issue the licence; identified "significant adverse environmental effects" as specified in the EARPGO and described in the IEE and related documentation, and discussed information deficiencies that made certain conclusions doubtful, and discussed as well the mitigation measures available; interpreted the EARPGO provisions dealing with public review in a certain way and applied that interpretation to the material before him, and found the decision of the Minister not to appoint a Panel to be unlawful; and ordered *mandamus* requiring the Minister to comply with the EARPGO Panel appointment provisions, and in exercising his discretion ordered

¹⁴ See reasons for order, Appeal Book, Tab 3, 12-13 [pp. 9-11 F.T.R.]. The EARPGO speaks only of significant or insignificant impacts. Muldoon J. treated "moderate" impacts in the IEE as significant since in his view they were "not insignificant" and as such could only be "significant". He also said that to be insignificant, an adverse impact cannot be moderate but rather must be "without significance". As will be described below, I agree with his analysis.

Le REI relève neuf «insuffisances graves» et quatre «insuffisances modérées» en matière de données.

Le juge Muldoon a examiné à juste titre les conclusions du REI dans lesquelles il voyait l'explication du ministre de ne pas constituer une commission et de délivrer le permis en cause. Ce faisant, il a fait observer que la classification des effets environnementaux «modérés» dans l'évaluation initiale n'était pas prévue aux Lignes directrices¹⁴. En outre, il a relevé les divers effets environnementaux et insuffisances d'information susmentionnées qui rendaient douteuses certaines conclusions. Il a également examiné certaines assertions contenues dans le rapport d'évaluation initiale au sujet des possibilités d'atténuation des effets environnementaux. Il a examiné ces effets, insuffisances et mesures d'atténuation à la lumière de l'interprétation qu'il jugeait correcte des Lignes directrices. En fait, cette interprétation, qui sera examinée plus loin, est au cœur du litige.

En résumé, le juge de première instance a examiné les données sur lesquelles le ministre s'était fondé pour délivrer le permis; il a relevé les «importants effets environnementaux néfastes» visés aux Lignes directrices et consignées dans le rapport d'évaluation initiale et les documents connexes; il a analysé les insuffisances d'information qui rendaient douteuses certaines conclusions; il a interprété d'une certaine manière les dispositions des Lignes directrices relatives à l'examen public et appliqué cette interprétation aux faits dont il avait été saisi, et conclu que la décision du ministre de ne pas constituer une commission était illicite; il a rendu une ordonnance de *mandamus* pour enjoindre au ministre de se conformer aux dispositions des Lignes directrices relatives à la constitution de la commission; et exerçant son pouvoir d'appréciation, il a rendu une ordonnance de *certiorari* pour annuler le permis au cas où une

¹⁴ Voir les Motifs de l'ordonnance, Dossier d'appel, étiquette 3, 12-13 [aux p. 9 à 11 F.T.R.]. Les lignes directrices ne mentionnent que les effets importants ou minimes. Le juge Muldoon voyait dans les répercussions «modérées» relevées par l'évaluation initiale des répercussions importantes puisque, à son avis, elles n'étaient pas «minimes» et, de ce fait, ne pouvaient être qu'«importantes». Il a également conclu que pour être minime, une répercussion néfaste ne pouvait être modérée, il fallait qu'elle fût «sans aucune importance». Comme je l'expliquerai plus loin, je souscris à cette analyse.

certiorari to quash the licence unless a Panel was appointed prior to a specific time.

At this stage, I think it useful to refer briefly to the legislative and regulatory provisions that are relevant to the issues raised in the appeal and cross-appeal.

An Overview of the Applicable Legislative and Regulatory Provisions

The Minister issued a licence to Sask. Water pursuant to the provisions of the IRIA and the *International River Improvements Regulations* ("Regulations")¹⁵ promulgated thereunder. It is not disputed that the Project comes within the definition of "international river improvement" in the IRIA for which a licence is required by section 4.¹⁶ Section 10 of the Regulations gives the Minister a discretion to issue the licence.¹⁷

¹⁵ C.R.C., c. 982 as amended by SOR/87-570.

¹⁶ Section 2 of the IRIA defines "international river improvement" as a

2. ...
... dam, obstruction, canal, reservoir or other work the purpose or effect of which is
- (a) to increase, decrease or alter the natural flow of an international river, and
 - (b) to interfere with, alter or affect the actual or potential use of the international river outside Canada;

Section 4 of the IRIA provides:

4. No person shall construct, operate or maintain an international river improvement unless that person holds a valid licence therefor issued under this Act.

Section 5 provides for offences for contravention of the IRIA and section 6 deals with forfeiture by removal, destruction or disposition by the Governor in Council of an international river improvement constructed, operated or maintained in contravention of the IRIA.

¹⁷ Section 10 of the Regulations states:

10. (1) Where an applicant for a licence has supplied all the information required by these Regulations the Minister may

- (a) issue to him a licence for a period not exceeding 50 years; and
 - (b) upon the expiration of any licence issue a further licence for a period not exceeding 50 years.
- (2) Each licence shall stipulate the terms and conditions under which the international river improvement may be constructed, operated and maintained, and the period for which it is issued. [Emphasis added.]

commission ne serait pas constituée dans le délai imparti.

En cet état de la cause, il y a lieu de rappeler brièvement les dispositions législatives et réglementaires applicables aux questions soulevées dans l'appel principal et l'appel reconventionnel.

Aperçu des dispositions législatives et réglementaires applicables

Le ministre a délivré à Sask. Water un permis en application de la LODACEI et du *Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux* (le «Règlement»)¹⁵ pris pour son application. Il est constant que le projet tombe dans le champ d'application de la définition d'«ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international» de cette Loi, pour lequel un permis est requis par l'article 4¹⁶. L'article 10 du Règlement habilite le ministre à délivrer ce permis¹⁷.

¹⁵ C.R.C., chap. 982, modifié par DORS/87-570.

¹⁶ L'article 2 de la LODACEI définit «ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international» comme suit:

2. ...
... barrage, obstacle, canal, bassin de retenue ou autre ouvrage dont l'objet ou effet consiste
- a) d'une part, à augmenter, diminuer ou changer le débit naturel du cours d'eau international;
 - b) d'autre part, à déranger, modifier ou influencer l'utilisation effective ou virtuelle du cours d'eau international hors du Canada.

L'article 4 de la LODACEI porte:

4. Il est interdit à toute personne de construire, de mettre en service ou d'entretenir des ouvrages destinés à l'amélioration d'un cours d'eau international, à moins qu'elle ne détienne un permis valide délivré, pour cet objet, en vertu de la présente loi.

L'article 5 prévoit les sanctions pénales en cas d'infraction à la LODACEI, et l'article 6 prévoit la confiscation par enlèvement, destruction ou autre disposition ordonnée par le gouverneur en conseil, de tout ouvrage construit, mis en service ou entretenu en violation de la LODACEI.

¹⁷ L'article 10 du Règlement porte:

10. (1) Si le demandeur d'un permis a fourni toutes les précisions requises sous le régime du présent règlement, le Ministre peut

- a) lui délivrer un permis pour une période ne dépassant pas 50 ans; et
 - b) émettre à l'expiration de tout permis, un autre permis pour une période ne dépassant pas 50 ans.
- (2) Chaque permis doit stipuler les termes et conditions auxquels l'ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international peut être construit, mis en fonctionnement et maintenu, ainsi que la période pour laquelle ce permis est délivré. [Mot non souligné dans le texte.]

Sections 4 and 5 of the *Department of the Environment Act*¹⁸ ("Environment Act") deal with the powers, duties and functions of the Minister and section 6 thereof enables him to establish guidelines, by order with the approval of the Governor in Council, for use by departments, boards, and agencies and other bodies of the Government of Canada. These sections read as follows:

POWERS, DUTIES AND FUNCTIONS OF THE MINISTER

4. (1) The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to

(a) the preservation and enhancement of the quality of the natural environment, including water, air and soil quality;

(b) renewable resources, including migratory birds and other non-domestic flora and fauna;

(c) water;

(d) meteorology;

(e) notwithstanding paragraph 4(2)(f) of the *Department of National Health and Welfare Act*, the enforcement of any rules or regulations made by the International Joint Commission, promulgated pursuant to the treaty between the United States of America and His Majesty, King Edward VII, relating to boundary waters and questions arising between the United States and Canada, in so far as they relate to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;

(f) the coordination of the policies and programs of the Government of Canada respecting the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;

(g) national parks; and

(h) national battlefields, historic sites and monuments.

(2) The powers, duties and functions of the Minister also extend to and include such other matters, relating to the environment and over which Parliament has jurisdiction, as are by law assigned to the Minister.

5. The Minister, in exercising his powers and carrying out his duties and functions under section 4, shall

(a) initiate, recommend and undertake programs, and coordinate programs of the Government of Canada that are designed

(i) to promote the establishment or adoption of objectives or standards relating to environmental quality, or to control pollution,

(ii) to ensure that new federal projects, programs and activities are assessed early in the planning process for potential adverse effects on the quality of the natural environment and that a further review is carried out of those periods, programs, and activities that are found to have probable significant adverse effects, and the results thereof taken into account, and

Les articles 4 et 5 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*¹⁸ prévoient les pouvoirs et fonctions du ministre, et l'article 6 l'habilite à établir, avec l'approbation du gouverneur en conseil, des directives à l'usage des ministères et autres organismes fédéraux. Voici le texte de ces trois articles:

POUVOIRS ET FONCTIONS DU MINISTRE

4. (1) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux et liés:

a) à la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, notamment celle de l'eau, de l'air et du sol;

b) aux ressources naturelles renouvelables, notamment les oiseaux migrateurs et la flore et la faune sauvages en général;

c) aux eaux;

d) à la météorologie;

e) malgré l'alinéa 4(2)f) de la *Loi sur le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, à l'application, dans la mesure où ils touchent la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, des règles ou règlements pris par la Commission mixte internationale et promulgués aux termes du traité signé entre les États-Unis d'Amérique et Sa Majesté le roi Édouard VII au sujet des eaux limitrophes et des questions d'intérêt commun pour les deux pays;

f) à la coordination des plans et programmes du gouvernement fédéral en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel;

g) aux parcs nationaux;

h) aux champs de bataille, lieux et monuments historiques nationaux.

(2) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent en outre aux autres domaines de compétence du Parlement liés à l'environnement et qui lui sont attribués de droit.

5. Dans le cadre des pouvoirs et fonctions que lui confère l'article 4, le ministre:

a) lance, recommande ou entreprend à son initiative et coordonne à l'échelle fédérale des programmes visant à:

(i) favoriser la fixation ou l'adoption d'objectifs ou de normes relatifs à la qualité de l'environnement ou à la lutte contre la pollution,

(ii) faire en sorte que les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient, dès les premières étapes de planification, évalués en fonction de leurs risques pour la qualité de l'environnement naturel, et que ceux d'entre eux dont on aura estimé qu'ils présentent probablement des risques graves fassent l'objet d'un réexamen dont les résultats devront être pris en considération,

¹⁸ R.S.C., 1985, c. E-10.

¹⁸ L.R.C. (1985), chap. E-10.

- (iii) to provide to Canadians environmental information in the public interest;
- (b) promote and encourage the institution of practices and conduct leading to the better preservation and enhancement of environmental quality, and cooperate with provincial governments or agencies thereof, or any bodies, organizations or persons, in any programs having similar objects; and
- (c) advise the heads of departments, boards and agencies of the Government of Canada on all matters pertaining to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment.

GUIDELINES BY ORDER

6. For the purposes of carrying out his duties and functions related to environmental quality, the Minister may, by order, with the approval of the Governor in Council, establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada and, where appropriate, by corporations named in Schedule III to the *Financial Administration Act* and regulatory bodies in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions.

The guidelines contemplated by section 6 of the Environment Act are the EARPGO which provides for a Federal Environmental Assessment Review Office ("Office") which oversees the EARPGO as it applies throughout the Government of Canada. The EARPGO applies to "proposal[s]" (defined as any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision-making authority) undertaken by an "initiating department"¹⁹ that

6. ...

- (b) ... may have an environmental effect on an area of federal responsibility;²⁰

Under this provision, the EARPGO applies to the Project since it is an international river improvement under the IRIA for which a licence of the Minister is required and which has an environmental effect on an area of federal responsibility.²¹

¹⁹ This term is defined in section 2 as "any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal". In this case the Department of the Environment is the initiating department under the EARPGO and the Minister is also the official who grants a licence under the IRIA.

²⁰ Section 6 of the EARPGO.

²¹ See Cullen J.'s comments in *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* with respect to the environmental impacts of the Project in several areas of federal responsibility: *supra*, note 4.

- (iii) fournir, dans l'intérêt public, de l'information sur l'environnement à la population;

- a* *b*) favorise et encourage des comportements tendant à protéger et améliorer la qualité de l'environnement, et coopère avec les gouvernements provinciaux ou leurs organismes, ou avec tous autres organismes, groupes ou particuliers, à des programmes dont les objets sont analogues;
- c*) conseille les chefs des divers ministères ou organismes fédéraux en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel.

b

DIRECTIVES ÉTABLIES PAR ARRÊTÉ

6. Au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux et, s'il y a lieu, à celui des sociétés d'État énumérées à l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et des organismes de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions.

d Les directives visées à l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* sont, en l'espèce, les Lignes directrices qui prévoient la création du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (le «Bureau»), chargé de contrôler l'application de ces Lignes directrices par l'ensemble des organismes du gouvernement du Canada. Ces dernières s'appliquent aux «propositions» (ce terme s'entend de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions) relevant d'un «ministère responsable»¹⁹ et

6. ...

- b*) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale²⁰.

g En vertu de cette disposition, les Lignes directrices sont applicables au projet puisqu'il s'agit d'un ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international, au sens de la LODACEI, pour lequel un permis du ministre est requis et qui peut avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale²¹.

¹⁹ Cette expression est définie à l'article 2 comme s'entendant de tout «Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition». En l'espèce, le ministère de l'Environnement est le ministère responsable visé par les Lignes directrices, et le ministre est aussi l'autorité qui délivre le permis visé à la LODACEI.

²⁰ Article 6 de la LODACEI.

²¹ Voir dans *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, les observations du juge Cullen au sujet des répercussions du projet sur plusieurs domaines de compétence fédérale: note 4 *supra*.

The EARPGO contemplates two possible stages of review. The first is an environmental screening or initial assessment that must be undertaken by the initiating department to determine whether and to what extent there may be potentially adverse environmental effects from the proposal.²² The second stage is a public review process by an independently established Environmental Assessment Panel that can be triggered by (i) the Minister so deciding where public concern indicates a public review is desirable,²³ (ii) the proposal being of a type that is on a list that calls for automatic referral to the Minister for public review by a Panel,²⁴ and (iii) the initial assessment revealing prescribed circumstances that call for public review by a Panel.²⁵ Where none of these categories applies, the proposal can proceed without any public review by a Panel. As categories (i) and (ii) are acknowledged not to be applicable,²⁶ it is on this last category that the parties in the appeal and cross-appeal differ.

More particularly, the appellants argue that the Trial Judge was correct in deciding that the provisions of paragraph 12(c) of the EARPGO were not complied with by the Minister. Paragraph 12(c) provides as follows:

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

(c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with

²² See generally sections 10 to 17 of the EARPGO.

²³ Section 13 of the EARPGO.

²⁴ By the combined operation of paragraph 11(b) and paragraph 12(b) of the EARPGO.

²⁵ Paragraphs 12(d) and (e). Paragraph 12(f), which deals with unacceptable environmental effects calling for modification leading to possible abandonment of the proposal, was not argued by either party as being applicable herein. Section 20 provides that, where a determination is made pursuant to paragraph 12(b), (d) or (e) or section 13, the initiating departmental shall refer the proposal to the Minister for public review.

²⁶ Category (i), section 13 of the EARPGO, is not applicable because the Minister has in effect decided no public review is necessary. Category (ii), paragraphs 11(b) and 12(b), is not applicable because we were informed at the hearing that the list contemplated by these provisions has apparently not yet been developed.

Les Lignes directrices prévoient deux paliers possibles d'examen. Il y a en premier lieu l'évaluation environnementale initiale que doit effectuer le Ministère responsable pour examiner si et dans quelle mesure la proposition peut avoir des effets environnementaux néfastes²². Le second palier consiste en un examen public effectué par une commission indépendante, lequel examen public est déclenché (i) par le ministre chaque fois que les préoccupations du public rendent un tel examen souhaitable²³, (ii) si la proposition est d'un type compris dans une liste en vertu de laquelle elle est automatiquement soumise au ministre en vue de l'examen public par une commission²⁴, et (iii) si l'évaluation initiale révèle des facteurs qui justifient l'examen public par une commission²⁵. Si aucun de ces trois cas ne s'applique, la proposition peut être mise à exécution sans examen public par une commission. Les catégories (i) et (ii) étant reconnues comme inapplicables en l'espèce²⁶, c'est sur la troisième catégorie que porte le litige entre les parties à l'appel principal et à l'appel reconventionnel.

Plus particulièrement, les appelants principaux font valoir que le juge de première instance a eu raison de conclure que le ministre ne s'était pas conformé à l'alinéa 12(c) des Lignes directrices, lequel prévoit ce qui suit:

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par

²² Articles 10 à 17 des Lignes directrices.

²³ Article 13 des Lignes directrices.

²⁴ Effet conjugué des alinéas 11b) et 12b) des Lignes directrices.

²⁵ Alinéas 12d) et e). Ni l'une ni l'autre partie n'invoque l'alinéa 12f) qui porte sur les effets environnementaux inacceptables justifiant la modification, voire l'annulation, de la proposition. L'article 20 prévoit que, lorsque les effets d'une proposition ont été déterminés conformément aux alinéas 12b), d) ou e) ou à l'article 13, le ministère responsable soumet la proposition au ministre pour examen public.

²⁶ Le cas (i), prévu à l'article 13 des Lignes directrices, n'est pas applicable puisque le ministre a décidé en fait qu'un examen public n'était pas nécessaire. Le cas (ii), que prévoient les alinéas 11b) et 12b), n'est pas applicable puisque, à l'audience, la Cour a été informée que la liste visée n'avait pas encore été établie.

known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;

l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;

If the initial assessment procedure reveals that the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal "are insignificant or mitigable with known technology" the proposal, in this case the Project, may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be. As the Trial Judge found the Minister could not, on the basis of the material before him, have come to that conclusion, the Project should have been referred to a Panel for public review. In answer, Sask. Water argues in its cross-appeal that the Trial Judge was wrong in his interpretation of paragraph 12(c).

^a S'il ressort de l'évaluation initiale que les effets néfastes que peut avoir la proposition «sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues», cette proposition, à savoir le projet en l'espèce, peut être mise à exécution telle quelle ou à l'aide de ces mesures, selon le cas. ^b Attendu que sur la foi du dossier dont il a été saisi, le juge de première instance a décidé que le ministre n'avait pu tirer pareille conclusion, il aurait fallu soumettre le projet à une commission d'examen public. De son côté, Sask. Water soutient dans son appel reconventionnel, que le juge de première instance a mal interprété l'alinéa 12(c).

In my view, the Trial Judge was correct for the reasons I will now discuss, but because the cross-appeal raises issues which logically arise first, I shall deal with those issues before dealing with the issues in the appeal.

^c À mon avis, les conclusions du juge de première instance étaient correctes pour les raisons que j'expliquerai ci-après mais, attendu que l'appel reconventionnel soulève des questions qui, en toute logique, devraient se poser en premier lieu, je me prononcerai à ce sujet avant de me pencher sur les motifs de l'appel principal.

Cross-Appeal

The main argument raised by Sask. Water in its cross-appeal is that Muldoon J. erred in his interpretation of the words "mitigable with known technology" in paragraph 12(c) of the EARPGO. Sask. Water also argued that the learned Judge applied the wrong standard of judicial review in respect of the Minister's findings of opinion and fact relating to the Project and rather than confining himself to the question of whether the Minister had erred in law or jurisdiction, the Judge below erroneously reviewed the correctness of those findings on their merits. Sask. Water also argued that the Trial Judge erred in ordering *mandamus* against the Minister.

L'appel reconventionnel

Le principal argument que fait valoir Sask. Water dans son appel reconventionnel est que le juge Muldoon a mal interprété les mots «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» figurant à l'alinéa 12(c) des Lignes directrices. Sask. Water soutient aussi qu'il a appliqué la norme de contrôle judiciaire qui ne convenait pas à l'avis et aux conclusions sur les faits du ministre au sujet du projet et qu'au lieu de se limiter à la question de savoir si le ministre avait commis une erreur de droit ou de compétence, le juge de première instance a exercé à tort, un contrôle au fond de ces conclusions. Sask. Water soutient enfin que le juge de première instance a rendu à tort une ordonnance de *mandamus* contre le ministre.

To appreciate Sask. Water's arguments more fully, I wish to set out the relevant provisions of the EARPGO.

^d En vue d'un examen minutieux de l'argumentation de Sask. Water, il y a lieu de rappeler les dispositions applicables des Lignes directrices.

10. (1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

^e 10. (1) Le ministère responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

(2) Any decisions to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1) shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

11. For the purposes of the environmental screening and initial assessment referred to in subsection 10(1), the initiating department shall develop, in cooperation with the Office,

(a) a list identifying the types of proposals that would not produce any adverse environmental effects and that would, as a result, be automatically excluded from the Process; and

(b) a list identifying the types of proposals that would produce significant adverse environmental effects and that would be automatically referred to the Minister for public review by a Panel.

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

(a) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(a), in which case the proposal may automatically proceed;

(b) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(b), in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel;

(c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;

(d) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unknown, in which case the proposal shall either require further study and subsequent rescreening or reassessment or be referred to the Minister for public review by a Panel;

(e) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are significant, as determined in accordance with criteria developed by the Office in cooperation with the initiating department, in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel; or

(f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

13. Notwithstanding the determination concerning a proposal made pursuant to section 12, if public concern about the proposal is such that a public review is desirable, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

14. Where, in any case, the initiating department determines that mitigation or compensation measures could prevent any of the potentially adverse environmental effects of a proposal from becoming significant, the initiating department shall ensure that such measures are implemented.

According to Sask. Water, paragraph 12(c), which permits a proposal to proceed without public review by a Panel if the potentially adverse environmental effects are "insignificant or mitigable

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

11. Aux fins de l'examen préalable et de l'évaluation initiale visés au paragraphe 10(1), le ministère responsable dresse, en collaboration avec le Bureau, les listes suivantes:

a) une liste des divers types de propositions qui n'auraient aucun effet néfaste sur l'environnement et qui, par conséquent, seraient automatiquement exclus du processus; et

b) une liste des divers types de propositions qui auraient des effets néfastes importants sur l'environnement et qui seraient automatiquement soumises au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission.

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

a) si la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11a), auquel cas elle est réalisée telle que prévue;

b) [si] la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11b), auquel cas elle est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;

d) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inconnus, auquel cas la proposition est soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou évaluation initiale, ou est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

e) si, selon les critères établis par le Bureau, de concert avec le ministère responsable, les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont importants, auquel cas la proposition est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission; ou

f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

13. Nonobstant la détermination des effets d'une proposition, faite conformément à l'article 12, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre en vue de la tenue d'un examen public par une commission, chaque fois que les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un tel examen souhaitable.

14. Le ministère responsable voit à la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation, s'il est d'avis que celles-ci peuvent empêcher que les effets néfastes d'une proposition sur l'environnement prennent de l'ampleur.

Selon Sask. Water, l'alinéa 12c) qui permet la mise à exécution d'une proposition sans examen public de la part d'une commission si les effets qu'elle peut avoir sur l'environnement «sont mini-

with known technology”, must be read in conjunction with the only other EARPGO provision dealing with mitigation, namely section 14. Sask. Water says section 14 specifies the standard to be applied under paragraph 12(c) in determining whether the potentially adverse environmental effects of a proposal are “mitigable with known technology”. Under this argument section 14 provides that adverse effects are “mitigable” if “mitigation or compensation measures could prevent any of the potentially adverse environmental effects of a proposal from becoming significant”. It is clear therefore from section 14 that the mitigation measures do not have to eliminate any potentially adverse effects to qualify under paragraph 12(c). It is sufficient if the Minister determines that the mitigation or compensation measures could prevent the adverse effects from becoming significant.

I do not agree with this argument. Section 14 puts an obligation on initiating departments to ensure that mitigation and compensation measures are applied to prevent potentially adverse environmental effects from becoming significant. As will be discussed below, there are two kinds of adverse environmental effects in the Panel provisions of the EARPGO: significant or insignificant. Consequently I interpret “effects from becoming significant” in section 14 as another way of saying that mitigation and compensation measures must be taken to make the adverse effects “insignificant”.

Counsel for Sask. Water also supports its argument by referring to the dictionary meaning of “Mitigable”: capable of being mitigated; “Mitigate”: To alleviate . . . To reduce the severity of . . . To moderate . . .²⁷ Thus the reference in paragraph 12(c) of the EARPGO to “mitigable” does not impose an unattainable standard of complete

mes ou peuvent être atténués par l’application de mesures techniques connues» doit être interprété à la lumière d’autres dispositions des Lignes directrices relatives aux mesures d’atténuation, savoir l’article 14. Sask. Water soutient que cet article 14 définit la norme à appliquer lorsqu’il s’agit d’examiner, en application de l’alinéa 12c), si les effets néfastes que peut avoir une proposition «peuvent être atténués par l’application de mesures techniques connues». Selon cette argumentation, l’article 14 a pour effet de faire que des effets néfastes «peuvent être atténués» si les «mesures d’atténuation et d’indemnisation, s’il est d’avis que celles-ci peuvent empêcher que les effets néfastes d’une proposition sur l’environnement prennent de l’ampleur». Il ressort de l’article 14 que les mesures d’atténuation ne doivent pas nécessairement éliminer tout effet néfaste potentiel pour tomber dans le champ d’application de l’alinéa 12c). Il suffirait que le ministre conclue que les mesures d’atténuation ou d’indemnisation peuvent empêcher que les effets néfastes prennent de l’ampleur.

Je ne saurais accueillir pareil argument. L’article 14 fait aux ministères responsables l’obligation de s’assurer que les mesures d’atténuation et d’indemnisation sont prises pour empêcher que les effets néfastes potentiels prennent de l’ampleur. Comme nous le verrons plus loin, les dispositions des Lignes directrices relatives aux commissions d’examen public n’envisagent que deux catégories d’effets environnementaux néfastes: ceux qui sont importants et ceux qui sont minimes. En conséquence, j’interprète le membre de phrase «empêcher que les effets néfastes . . . prennent de l’ampleur» comme signifiant que les mesures d’atténuation et d’indemnisation doivent être prises de manière à rendre ces effets néfastes «minimes».

L’avocat de Sask. Water cite encore, à l’appui de son argument, le sens que donne le dictionnaire au mot «Mitigable»: «capable of being mitigated (qui peut être atténué); «Mitigate» (atténuer): To alleviate (amoindrir) . . . To reduce the severity of (rendre moins grave) . . . To moderate (tempérer) . . .»²⁷. Ainsi, par l’emploi de ce terme («peuvent être atténués» en français), l’alinéa 12c) n’impose pas une norme inaccessible, savoir l’éli-

²⁷ See *Shorter Oxford English Dictionary* (1970 edition).

²⁷ *Shorter Oxford English Dictionary* (1970).

elimination of any potentially adverse environmental effects before a proposal can proceed after the initial assessment without public review.

However, to repeat, section 12 and paragraph 12(c) in particular deal with a determination of when a proposal will or will not be sent for public review. Where the adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, the proposal can proceed without public review. From a logical and contextual point of view, the words "mitigable with known technology" should be interpreted as parallel or equivalent to "insignificant" without applying known technology. Surely the two bases for deciding whether public review is warranted should be interpreted in the same way. If so, the words "mitigable with known technology" should be interpreted as meaning in effect, "renderable insignificant with known technology". That interpretation would treat the phrase "mitigable with known technology" as having the same meaning as insignificant without the application of known technology.

In other words, there are only two conditions envisioned in paragraph 12(c): insignificant or significant. Sask. Water argues there are not two conditions but three: insignificant, less than significant, and significant. I reject this since, for example, how does one determine how "less than significant" an environmental impact has to be? It does not make sense to have public review depend on a series of environmental impacts each having less than significant effect but each in turn differing from one another. I agree with Muldoon J. that, if an effect is not insignificant, it is by definition significant, and only when environmental effects are insignificant or with the application of known technology rendered insignificant can public review be avoided. Counsel for Sask. Water said such an interpretation will mean public reviews will be mandatory in almost every case but if that is so, that is a natural consequence which flows from the words chosen and serves to highlight the importance of the public review in matters of this kind.

mination totale des effets néfastes éventuels pour qu'une proposition puisse être mise à exécution après l'évaluation initiale et sans examen public.

a Il faut cependant rappeler que l'article 12, et en particulier l'alinéa 12c), prévoit les cas où une proposition sera soumise ou non à l'examen public. Si les effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués *b* par l'application de mesures techniques connues, elle peut être mise à exécution sans examen public. En toute logique et vu le contexte, il faut interpréter les mots «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» comme étant *c* parallèles ou équivalents à «minimes» sans l'application de mesures techniques connues. Il est certain que les deux fondements de la décision sur la question de savoir si l'examen public est justifié doivent être interprétés de la même façon. Aussi *d* les mots «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» doivent-ils être interprétés comme signifiant en fait «peuvent être rendus minimes par l'application de mesures techniques connues». Dans cette interprétation, le *e* membre de phrase «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» signifie la même chose que «minimes sans l'application de mesures techniques connues».

f En d'autres termes, l'alinéa 12c) n'envisage que deux catégories: effets importants et effets minimes. Sask. Water soutient qu'il y en a trois, non pas deux: effets minimes, effets moins qu'importants et effets importants. Je rejette cette argumentation, car comment pourrait-on par exemple *g* définir à quel point un effet environnemental doit être «moins qu'important»? Il serait absurde d'assujettir l'examen public à un éventail d'effets environnementaux moins qu'importants et tous différents les uns des autres. Je conviens avec le juge *h* Muldoon que, si un effet n'est pas minime, il est par définition important, et ce n'est qu'en cas d'effets minimes ou rendus minimes par l'application de mesures techniques connues qu'on peut se *i* dispenser d'un examen public. Pour l'avocat de Sask. Water, une telle interprétation signifiera que l'examen public sera obligatoire dans presque tous les cas, mais s'il en est ainsi, il s'agit là d'une *j* conséquence naturelle des mots choisis, qui sert aussi à souligner l'importance du processus d'examen public en la matière.

In my view, Muldoon J. in effect correctly interpreted paragraph 12(c) and found the Minister's interpretation and conclusion based on it to be erroneous in law. As paragraph 12(c) was therefore not available to the Minister, the Trial Judge concluded that the environmental effects in question were covered most likely by paragraph 12(e) as well as possibly 12(b) and 12(d).²⁸ In each case, however, a public review by the Panel is required.

As earlier pointed out, the second branch of Sask. Water's argument was that the learned Judge applied the wrong standard of judicial review in respect of the Minister's findings of fact and of opinion relating to the Project in that he purported to review those findings on their merits. To do so, it was argued, had the effect of substituting his opinion for that of the Minister. The jurisprudence is replete with cases cautioning a court, sitting in judicial review of a decision by a statutory authority, from interfering with that decision merely because the Court might have differently decided the matter had it been charged with that responsibility. If that is what the learned Judge did in this case, then I agree that he erred in so doing.

However, as I read his reasons, I do not perceive that that was what he did. There is no doubt that, *inter alia*, he referred to the findings reported in the IEE on the question of significant, moderate and insignificant adverse environmental effects, on information deficiencies, and on mitigation measures. But he did so, not with a view to second-guessing the Minister. Rather, quite properly, he was endeavouring to ascertain whether the Minister, in deciding whether he should or should not appoint a Panel for the public review of the Project, had proceeded on a wrong principle, taken into account legally irrelevant considerations or otherwise acted beyond the scope of his authority. Unfortunately, the learned Judge did not couch his reasons to show unmistakably that that was the purpose of his review of the evidence. However, the following finding clearly indicates the purpose was to apply the facts to the correct legal interpre-

²⁸ As already mentioned, the list mentioned in paragraph 12(b) is not in existence so that paragraph does not apply.

À mon avis, le juge Muldoon a correctement interprété l'alinéa 12c) et a conclu à juste titre que l'interprétation et la conclusion qu'en tirait le ministre étaient erronées sur le plan juridique. Le ministre ne pouvant ainsi invoquer l'alinéa 12c), le juge de première instance a conclu que les effets environnementaux dont il s'agit tombaient le plus probablement sous le coup de l'alinéa 12e), et aussi peut-être des alinéas 12b) et 12d)²⁸. Dans chaque cas cependant, il y a lieu à examen public par une commission.

Comme indiqué plus haut, Sask. Water fait valoir aussi que le distingué juge de première instance a appliqué la norme de contrôle judiciaire qu'il ne fallait pas, à l'égard de l'avis et des conclusions sur les faits du ministre au sujet du projet, à savoir qu'il a procédé au contrôle au fond de ces conclusions, ce qui reviendrait à substituer son avis à celui du ministre. Une jurisprudence abondante avertit les tribunaux judiciaires, saisis du recours en contrôle judiciaire contre la décision d'une autorité légale, de ne pas toucher à cette décision du seul fait qu'ils auraient tiré une toute autre conclusion, eussent-ils été investis de cette responsabilité en premier lieu. Si c'est ce qu'a fait le distingué juge de première instance en l'espèce, je conclurai à une erreur de sa part.

Pendant, il n'appert pas de ses motifs de jugement que c'est ce qu'il a fait. Nul doute qu'entre autres, il a évoqué les conclusions consignées dans le rapport d'évaluation initiale sur la question des effets importants, modérés et minimes, sur les insuffisances des données et sur les mesures d'atténuation. Il ne l'a cependant pas fait pour se mettre à la place du ministre après coup. Au contraire, il essayait à bon droit d'examiner si le ministre, pour décider s'il y avait lieu ou non de constituer une commission d'examen public du projet, s'était fourvoyé sur le principe à observer, s'était fondé sur des considérations juridiquement non pertinentes ou avait excédé sa compétence. Il est regrettable que le distingué juge de première instance n'ait pas formulé ses motifs de jugement de façon à montrer indubitablement que tel était le but de son instruction du dossier. Cependant, la conclusion suivante indique clairement que l'objet

²⁸ Comme indiqué plus haut, la liste prévue à l'alinéa 12b) n'existe pas; cette disposition est donc inapplicable en l'espèce.

tation of section 12 which he had earlier made. The Trial Judge said:

Now, since there is, at least, one and surely other, significant adverse environmental effects which cannot be mitigated with known technology or otherwise rendered insignificant, it is clear that the Minister could not correctly have invoked paragraph 12(c) of the **EARP Guidelines** in deciding—if he did effectively make such decision—to issue the second licence to the intervenor [Sask. Water] on August 31, 1989.²⁹

The effect of the Minister's misconstruction of section 12 was that he proceeded on a wrong principle. In deciding the way he did, the Trial Judge was not substituting his view for that of the Minister nor was he applying the wrong standard of judicial review. Moreover, as the provisions of section 12 which were applicable required the Minister to appoint a Panel *mandamus* was also properly ordered by the Judge.

Accordingly, I would dismiss the cross-appeal.

The Appeal

In their appeal, appellants argue that, before granting a licence under the IRIA, the Minister must comply with provisions of the EARPGO which include referral of the Project to public review by a Panel whose report must be submitted to and considered by the Minister prior to issuing the licence. According to the appellants, Muldoon J. was correct to have ordered compliance with the EARPGO by requiring a Panel to be appointed but he should have gone farther and quashed the licence absolutely as long as a Panel was not appointed and its report had not been considered by the Minister prior to the issuance of the licence. The appellants rely on previous decisions of the Court in support of these propositions.³⁰

²⁹ Appeal Book, Tab 3, at p. 20 [at p. 14 F.T.R.].

³⁰ The appellants rely on *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, supra note 4, as affirmed by this Court, supra note 5, and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.). The appellants also rely on *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541 (Div. Ct.) for the proposition that no exercise of discretion (the issuance of the licence) can be based on an inadequate and incomplete process (failure to appoint and wait for the report of the Panel).

en était d'appliquer aux faits de la cause l'interprétation juridique correcte de l'article 12, qu'il avait faite auparavant:

Et maintenant, puisqu'il existe au moins un important effet néfaste sur l'environnement, et probablement d'autres, qui ne peut être mitigé par des moyens technologiques connus ou qui ne peut être atténué au point d'en faire un effet sans importance, il est clair que le Ministre ne pouvait pas invoquer avec raison l'alinéa c) de l'article 12 des **Lignes directrices** lorsqu'il a pris la décision—s'il est vrai qu'il a lui-même pris une telle décision—d'accorder un second permis à l'intervenante [Sask. Water] le 31 août 1989.²⁹

Ayant mal interprété l'article 12, le ministre a fondé son action sur le principe qu'il ne fallait pas. Par sa décision, le juge de première instance n'a pas substitué ses conclusions à celles du ministre, et il n'a pas appliqué non plus une mauvaise norme de contrôle judiciaire. Par ailleurs, attendu que les dispositions applicables de l'article 12 faisaient au ministre l'obligation de constituer une commission, le juge a rendu à bon droit une ordonnance de *mandamus*.

En conséquence, je me prononce pour le rejet de l'appel reconventionnel.

L'appel principal

Les appelants principaux soutiennent que le ministre doit se conformer aux dispositions des Lignes directrices, qui prévoient le renvoi du projet à une commission d'examen public, dont le ministre doit prendre en considération le rapport, avant de délivrer un permis en vertu de la LODACEI. Selon les appelants, le juge Muldoon a eu raison d'ordonner l'observation des Lignes directrices par la constitution d'une commission, mais il aurait dû aller plus loin et annuler sans conditions le permis tant qu'une commission ne serait pas constituée et son rapport pris en considération par le ministre avant la délivrance du permis. Ils ont invoqué plusieurs décisions de la Cour à l'appui de cette conclusion.³⁰

²⁹ Dossier d'appel, étiquette 3, à la p. 20 [à la p. 14 F.T.R.].

³⁰ Les appelants citent *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, note 4 supra, confirmé par la Cour de céans, note 5 supra, et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.). Ils invoquent aussi la décision *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541 (C. Div.) qui a jugé que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (la délivrance du permis) ne saurait être fondé sur un processus insuffisant et incomplet (le défaut de constituer la commission et d'attendre son rapport).

At the outset, I wish to point out that the previous decisions of the Court taken together hold that the Minister must comply with the provisions of the EARPGO prior to issuing a licence. However, the main issue raised in the appeal herein deals with what constitutes compliance. More particularly the question is whether the EARPGO requires not only referral to a Panel for public review but also that its report be considered by the Minister prior to issuing a licence. That was not a question dealt with by the previous decisions relied on by the appellants.

At this point, reference to applicable provisions of the EARPGO is necessary:

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

18. It is the responsibility of the Office to

(a) provide initiating departments with procedural guidelines for the screening of proposals and to provide general assistance for the development and installation of implementation procedures;

(b) assist the initiating department in the provision of information on and the solicitation of public response to proposals early enough in the planning stage that irrevocable decisions will not be taken before public opinion is heard;

(c) publish in summary form the public information provided to the Office by an initiating department on proposals for which it is the decision making authority and for which a determination under section 12 has been made; and

(d) inform the Minister on a periodic basis, in a report to be made public, on the implementation of the Process by initiating departments.

31. (1) At the end of its review, a Panel shall

(a) prepare a report containing its conclusions and recommendations for decisions by the appropriate Ministers; and

(b) transmit the report referred to in paragraph (a) to the Minister and the Minister responsible for the initiating department.

(2) The Minister and the Minister responsible for the initiating department shall make the report available to the public.

32. Any of the requirements or procedures set out in sections 21 to 31 may be varied by the Office in the case of any federal-provincial review or any review that involves special circumstances.

Je tiens à faire remarquer tout de suite que les décisions antérieures de la Cour, prises dans leur ensemble, font au ministre l'obligation d'observer les Lignes directrices avant de délivrer un permis.

a Cependant, la question soulevée dans l'appel principal est de savoir en quoi consiste cette observation. En particulier, il échet d'examiner si les Lignes directrices exigent non seulement que la proposition soit soumise à l'examen public par une commission, mais aussi que le ministre prenne en considération le rapport de cette dernière avant de délivrer le permis. Cette question n'a pas été ins-
b truite dans les décisions citées par les appellants.

c En cet état de la cause, il est nécessaire de rappeler les dispositions applicables des Lignes directrices:

3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

e 18. Il incombe au Bureau

a) d'émettre à l'intention des ministères responsables, des lignes directrices pour l'évaluation initiale des propositions et pour aider ces ministères à instaurer des procédures d'application du processus;

f b) d'aider les ministères responsables dans la prestation de renseignements et l'obtention de la réaction du public aux propositions, assez tôt au cours de l'étape de planification pour s'assurer que des décisions irrévocables ne sont pas prises avant que l'opinion du public soit entendue;

g c) de publier, sous forme de résumé, l'information publique qui lui a été fournie par les ministères responsables au sujet des propositions à l'égard desquelles ces derniers exercent le pouvoir de décision et dont les effets sur l'environnement ont été déterminés conformément à l'article 12; et

h d) d'informer le Ministre au moyen d'un rapport périodique à rendre public, au sujet de la mise en application du processus par les ministères responsables.

31. (1) Une fois l'examen terminé, la commission:

a) rédige un rapport contenant ses conclusions et les recommandations qu'elle adresse aux ministres responsables; et

i b) fait parvenir le rapport visé à l'alinéa a) au Ministre et au ministre chargé du ministère responsable.

(2) Le Ministre et le ministre chargé du ministère responsable rendent public le rapport visé à l'alinéa (1)a).

j 32. Le Bureau peut modifier les exigences ou procédures énoncées aux articles 21 à 31, dans les cas d'examen conjoints fédéraux-provinciaux ou lorsque des circonstances spéciales l'exigent.

Initiating Department

33. (1) It is the responsibility of the initiating department in a public review to

(a) ensure that the responsibilities of the proponent in the review are fulfilled;

(b) ensure that its senior officials and staff make presentations and respond to any questions for which it has responsibility;

(c) subject to subsection (2), decide, in cooperation with any other department, agency or board of the Government of Canada to whom the recommendations of a Panel are directed, the extent to which the recommendations should become a requirement of the Government of Canada prior to authorizing the commencement of a proposal;

(d) subject to subsection (2), ensure, in cooperation with other bodies concerned with the proposal, that any decisions made by the appropriate Ministers as a result of the conclusions and recommendations reached by a Panel from the public review of a proposal are incorporated into the design, construction and operation of that proposal and that suitable implementation, inspection and environmental monitoring programs are established; and

(e) subject to subsection (2), determine in what manner the decisions made under paragraph (c) and those referred to in paragraph (d) are to be made public.

(2) Where the initiating department has a regulatory function in respect of the proposal under review, the responsibilities set out in paragraphs (1)(c), (d) and (e) shall be amended to account for and not to interfere with the decision making responsibilities of that initiating department. [Underlining added.]

Appellants argue forcefully that sections 3, 18, 31 and 33 evince, especially by the underlined language above, an intention and meaning to the effect that the Minister must await the Panel's report before issuing a licence. They say this makes sense because why go to the trouble and expense of requiring a public review by the Panel if the results of that review were to be ignored at the outset by permitting a licence to be issued. The public review would amount to a charade they contend if the Minister could not only by-pass the recommendations in a report of the Panel but, even more disparagingly, would not have to wait for the report at all. Surely, they argue, the public review process should inform the decision to issue a licence. These are cogent arguments but I do not believe that the EARPGO provisions lead to the conclusion advocated by the appellants.

Le ministère responsable

33. (1) Lors d'un examen public, il incombe au ministère responsable:

a) de s'assurer que le promoteur s'acquitte de ses responsabilités;

b) de prendre les mesures nécessaires pour que [ses] hauts fonctionnaires et son personnel fassent des présentations et répondent aux questions sur les sujets relevant de sa compétence;

c) sous réserve du paragraphe (2), de décider, en collaboration avec d'autres ministères, commissions ou organismes fédéraux visés par les recommandations de la commission, de la mesure dans laquelle ces recommandations devraient devenir des exigences fédérales avant d'autoriser la mise en œuvre d'une proposition;

d) sous réserve du paragraphe (2), [de] s'assurer, en collaboration avec d'autres organismes responsables, que les décisions prises par les ministres responsables à la lumière des conclusions et des recommandations qu'a formulées une commission à la suite de l'examen public d'une proposition, sont prises en considération dans la conception, la réalisation et l'exploitation de cette proposition et que des programmes appropriés de mise en œuvre, d'inspection et de surveillance environnementale sont établis; et

e) sous réserve du paragraphe (2), de déterminer de quelle façon seront rendues publiques les décisions prises en vertu de l'alinéa c) et celles visées à l'alinéa d).

(2) Lorsque le ministère responsable a un rôle de réglementation à l'égard de la proposition à l'étude, les responsabilités énoncées aux alinéas (1)c), d) et e) sont modifiées de façon à tenir compte des décisions de ce ministère et à ne pas y nuire. (Passages non soulignés dans le texte.)

Les appelants soutiennent avec force qu'il ressort des articles 3, 18, 31 et 33, en particulier des passages soulignés ci-dessus, que le ministre doit attendre le rapport de la commission avant de délivrer le permis. Pareille obligation est logique à leurs yeux car à quoi cela servirait-il de prendre la peine et de faire les frais d'un examen public par une commission si cet examen est ignoré *a priori* par délivrance d'un permis. L'examen public, disent-ils, ne serait qu'une mascarade si le ministre pouvait non seulement passer outre aux recommandations contenues dans un rapport de la commission, mais encore s'abstenir cavalièrement d'attendre qu'un tel rapport soit produit. Ils soutiennent que le processus d'examen public doit éclairer la décision de délivrer un permis. Il s'agit là d'arguments convaincants, mais je ne pense pas que les dispositions des Lignes directrices autorisent la conclusion tirée par les appelants.

In *Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)*³¹ applications were brought before Madam Justice Reed in the Trial Division to quash a decision of the Minister of National Defence allowing the sharing among some NATO countries of air base facilities at Goose Bay, Newfoundland, and to prevent said Minister from making other decisions regarding the use of certain parts of Labrador and Quebec by members of the Air Forces of some NATO countries in tactical low level flying manoeuvres before the environmental process in the EARP GO had been completed. The issue before the Court in general terms was whether under the EARP GO the initiating department or Minister is obligated not to proceed with the project under review until the panel assessment is complete and its report has been made to the relevant Ministers.

I find Madam Justice Reed's comments on this question particularly helpful:

I initially considered counsel's argument, that there was an implied obligation, under the terms of the Order when read in the light of its purpose, to stop the progress of any proposal once it was referred for review, to be well founded. On reflection I have come to a different conclusion. I do not think the text of the EARP Guidelines Order can bear that interpretation. As has been noted, there is nothing in the Order which expressly requires that a project be halted until the review is complete. In most cases, this might very well occur as a matter of practice. It would clearly be the prudent course of action for a department to follow. But there is no express mandatory obligation of this nature found in the Order. Secondly, the reference to an assessment being carried out before irrevocable decisions are taken, in section 3, relates to the self-assessment process which the initiating department must undertake. It does not relate to the EARP Panel process. The provisions are silent with respect to what happens when a proposal has been referred for review. Section 18 relates to the obligations of the Federal Environmental Assessment Review Office and thus cannot be seen as the foundation of a mandatory stop order to the Minister. And, in so far as section 33 is concerned, while a department has to make decisions as to which of a Panel's recommendations it will adopt, the section does not expressly state that the proposal in question must be halted until the review process is complete.

In addition, an implied mandatory obligation to halt the proposal does not accord well with the general scheme of the Order and with its other provisions. Under the Order initiating departments and Ministers are able to ignore whatever recom-

Dans l'affaire *Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*³¹, Madame le juge Reed de la Section de première instance a été saisie de demandes visant à faire annuler la décision du ministre de la Défense nationale qui autorisait le partage d'installations de la base aérienne de Goose Bay, à Terre-Neuve, avec certains pays de l'OTAN, et à interdire au même ministre de prendre d'autres décisions pour autoriser aux éléments de l'armée de l'air de certains pays de l'OTAN à se livrer aux exercices de vol à basse altitude au-dessus de certaines régions du Labrador et du Québec, avant que ne soit achevé le processus d'évaluation environnementale prévu par les Lignes directrices. Il s'agissait essentiellement pour la Cour d'examiner si, sous le régime des Lignes directrices, il était interdit au ministère ou ministre responsable de mettre à exécution le projet en cause avant que l'examen par une commission ne soit achevé et son rapport soumis aux ministres compétents.

Je trouve les conclusions de Madame le juge Reed particulièrement utiles en l'espèce:

J'avais d'abord jugé bien fondée la prétention de l'avocat voulant que, lorsqu'on l'interprète en tenant compte de son objet, le Décret exige implicitement que l'on interrompe toute proposition dès qu'elle est soumise pour examen. Toute réflexion faite, j'en viens à une conclusion différente. Je ne crois pas que le texte du Décret justifie cette interprétation. Comme nous l'avons fait remarquer, il n'y a rien dans le Décret qui exige expressément que l'on interrompe un projet tant que l'examen n'est pas terminé. Dans la plupart des cas, il est fort possible que c'est ce qui se produit en pratique. Cela serait sûrement une façon prudente d'agir pour un ministère. Mais on ne trouve aucune obligation impérative expresse de ce genre dans le Décret. En deuxième lieu, l'évaluation qui doit être effectuée aux termes de l'article 3 avant que des décisions irrévocables ne soient prises concerne le processus d'auto-évaluation que le ministère responsable doit entreprendre. Elle n'a rien à voir avec le processus de la commission d'évaluation environnementale. Le Décret est muet sur la question de savoir ce qui se produit lorsqu'une proposition a été renvoyée pour examen. L'article 18 a trait aux obligations du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales et ne saurait donc être considéré comme le fondement de l'ordonnance mandatoire de suspension adressée au ministre. Et, en ce qui concerne l'article 33, même s'il est vrai que le ministère doit décider quelles sont les recommandations de la commission qu'il adoptera, l'article ne déclare pas expressément que la proposition en question doit être suspendue tant que le processus d'examen n'est pas terminé.

De surcroît, une obligation impérative implicite de suspendre la proposition cadre mal avec l'économie générale du Décret et avec ses autres dispositions. Le Décret permet aux ministères et aux ministres responsables de ne pas tenir compte des recom-

³¹ [1990] 3 F.C. 381 (T.D.).

³¹ [1990] 3 C.F. 381 (1^{re} inst.).

mendations a Panel might make. They, of course, do so at their peril in so far as public opinion is concerned. Under the scheme of the Order it is the watchful eye of public opinion which is to operate as the leverage to ensure that environmentally responsible decisions are taken. It is entirely consistent with this mechanism, then, that the regime which operates during the course of the panel review process, in so far as any obligation may exist not to proceed with the project is concerned, would be of a similar nature. In my view, any obligation not to proceed while the project is under review also depends for "enforcement" on the pressure of public opinion and the adverse publicity which will attach to a contrary course of action.

Another feature of the review scheme set out in the Order which argues for the conclusion that there is no mandatory legal obligation not to proceed in circumstances such as exist in this case, is the fact that once a proposal is referred to a Panel for consideration, the initiating department has in effect lost all control over the timing of the Panel's procedures. A Panel could thereby permanently stop any proposal referred to it by mere inaction. In my view, if it had been intended that a referral under the EARP Guidelines Order should have the mandatory effect for which counsel argues, some further provisions respecting the time limits within which the review procedure would have to be completed and some provisions concerning the consequences of delay would have been included in the provisions of the Order.³²

I agree with the reasoning of Reed J., that the EARPGO does not contain express language that a licence cannot issue until the Panel has reported following a public review nor can such an obligation be inferred from the provisions and scheme of the EARPGO. Counsel for the appellants argues, however, that Madam Justice Reed made no mention of section 31 which mandates the Panel to submit, at the end of its review, a report containing its conclusions and recommendations for decisions by the appropriate Ministers. However, section 31 imposes an obligation on the Panel to prepare and submit a report; it does not expressly or impliedly specify, in looking at the scheme of the EARPGO as a whole, that the Minister or ministers concerned must await the report.

Reference should also be made to section 32 which gives the Office power to "vary" any of the requirements or procedures set out in sections 21 to 31 in any review that involves "special circumstances". Without getting into a discussion of what

mandations de la commission. Ils le font évidemment à leurs risques et périls au regard de l'opinion publique. Selon l'économie du Décret, c'est l'œil vigilant de l'opinion publique qui sert de force de levier pour garantir que des décisions responsables sont prises sur le plan de l'environnement. Il est donc tout à fait logique que le régime qui s'applique au cours du processus d'examen de la commission soit d'un caractère semblable, dans la mesure où il peut exister une obligation de ne pas réaliser le projet. À mon avis, le «respect» de l'obligation de ne pas réaliser le projet alors que celui-ci est à l'examen dépend également de la pression de l'opinion publique et de la publicité négative qu'une ligne de conduite contraire comporterait.

Une autre particularité du mécanisme prévu au Décret qui nous amène à conclure qu'il n'existe pas d'obligation légale impérative de ne pas réaliser une proposition dans des circonstances comme celles qui existent en l'espèce est le fait qu'une fois qu'une proposition est soumise à une commission pour examen, le ministère responsable perd de fait tout contrôle sur la durée de la procédure de la commission. Une commission pourrait en conséquence suspendre une proposition qui lui a été soumise par sa simple inaction. À mon avis, si l'on avait voulu que le renvoi prévu au Décret ait l'effet obligatoire que prétend l'avocat, on aurait inclus dans le Décret d'autres dispositions concernant le délai dans lequel le processus d'examen doit être terminé et certaines dispositions concernant les conséquences d'un retard³².

Je fais mien le raisonnement de Madame le juge Reed, savoir qu'aucune disposition des Lignes directrices ne prévoit expressément l'obligation de ne pas délivrer le permis avant que la commission n'ait présenté son rapport à l'issue d'un examen public, et qu'on ne saurait déduire une telle obligation des dispositions ou de l'esprit des Lignes directrices. L'avocat des appelants fait cependant valoir que Madame le juge Reed ne faisait nulle mention de l'article 31 qui prévoit pour la commission l'obligation, une fois l'examen terminé, de soumettre à la décision des ministres compétents un rapport contenant ses conclusions et recommandations. Il est vrai que l'article 31 prévoit pour la commission l'obligation de rédiger et de soumettre un rapport, mais il ne prévoit pas, expressément ou implicitement, selon l'esprit des Lignes directrices prises dans leur ensemble, que le ou les ministres intéressés doivent attendre ce rapport.

Il y a lieu de se référer aussi à l'article 32 qui habilite le Bureau à «modifier» les exigences ou procédures énoncées aux articles 21 à 31 lorsque des «circonstances spéciales» l'exigent. Sans qu'il soit nécessaire de disséquer le sens des mots «cir-

³² *Id.* at pp. 403-404.

³² *Id.* aux p. 403 et 404.

“special circumstances” means or what “vary” means³³ or whether such a provision is valid and if so to what extent,³⁴ the section does show that the Panel provisions were not intended to be complied with in a literal or mandatory fashion since they could be changed by the Office. What is required is that a Panel must be appointed and, hopefully, it will report before any permanent decisions are made but there is no requirement that any report be made and considered before any ministerial decisions are made. Hence, public review is required to inform the public, who can then participate in the debate on the environmental aspects of the proposal under review, but it is open to the Minister, if in his opinion there are good reasons for doing so, to proceed with the project during the time the review is going on.

In that connection, as the EARPGO is intended to ensure that decision making in government is balanced by a concern for environmental consequences, I do not think that the Panel report provisions of the EARPGO scheme, which admittedly has much ambiguity in it, can be taken to prevail in an absolute and complete way over the normal decision making of Ministers. It is not disputed by any of the parties that the Panel report’s recommendations can be ignored by Ministers subject to whatever political consequences flow therefrom. Similarly that is the real sanction for not waiting for the Panel report as Madam Justice Reed acknowledges: the Minister responsible will be politically accountable for any deci-

³³ For interpretations which give a comprehensive meaning to the word “vary”, see e.g. *Consumers’ Association of Canada v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 F.C. 433 (T.D.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 282; *Re Rush and Township of Scugog et al.* (1978), 21 O.R. (2d) 592 (H.Ct.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (Alta. S.C.).

³⁴ As mentioned above, section 6 of the *Department of the Environment Act* enables the Minister, with approval of the Governor in Council, to establish environmental protection guidelines for use by federal departments. It is highly arguable that the EARPGO cannot then be circumvented or abandoned by a simple decision of the Office which, although very important in the EARPGO scheme, are officials reporting to the Minister. However, I only raise the point in passing and make no finding on it.

constances spéciales» ou «modifier»³³ ou d’examiner si pareille disposition est valide et, si oui, dans quelle mesure³⁴, on peut voir que d’après cet article, les dispositions relatives aux commissions ne sont pas destinées à une application littérale ou obligatoire puisqu’elles peuvent être modifiées par le Bureau. Ce qui est impératif, c’est qu’une commission soit constituée et on espère qu’elle fera son rapport avant que des décisions irrévocables ne soient prises, mais aucune disposition ne prévoit impérativement qu’un rapport doit être établi puis pris en considération avant la prise de décisions ministérielles. C’est pourquoi le processus d’examen public a été prévu afin d’informer le public, qui pourra alors participer au débat sur les répercussions environnementales de la proposition en cause, mais il est loisible au ministre, s’il le juge indiqué, de donner suite au projet pendant que l’examen est en cours.

À cet égard, comme les Lignes directrices ont pour objet de garantir que la prise de décisions chez les organismes gouvernementaux ait pour contrepoids les préoccupations écologiques, je ne pense pas que les dispositions relatives au rapport de la commission, telles qu’elles s’inscrivent dans le régime des Lignes directrices, puissent être considérées comme primant, de façon absolue et totale, le processus normal de prise de décisions des ministres. Aucune des parties en présence ne conteste que les ministres puissent ignorer les recommandations contenues dans le rapport de la commission, sauf à en supporter les conséquences politiques subséquentes. Telle est également la sanction pour le défaut d’attendre le rapport de la

³³ Pour les interprétations qui donnent une signification exhaustive au mot «modifier», voir par exemple *L’Association des consommateurs du Canada c. Le procureur général du Canada*, [1979] 1 C.F. 433 (1^{re} inst.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] R.C.S. 282; *Re Rush and Township of Scugog et al.* (1978), 21 O.R. (2d) 592 (H.Ct.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (C.S. Alb.).

³⁴ Comme indiqué plus haut, l’article 6 de la *Loi sur le ministère de l’Environnement* habilite le ministre à établir, avec l’approbation du gouverneur en conseil, des directives de protection environnementale à l’usage des ministères fédéraux. On pourrait donc soutenir que les Lignes directrices ne sauraient être tournées ou ignorées par simple décision du Bureau, lequel, bien que fort important dans l’ordre des choses envisagées par les Lignes directrices, n’est constitué que de fonctionnaires comptables au ministre. Cependant, je ne mentionne ce point qu’en passant, sans me prononcer à ce sujet.

sions made. The thrust of sections 21 to 32 is for public involvement but that involvement has not been elevated to curtailing or otherwise preventing ministerial decisions that presumably could be based themselves on an arguably greater public interest than waiting for the Panel report.

Setting up a Panel can, as Madam Justice Reed points out, mean that the initiating department, and more importantly, the Minister will lose control over the timing of the Panel's process. Even if the Minister had put a time limit on the process by stipulating a deadline by which the Panel report had to be submitted,³⁵ that of itself does not guarantee that such a report will be prepared and presented. And if it is not, could the licence not be issued in those circumstances when the Minister concerned was of the view that there were compelling arguments for proceeding with the project by issuing the licence? I cannot accept that the EARPGO provisions should be so read as to infer an obligation not to proceed when those provisions do not spell out clearly that that was the intended result.³⁶ In short, I find the provisions in the EARPGO dealing with the submission of a report by the Panel for ministerial review to be hortatory but not obligatory on the Minister.

Accordingly I am of the view that Muldoon J.'s order of *certiorari* was correct and properly made. I would therefore dismiss the appeal.

In summary, I would dismiss the cross-appeal and the appeal and make no order as to costs.

³⁵ This presumably could be done by inserting such a deadline in the terms of reference of public review by the Panel contemplated by subsection 26(1) of the EARPGO.

³⁶ For an example where legislation and regulations clearly required a minister to consider a report before making a decision; see *Monsanto Canada Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 193 (F.C.A.) dealing with the *Pest Control Products Act*, R.S.C. 1970, c. P-10 and related regulations.

commission, ainsi que Madame le juge Reed l'a fait remarquer: le ministre responsable répondra, sur le plan politique, de toute décision prise. Les articles 21 à 31 visent à la participation du public, mais celle-ci n'est pas suffisamment élevée pour limiter ou empêcher des décisions ministérielles qui pourraient être fondées sur un intérêt public plus large que celui représenté par le fait d'attendre le rapport de la commission.

Comme l'a fait observer Madame le juge Reed, constituer une commission peut signifier que le ministère responsable ou, ce qui est plus grave encore, le ministre perd tout contrôle sur l'élément temps du processus d'examen public. Quand bien même le ministre aurait fixé un délai en prévoyant une date limite pour la présentation du rapport de la commission³⁵, cela ne garantit pas que le rapport sera établi et présenté. Si tel est le cas, le permis ne pourrait-il pas être délivré dans les cas où le ministre responsable estimait qu'il y a des raisons impérieuses pour lancer le projet en délivrant ce permis? À mon avis, on ne saurait interpréter les dispositions des Lignes directrices comme prévoyant implicitement l'obligation de ne pas entreprendre le projet, alors qu'elles ne la prévoient pas expressément³⁶. En bref, je conclus que les dispositions des Lignes directrices relatives à la présentation du rapport de la commission à l'examen du ministre n'ont que valeur d'exhortation et non d'impératif pour le ministre.

En conséquence, je conclus que l'ordonnance de *certiorari* du juge Muldoon a été rendue à bon droit, et me prononce pour le rejet de l'appel principal.

En résumé, je me prononce pour le rejet de l'appel reconventionnel et de l'appel principal, sans allocation de dépens.

³⁵ Ce qui pourrait se faire par l'insertion de cette date limite dans le mandat de la commission, que prévoit le paragraphe 26(1) des Lignes directrices.

³⁶ Une jurisprudence relative aux cas où la loi et les règlements font expressément au ministre l'obligation de tenir compte d'un rapport avant d'agir est *Monsanto Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 193 (C.A.F.), qui intéresse la *Loi sur les produits antiparasitaires*, S.R.C. 1970, chap. P-10, et les règlements pris pour son application.

URIE J.A.: I agree.

LE JUGE URIE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LINDEN J.A.: I agree.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

T-2176-89

T-2176-89

X (Applicant)

v.

Minister of National Defence (Respondent)INDEXED AS: *X v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, November 19 and 28, 1990.

Access to information — Application for determination failure to give access to requested records within 30 days refusal of access — Information provided outside initial 30-day period allowed under Access to Information Act, but within extended period — Application dismissed — S. 41 inapplicable as neither refusal of access, nor deemed refusal under s. 10(3) — Refusal of access condition precedent to application of ss. 49, 50 — Disclosure only remedy under ss. 49, 50.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application for determination failure to give access to requested records within 30 days refusal of access under Access to Information Act — Information provided outside initial 30-day period allowed under Act, but within extended period — Ss. 49, 50 authorizing Court to order disclosure or to make "such other order as the Court deems appropriate" — No jurisdiction unless genuine and continuing refusal to disclose — Meaning of phrase "such other order".

This was an application for a determination that the failure to give the applicant access to requested records within thirty days was a "refusal" to give access. The Department of National Defence had advised the applicant that it required an extension of time beyond the 30 days normally allowed under the *Access to Information Act* to respond. The information was provided after expiry of the original 30-day period, but prior to the expiry of the extended time period. The applicant argued that the extension was unnecessary. The respondent submitted that the Court lacked jurisdiction to hear the application under section 41 (which gives any person who has been refused access to a record a right to apply to the Court to review the matter) because the applicant had been given the information. The respondent also submitted that there was no remedy available in the absence of an actual refusal of access. Sections 49 and 50 authorize the Court to order disclosure or to make "such other order as the Court deems appropriate" where a department head has refused to disclose a record. The respondent submitted that "such other order" is limited to matters connected with disclosure since the Court's jurisdiction is predicated upon a refusal to disclose. The issue was whether the Court had a

X (requérant)

c.

a **Ministre de la Défense nationale (intimé)**RÉPERTORIÉ: *X c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1^{re} INST.)***b** Section de première instance, Juge Strayer—Ottawa, 19 et 28 novembre 1990.

Accès à l'information — Demande visant à obtenir une déclaration selon laquelle le défaut de communiquer, dans les 30 jours, les documents demandés constitue un refus de communication — L'information a été fournie après l'expiration du délai initial de 30 jours prévu en vertu de la Loi sur l'accès à l'information, mais dans le délai prorogé — La demande est rejetée — L'art. 41 ne s'applique pas puisqu'il n'y a pas eu de refus de communication pas plus qu'un défaut valant décision de refus de communication au sens de l'art. 10(3) — Le refus de communication est une condition préalable à l'application des art. 49 et 50 — La communication est le seul redressement prévu par les art. 49 et 50.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande visant à obtenir une déclaration selon laquelle le défaut de communiquer, dans les 30 jours, les documents demandés constitue au refus de communication en vertu de la Loi sur l'accès à l'information — L'information a été fournie après l'expiration du délai initial de 30 jours prévu en vertu de la Loi, mais dans le délai prorogé — Les art. 49 et 50 permettent à la Cour d'ordonner communication du document ou de rendre «une autre ordonnance si elle l'estime indiquée» — La Cour n'a pas compétence à moins que le refus de communication ne soit réel et continu — Signification de l'expression «une autre ordonnance».

Il s'agit en l'espèce d'une demande visant à obtenir une déclaration selon laquelle le défaut de communiquer, dans les trente jours, les documents demandés par le requérant constitue un «refus» de communication. Le ministère de la Défense avait déjà informé le requérant qu'il avait besoin, pour répondre à sa demande, d'une prorogation de délai en sus du délai normal de 30 jours prévu par la *Loi sur l'accès à l'information*. L'information a été fournie après le délai initial de 30 jours, mais avant l'expiration du délai prorogé. Le requérant a prétendu que la prorogation de délai n'était pas nécessaire. L'intimé a fait valoir que la Cour n'avait pas compétence pour entendre la demande présentée en vertu de l'article 41 (qui accorde à la personne qui s'est vu refuser communication d'un document, le droit d'exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour) parce que le requérant avait reçu le document. L'intimé a également fait valoir qu'aucune mesure de redressement n'était prévue en l'absence d'un véritable refus de communiquer. Les articles 49 et 50 permettent à la Cour d'ordonner communication du document ou de rendre «une autre ordonnance si elle l'estime indiquée» lorsqu'un responsable d'un ministère a refusé de communiquer un document. L'intimé a prétendu que l'«autre ordonnance» est limitée à des questions reliées à la communication puisque la compétence attribuée à la Cour est subordonnée à un refus de communica-

mandate to review the decision to extend the time limit for responding to a request for access to a record.

Held, the application should be dismissed.

The application was frivolous and vexatious. The Court can entertain an application by a private party only under section 41, and then only when access has been refused. There had been neither refusal of access nor deemed refusal of access. Subsection 9(1) indicates that an extension of time for response is not refusal of access, although it could lead to a "deemed refusal" under subsection 10(3) where access is not granted within the time limits set out in the Act. Access was given within the extended time limits.

No remedy could be granted under section 49 or 50. Refusal of access is a condition precedent to an application under sections 49 and 50. Reference in those sections to "such other order as the Court deems appropriate" only authorizes the Court to modify the form of the remedy to achieve disclosure or perhaps to declare that disclosure should have been made where the record no longer exists. In the absence of a genuine claim for refusal of access which is still continuing at the time of hearing, the Court has no jurisdiction.

Not every decision under the Act is subject to judicial review. There may be other remedies available, i.e. the Information Commissioner may investigate complaints that the institution head has extended unreasonably the time limit for response and either prepare a special report to Parliament or identify deficiencies in a general report.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 7, 9(1)(b), 10(3), 30(1)(c), 41, 49, 51.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

X v. Canada (Minister of National Defence), T-1112-89, F.C.T.D., Dubé J., judgment dated 15/6/90, not reported.

NOT FOLLOWED:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs), [1990] 3 F.C. 514 (T.D.).

APPEARANCE:

Mr. X on his own behalf.

tion. La question était de savoir si cette Cour avait un mandat pour réviser la décision de proroger le délai de communication d'un document.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

a La demande était futile et vexatoire. La Cour est compétente pour entendre une demande présentée par une partie privée uniquement aux termes de l'article 41 et seulement en cas de refus de communication. Il n'y a pas eu de refus de communication pas plus qu'un défaut valant décision de refus de communication. Le paragraphe 9(1) indique qu'une prorogation de délai en vue de fournir une réponse ne constitue pas un refus de communication d'un document, bien que cela puisse valoir «décision de refus de communication» aux termes du paragraphe 10(3) lorsque le document n'est pas communiqué dans le délai énoncé dans la Loi. Il y a eu communication dans le délai prorogé.

c Il n'existait pas de recours en vertu des articles 49 et 50. Le refus de communication est une condition préalable à une demande présentée en vertu des articles 49 et 50. La mention dans ces articles d'une «autre ordonnance que la Cour estime indiquée» ne permet à la Cour que de modifier la forme de redressement pour en arriver à la communication ou peut-être à prononcer que la communication aurait dû être faite lorsque le document n'existe plus. En l'absence d'un refus véritable de communication qui subsiste encore au moment de l'audience, le tribunal n'est pas compétent.

e Ce ne sont pas toutes les décisions prises en vertu de la Loi qui peuvent être assujetties à la révision judiciaire. Il se peut qu'il existe d'autres mesures de redressement, par exemple le Commissaire à l'information peut enquêter sur les plaintes portant que le responsable de l'institution a prorogé le délai de communication de façon abusive et il en dresse un rapport spécial à l'intention du Parlement ou il relève les lacunes dans un rapport général.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 7, 9(1)b), 10(3), 30(1)c), 41, 49, 51.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

X c. Canada (Ministre de la Défense nationale), T-1112-89, C.F. 1^{re} inst., juge Dubé, jugement en date du 15-6-90, non publié.

DÉCISION NON SUIVIE:

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures), [1990] 3 C.F. 514 (1^{re} inst.).

COMPARUTION:

M. X personnellement.

COUNSEL:

Meg Kinnear for respondent.

APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

Mr. X.

SOLICITOR:

Deputy Attorney General of Canada, Ottawa,
for respondent.*The following are the reasons for order rendered in English by*

STRAYER J.:

Relief Requested

The applicant seeks some kind of determination by the Court that the respondent's failure to give access within thirty days to records requested by the applicant on March 23, 1989 amounted to a "refusal" to give access.

Facts

On March 23, 1989 the applicant submitted an access to information request to the Department of National Defence seeking records containing further information relevant to certain references in a memorandum of March 5, 1985 which he had obtained from the U.S. National Security Agency. On April 21, 1989 the Department of National Defence advised the applicant that it was necessary to consult outside of the Department and therefore an extension of 270 days beyond the normal 30 days statutory time limit for reply was required, such extension being fixed in accordance with paragraph 9(1)(b) of the *Access to Information Act*.¹ It will be noted that section 7 of the Act requires the head of an institution to which a request for access to information is directed to respond to the person making the request within 30 days, either to advise him that the request will not be granted or to grant the request and make the record available. This section is, however subject to subsection 9(1) which provides in part:

¹ R.S.C., 1985, c. A-1.

AVOCAT:

Meg Kinnear pour l'intimé.

a LE REQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

M. X.

b PROCUREUR:

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.c *Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE STRAYER:

d Redressement demandé

Le requérant voudrait que la Cour déclare que le défaut de l'intimé de communiquer dans les trente jours les documents demandés par le requérant le 23 mars 1989 constitue un «refus» de communication.

e Les faits

Le 23 mars 1989, le requérant a présenté au ministère de la Défense nationale une demande de communication de documents contenant des renseignements supplémentaires relatifs à certains faits mentionnés dans un mémoire, daté du 5 mars 1985, qu'il avait obtenu du U.S. National Security Agency. Le 21 avril 1989, le ministère de la Défense nationale a informé le requérant qu'il devait procéder à des consultations à l'extérieur du Ministère et qu'il avait donc besoin d'une prorogation de 270 jours, en sus du délai normal de 30 jours prévu par la Loi, cette prorogation s'inscrivant dans le cadre de l'alinéa 9(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*¹. Il faut souligner qu'aux termes de l'article 7 de la Loi le responsable d'une institution à qui est faite une demande de communication d'un document est tenu, dans les 30 jours suivant sa réception, de répondre à l'auteur de la demande qu'il refuse cette demande, ou qu'il y fait droit et lui communiquera le document. L'article 7 demeure toutefois assujéti au paragraphe 9(1), qui se lit en partie comme suit:

¹ L.R.C. (1985), chap. A-1.

9. (1) The head of a government institution may extend the time limit set out in section 7 or subsection 8(1) in respect of a request under this Act for a reasonable period of time, having regard to the circumstances, if

(b) consultations are necessary to comply with the request that cannot reasonably be completed within the original time limit

by giving notice of the extension and, in the circumstances set out in paragraph (a) or (b), the length of the extension, to the person who made the request within thirty days after the request is received, which notice shall contain a statement that the person has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the extension.

A letter dated August 4, 1989 was sent by the respondent's department to the applicant providing him with copies of the records requested by him. It will be noted that this material was sent to him some 99 days after the original 30-day period had expired, but 171 days prior to the expiry of the extended time period fixed by the respondent under subsection 9(1). The evidence indicates that the record proved not to be very extensive and that, while consultations were held with the National Security Agency of the United States and with the Department of Justice of Canada, nothing like the 270 additional days reserved for itself by the Department of National Defence was actually required.

The applicant asserts that in fact his request could have been responded to within 30 days and that both the failure to produce the record within 30 days and the extension of time to 270 days amounted to a refusal of access. He made a complaint to the Information Commissioner on August 11, 1989, after receiving the records he sought. The Commissioner investigated the complaint and determined that the 270 days extension was not justified. But the applicant says he is also entitled to bring an application in this Court for a determination that there was a refusal of access, even though he has long since had the information which he requested. He asserts, *inter alia*, that the delays in production of the material and the unnecessary 270 days extension were the result more of staff shortages in the relevant unit in the Department of National Defence than of the

9. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai mentionné à l'article 7 ou au paragraphe 8(1) d'une période que justifient les circonstances dans les cas où:

b) les consultations nécessaires pour donner suite à la demande rendraient pratiquement impossible l'observation du délai;

Dans l'un ou l'autre des cas prévus aux alinéas a), b) et c), le responsable de l'institution fédérale envoie à la personne qui a fait la demande, dans les trente jours suivant sa réception, un avis de prorogation de délai, en lui faisant part de son droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information; dans les cas prévus aux alinéas a) et b), il lui fait aussi part du nouveau délai.

L'intimé a écrit au requérant le 4 août 1989 et lui a fourni des copies des documents qu'il demandait. On remarque que l'information a été transmise au requérant 99 jours après le délai initial de 30 jours, mais 171 jours avant l'expiration du délai prorogé fixé par l'intimé, conformément au paragraphe 9(1). Selon la preuve, le document produit n'était pas tellement élaboré et, bien que des consultations aient eu lieu avec le National Security Agency des États-Unis ainsi qu'avec le ministère de la Justice du Canada, le ministère de la Défense nationale n'a pas eu en fait besoin des 270 jours additionnels qu'il s'était réservé.

Le requérant prétend qu'en réalité il aurait été possible de donner suite à sa demande dans les 30 jours et que tant le défaut de communiquer les documents dans les 30 jours que la prorogation du délai pour une période de 270 jours constituaient un refus de communication. Il a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information le 11 août 1989, après avoir obtenu les documents demandés. Le Commissaire a fait enquête et conclu que la prorogation de 270 jours n'était pas justifiée. Toutefois, le requérant prétend qu'il a droit de présenter une requête devant cette Cour pour obtenir une déclaration qu'il y a eu refus de communication, même s'il a obtenu depuis longtemps les renseignements qu'il demandait. Il allègue notamment que le retard à fournir les documents et que la prorogation inutile de 270 jours résultaient davantage d'une pénurie de personnel dans le service en cause du ministère de la Défense nationale que de la difficulté intrinsèque de la demande. Sa preuve à

intrinsic difficulty of his request. His evidence on this point is mostly hearsay and inconclusive.

The respondent primarily contends that this Court has no jurisdiction to hear this application nor to grant the kind of remedy being sought. He also denies that there was any unnecessary delay or that the extension of time was unreasonable.

In support of the Minister's position, his counsel cited, *inter alia*, section 41 of the *Access to Information Act* under which the applicant purports to bring this application. This section provides:

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow. [Emphasis added.]

The respondent contends that the only role of the Court under the Act is to hear applications by persons who have actually been refused access to a record, and this applicant has not been refused access. In fact he received the material requested over two months before this notice of motion was filed. It is true that subsection 10(3) of the Act provides:

10. ...

(3) Where the head of a government institution fails to give access to a record requested under this Act or a part thereof within the time limits set out in this Act, the head of the institution shall, for the purposes of this Act, be deemed to have refused to give access.

But there was no allegation in the present case that the respondent had failed to give access within the times permitted by the Act. That is, subsection 9(1) quoted above specifically allows a department head to extend the time for reply on certain specified grounds, provided that the applicant is notified and advised that he has a right to make a complaint to the Information Commissioner concerning that extension of time. Thus there was neither refusal of access nor deemed refusal of access, because access was given before even half of the extended time period had expired.

cet égard se fonde surtout sur du oui-dire et n'est guère concluante.

L'intimé affirme principalement que cette Cour n'a pas compétence pour entendre la requête ni pour accorder le genre de redressement demandé. De plus, il nie la prétention du requérant selon lequel le délai n'était pas nécessaire ni la prorogation justifiée.

À l'appui de la position du ministre, son avocat a cité notamment l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, que le requérant invoque pour présenter cette requête. L'article se lit comme suit:

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation. [C'est moi qui souligne.]

L'intimé soutient qu'aux termes de la Loi la Cour n'a d'autre fonction que d'instruire les requêtes des personnes qui se sont vu effectivement refuser communication d'un document, ce qui n'est pas le cas du requérant. En fait, il a reçu les documents demandés plus de deux mois avant le dépôt du présent avis de requête. Il est vrai que le paragraphe 10(3) de la Loi prévoit ce qui suit:

10. ...

(3) Le défaut de communication totale ou partielle d'un document dans les délais prévus par la présente loi vaut décision de refus de communication.

Toutefois, il n'est aucunement allégué en l'espèce qu'il y a eu défaut de communication de la part de l'intimé dans les délais prévus par la Loi. En fait, le paragraphe 9(1), cité ci-dessus, permet expressément au responsable d'une institution de proroger les délais de communiquer le document en certains cas précis, pourvu qu'il en avise le requérant et lui fasse part de son droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information. Il n'y a donc pas eu de refus de communication pas plus qu'un défaut valant décision de refus de communication, puisque le document a été communiqué au requérant avant que la moitié du délai prorogé se soit écoulée.

The respondent also contends that there is no remedy which the Court can give in the absence of an actual refusal of access. Sections 49, 50, and 51 authorize the Court to make certain orders. Sections 49 and 50 deal with situations where a department head has refused to disclose a record. They provide as follows:

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

50. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of section 14 or 15 or paragraph 16(1)(c) or (d) or 18(d), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

It will be noted that these sections both require the Court to order the head of the institution to disclose the record to the person requesting it "or . . . make such other order as the Court deems appropriate". The respondent contends that "such other order" as referred to in these sections must be understood to be limited to matters connected with the disclosure of a record since the jurisdiction of the Court under each of these sections is predicated on there having been a refusal to disclose a record. Therefore, it is said, the broad terminology of "such other order" cannot be taken to support broad declarations of right or wrong which pass judgment on the conduct of the head of an institution, where in fact there has been no refusal of disclosure.

Apart from these legal issues, the respondent asserts that his response to the request of the applicant for access was appropriate in the circumstances and that a response by August 4 to a request of March 23 was reasonable, considering that the security agency of a foreign government had to be consulted.

L'intimé soutient également que la Cour ne peut ordonner aucune mesure de redressement s'il n'y a pas eu un véritable refus de communication. Les articles 49, 50 et 51 permettent à la Cour de rendre certaines ordonnances. Les articles 49 et 50 traitent de cas où un responsable d'un ministère refuse de communiquer un document:

49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

50. Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)c) ou d) ou 18d), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Il faut souligner qu'aux termes de ces deux articles la Cour est tenue d'ordonner au responsable de l'institution de donner communication du document à la personne qui l'a demandé ou de rendre «une autre ordonnance si elle l'estime indiqué». L'intimé prétend que l'«autre ordonnance» mentionnée dans ces articles doit être interprétée comme devant se limiter à des questions reliées à la communication d'un document puisque la compétence attribuée à la Cour par chacun de ces articles est subordonné à un refus préalable de communication. Par conséquent, on ne peut se fonder, dit-on, sur le sens large de «autre ordonnance» pour justifier des déclarations générales qui constitueraient à juger de la bonne ou mauvaise conduite du responsable d'une institution, alors qu'en réalité il n'y a pas eu de refus de communication.

En plus de ces questions de nature juridique, l'intimé prétend que sa réponse à la demande de communication du requérant était appropriée dans les circonstances et qu'une réponse donnée le 4 août, à une demande faite le 23 mars, était raisonnable, étant donné qu'il fallait consulter une agence de sécurité d'un gouvernement étranger.

Conclusions

I have concluded that this application is frivolous and vexatious. The essential legal issue is as to whether this Court has a mandate to review the decision by the head of an institution under subsection 9(1) to extend the time limit for responding to a request for access to a record. It is true that subsection 9(1) as quoted above says that the head of the institution may only extend the time limit "for a reasonable period of time" and only on certain specified grounds such as that consultations are necessary. This means that the head is constrained in certain ways in the exercise of his discretion. But that does not mean that the Federal Court has the responsibility of second-guessing the department head on such matters as whether a delay beyond 30 days, as in this case, was "reasonable". The Court has power to entertain an application by a private party in support of access only under section 41, and under that section only by a "person who has been refused access to a record". It is clear by subsection 9(1) that an extension of time for response by the head of an institution is not a refusal of access. It is obviously not on its face a refusal to disclose. It only leads to a "deemed refusal" under subsection 10(3) if no decision is taken within the extended time period and no disclosure is made.

It is amply clear from looking at the Act as a whole that not every decision taken thereunder by heads of institutions is subject to judicial review. This is readily understandable when one considers that prior to this statute there was no common law or statutory right of access to records held by the Government of Canada and no right of action in respect thereto. How government institutions responded to requests by citizens for information was typically a matter for political judgment only and the sanctions, if any, for refusal to disclose were essentially political. Into this situation the *Access to Information Act* was introduced, relying in large measure on (1) a statutory codification of

Conclusions

Je conclus que la présente requête est frivole et vexatoire. La question juridique essentielle est celle de savoir si cette Cour a un mandat pour réviser la décision prise par le responsable d'une institution, aux termes du paragraphe 9(1), de proroger le délai de communication d'un document. Il est vrai que le paragraphe 9(1) cité ci-dessus mentionne que le responsable d'une institution peut seulement proroger le délai «d'une période que justifient les circonstances» et seulement dans certains cas, notamment lorsque des consultations sont nécessaires. Il s'ensuit que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le responsable de l'institution est assujéti à certaines restrictions. Mais cela ne veut pas dire qu'il incombe à la Cour fédérale de se substituer au responsable de l'institution pour décider, par exemple si les circonstances justifiaient une prorogation du délai de 30 jours, comme c'est le cas en l'espèce. La Cour est compétente pour instruire une requête présentée par une partie privée en matière d'accès à l'information uniquement aux termes de l'article 41 et seulement si cette requête est présentée par une «personne qui s'est vu refuser communication ... d'un document». Il est clair qu'aux termes du paragraphe 9(1) une prorogation de délai par le responsable d'une institution ne constitue pas de sa part un refus de communication d'un document. Il ne s'agit pas à première vue d'un refus de donner l'information. Cela ne peut que valoir «décision de refus de communication» aux termes du paragraphe 10(3), si aucune décision n'est prise dans le délai prorogé et que le document n'est pas communiqué.

Il est évident, si l'on examine la Loi dans son ensemble, que ce ne sont pas toutes les décisions prises par les responsables d'institutions qui peuvent être assujétiées à la révision judiciaire. Cela se comprend facilement si l'on considère qu'il n'existait, avant l'adoption de cette Loi, aucun droit, ni en common law ni dans la législation, d'accès aux documents en possession du gouvernement du Canada, pas plus que de droit d'action à cet égard. La réponse donnée par les institutions gouvernementales aux demandes de renseignements des citoyens était strictement une question de jugement politique et les sanctions, le cas échéant, de refuser la communication des documents était éga-

rules for the guidance of officials as to what records should or should not be disclosed; (2) overall administrative supervision of all government institutions in this respect by a "designated Minister", referred to in section 70, who is to keep under review the manner in which "records" are maintained in the government and to prescribe for all institutions certain procedures for compliance with the Act; (3) an independent ombudsman-type officer, the Information Commissioner, who can receive complaints under the Act or indeed initiate such complaints, and can carry out investigations which can then be followed by discussions with departments with a view to resolving the problem without further difficulties; (4) reports to Parliament and designated committees of both Houses by the Information Commissioner under sections 38 and 39 and by heads of each institution under section 72; and (5) a right to seek judicial review in cases of actual or deemed refusal of access for the purpose of obtaining that access. It will be seen from this that a large measure of administrative and political control has been provided to try to ensure the proper administration of the Act, as well as a new right of action in specified circumstances. Among other matters of which complaint may be made to the Information Commissioner, a person requesting access may pursuant to paragraph 30(1)(c) complain that the institution head has extended unreasonably the time limit for response. Such a complaint can be pursued by the Information Commissioner and can be the subject of a special report to Parliament or be referred to in a general report. The Information Commissioner can also through such processes identify and report on patterns of conduct or systemic deficiencies, where similar complaints are frequently made about the same institution or about access to the same type of information.

This history and framework confirms the somewhat narrow scope of the new powers specifically

lement de nature essentiellement politique. C'est dans ce contexte que la *Loi sur l'accès à l'information* a été adoptée. Elle repose en grande partie sur (1) une codification législative de règles énoncées pour conseiller les fonctionnaires sur les documents qui doivent ou ne doivent pas être communiqués; (2) une surveillance générale à cet effet de toutes les institutions fédérales par un «ministre désigné», mentionné à l'article 70, responsable du contrôle des modalités de tenue des «documents» du gouvernement et de l'établissement pour toutes les institutions de procédures pour assurer le respect de la Loi; (3) un fonctionnaire indépendant, genre protecteur du citoyen, soit le Commissaire à l'information, qui peut recevoir les plaintes en vertu de la Loi, ou même les porter lui-même, et effectuer des enquêtes qui peuvent aboutir à des entretiens avec les ministères en vue de trouver une solution immédiate au problème; (4) des rapports présentés par le Commissaire à l'information au Parlement et aux comités mixtes désignés, conformément aux articles 38 et 39, ainsi que par les responsables de chaque institution fédérale, conformément à l'article 72; et (5) un recours en révision judiciaire dans les cas de défaut de communication ou d'une décision valant refus de communication d'un document, afin d'obtenir cette communication. On peut donc déduire qu'on a prévu de nombreux moyens de contrôle administratif et politique pour assurer une application adéquate de la Loi ainsi qu'un nouveau droit d'action en des circonstances particulières. Parmi les différentes plaintes que peut recevoir le Commissaire à l'information, il y a celle que peut déposer une personne, aux termes de l'alinéa 30(1)c), qui a demandé communication d'un document et qui considère que le responsable de l'institution a prorogé le délai de communication de façon abusive. Le Commissaire à l'information peut faire enquête sur cette plainte, qui peut faire l'objet d'un rapport spécial au Parlement ou être mentionnée dans un rapport général. Le Commissaire à l'information peut aussi, grâce à ces démarches, constater l'existence de caractéristiques de comportement ou de lacunes systémiques, lorsque des plaintes semblables sont fréquemment faites à l'égard de la même institution ou à l'égard de la communication de la même catégorie de renseignements.

Cet historique et ce cadre législatif confirment la portée plutôt limitée des nouveaux pouvoirs qui

given to the Federal Court: under section 41, it can hear the application of a person (or, under section 42, of the Information Commissioner) where there has been actual or deemed refusal of access to a record; and under section 44 it can hear the application of a "third party" who objects to disclosure by the head of an institution of a record which may affect that third party. The applicant here does not come within section 41, the only section relevant to the present situation and the one on which he relies, because he has not been refused access: access was delayed but in fact has long since been given to him and within the time limits permitted by the statute. That being the case there can be no remedy granted under sections 49 or 50, the sections authorizing appropriate orders by the Court, because those remedial powers arise only where the Court finds a refusal to disclose a record. I am satisfied that where those sections authorize "such other order as the Court deems appropriate" such orders must be directly pertinent to providing access or its equivalent where there is first a finding that access has been refused. Refusal of access is a condition precedent to an application under those sections and the only matter to be remedied by the Court where it finds for the applicant. The reference to "such other order", in my view, only authorizes the Court to modify the form of the remedy to achieve disclosure in some form or perhaps to declare that disclosure should have been made where the record no longer exists.

I was referred to two recent decisions of my colleagues, Dubé and Muldoon JJ. which appear to me somewhat divergent. In *X v. Canada (Minister of National Defence)*² the present applicant had brought a motion under section 41 in respect of material he had requested from the Department of National Defence on August 12, 1988. The Department extended the reply time by ninety days and then failed to make disclosure until two

² T-1112-89, June 15, 1990, not reported.

ont été particulièrement confiés à la Cour fédérale: aux termes de l'article 41, elle peut instruire une requête d'une personne (ou, selon l'article 42, du Commissaire à l'information) lorsqu'il y a eu effectivement refus de communication d'un document ou une décision équivalant à un refus. Aux termes de l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 1, art. 45, annexe III, n^o 1], la Cour peut instruire la requête d'un «tiers» qui s'oppose à la communication par le responsable d'une institution d'un dossier qui peut le concerner. En l'espèce, le requérant ne peut invoquer l'article 41, le seul article pertinent dans la présente situation et sur lequel il se fonde parce qu'il n'y a pas eu refus de communication: il y a eu prorogation du délai de communication, mais il a obtenu le dossier depuis longtemps et avant l'expiration du délai permis par la Loi. Dans les circonstances, il n'existe pas de recours en vertu des articles 49 et 50, les articles qui permettent à la Cour de rendre les ordonnances qu'elle estime indiquées, puisque ces recours ne peuvent s'exercer que lorsque la Cour conclut à un refus de communication d'un document. Je suis convaincu que lorsque ces articles permettent à la Cour de rendre «une autre ordonnance si elle l'estime indiqué», cette ordonnance doit porter directement sur la communication à donner, ou sur une mesure équivalente, lorsqu'il y a eu d'abord constatation du refus de communication. Ce refus est une condition préalable à une requête déposée en vertu de ces articles et c'est la seule situation à laquelle la Cour peut remédier lorsqu'elle conclut en faveur du requérant. La mention d'une «autre ordonnance» ne permet, à mon avis, à la Cour que de modifier la forme de redressement pour en arriver à la communication ou peut-être à prononcer que la communication aurait dû être faite lorsque le document n'existe plus.

h

On m'a cité deux décisions rendues récemment par mes collègues, les juges Dubé et Muldoon, qui me semblent quelque peu divergentes. Dans l'affaire *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*², le même requérant avait présenté une requête, en vertu de l'article 41, pour obtenir des documents qu'il avait demandés au ministère de la Défense nationale le 12 août 1988. Le Ministère a prorogé le délai de communication de 90 jours et

² T-1112-89, le 15 juin 1990, jugement non publié.

months after the expiry of that extended period. The applicant requested the Court to require the Minister of National Defence to provide a detailed explanation as to why he had failed to respond in time and a “judgment” that the Minister was “deemed to have refused to give access to records by reason of subsection 10(3) of the *Access to Information Act*”. Dubé J., while making it clear that he did not condone these delays, held that he could not award any “judgment” to Mr. X because there was no actual refusal to disclose. Although there would have been a “deemed refusal” because disclosure had not been made before the expiry of the extended time, the material had since been provided to the applicant long before the hearing of the motion. That is, the only remedy the Court can give is to order disclosure and such an order is not available if disclosure has already taken place.

In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*,³ however, where the facts were somewhat similar in that a time extension had been fixed by the Department of External Affairs and disclosure was not made within that time but was made prior to the hearing of the motion, Muldoon J. proceeded to accept jurisdiction to make a series of declarations as to the shortcomings of the respondent department in its administration of the Act. He reviewed the exercise of discretion under section 9 of the Act, holding that a 120-day time extension was not justified under subsection 9(1). He further found the Department to have acted unreasonably in the pace at which it processed the request. He found that the 120-days’ extension amounted to a deemed refusal to disclose. He apparently based his jurisdiction to make such declarations on the closing words of section 49 that “the Court . . . shall make such other order as the Court deems appropriate”.

n’a communiqué ensuite les documents que deux mois après l’expiration de ce délai. Le requérant a demandé à la Cour qu’elle exige que le ministre de la Défense nationale fournisse une explication détaillée de son défaut de communiquer les documents à temps et qu’elle rende un jugement statuant que le défaut du ministre valait décision de refus de communication, par application du paragraphe 10(3) de la *Loi sur l’accès à l’information*. Le juge Dubé, tout en indiquant clairement qu’il n’approuvait pas le retard, a statué qu’il ne pouvait pas rendre un jugement en faveur de M. X parce qu’il n’y avait pas effectivement refus de communication. Bien qu’il pût y avoir une «décision valant refus» puisque la communication n’avait pas été faite avant l’expiration du délai prorogé, les documents avaient été fournis au requérant longtemps avant que la requête soit entendue. Autrement dit, le seul redressement que la Cour peut ordonner est la communication des documents et une ordonnance en ce sens n’a plus sa raison d’être lorsque les documents ont été communiqués.

e

Toutefois, dans l’affaire *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*,³ dans laquelle les faits étaient sensiblement similaires, puisque le ministère des Affaires extérieures avait fixé une prorogation du délai et la communication du document n’avait pas été faite dans ce délai mais avant l’audition de la requête, le juge Muldoon a considéré qu’il avait compétence pour prononcer une série de jugements déclaratoires concernant les manquements du ministère intimé dans sa façon d’appliquer la Loi. Il a examiné l’exercice du pouvoir discrétionnaire sous le régime de l’article 9 de la Loi et a conclu que la prorogation du délai de 120 jours n’était pas justifiée en vertu du paragraphe 9(1). Il a statué également que le Ministère n’avait pas traité la demande avec suffisamment de célérité. Il a conclu que le délai de 120 jours valait décision de refus de communication. Il semble avoir fondé sa compétence pour prononcer un jugement déclaratoire semblable sur les derniers mots de l’article 49 selon lesquels «la Cour rend une autre ordonnance si elle l’estime indiqué».

j

³ [1990] 3 F.C. 514 (T.D.).

³ [1990] 3 C.F. 514 (1^{re} inst.).

It will be apparent from what I have already indicated that I respectfully agree with the approach taken by Dubé J., that in the absence of a genuine claim for refusal of access, a refusal which is still continuing at the time of hearing in this Court, the Court has no jurisdiction in the matter. Further, unless there is a genuine and continuing refusal to disclose and thus an occasion for making an order for disclosure or its equivalent, no remedy can be granted by this Court. In my respectful view it is not the role of the Court to immerse itself in the reasonability of the conduct of the internal affairs of a government department in matters of access to information, except where a genuine and continuing refusal or deemed refusal of access can be demonstrated. Other remedies exist under the Act for enhancing political and administrative control over any deficiencies, if such they be.

As I indicated earlier, I regard this application as frivolous and vexatious because its futility should have been amply evident to the applicant. Having already failed in a previous application against the same respondent⁴ to obtain any order from the Court even in a stronger case (a situation where access had only been granted after the expiration of the extended time) I cannot imagine how the applicant could reasonably believe that he could come back and obtain an order in a case where there had been no failure to disclose during the extended period. While Dubé J. granted the applicant costs in the earlier motion, which was one of first impression and where there had been a "deemed refusal" to grant access at least for a short period, there are no such extenuating circumstances in this case. The applicant has unnecessarily occupied the time and resources of the Court and of the respondent. Costs are awarded against him which I shall fix in the amount of \$200, the respondent having requested the Court to fix an amount if he should be awarded costs.

⁴ *Supra*, note 2.

Mes remarques antérieures indiquent évidemment que je souscris respectueusement à l'opinion du juge Dubé, à savoir qu'en l'absence d'un refus véritable de communication, un refus subsistant encore au moment de l'audience devant cette Cour, le tribunal n'est pas compétent en la matière. De plus, à moins que le refus de communication ne soit réel et continu et qu'il ne soit, par conséquent, possible de rendre une ordonnance de communication ou une ordonnance en ce sens, la Cour ne peut accorder de redressement. À mon humble avis, il n'incombe pas à la Cour de se pencher sur la question du caractère raisonnable des activités internes d'un ministère pour ce qui est des questions relatives à l'accès à l'information, sauf lorsqu'on peut établir qu'il existe un véritable refus ou une décision valant un refus de communication, et que ce refus subsiste. Il existe d'autres recours en vertu de la Loi pour assurer un meilleur contrôle politique et administratif des activités des ministères qui présentent des lacunes, le cas échéant.

Comme je l'ai mentionné auparavant, je considère la présente requête comme étant frivole et vexatoire parce que le requérant aurait dû être lui-même très conscient de sa futilité. Ayant échoué dans une requête antérieure contre le même intimé⁴ dans une tentative d'obtenir une ordonnance dans une affaire pourtant mieux fondée (alors que le document n'avait été communiqué qu'après l'expiration du délai prorogé), je ne vois pas comment le requérant pouvait normalement croire qu'il puisse revenir à la charge et obtenir une ordonnance alors qu'il n'y avait pas eu défaut de communication durant le délai prorogé. Bien que le juge Dubé ait accordé les dépens au requérant dans la première requête, qui était fondée sur une première lecture du texte et qu'il y avait eu une «décision valant refus» de communication au moins durant une courte période, il n'y a pas en l'espèce de circonstances atténuantes semblables. Le requérant a inutilement accaparé le temps et les ressources de la Cour et de l'intimé. Il est condamné aux dépens que j'établis à 200 \$, l'intimé ayant demandé à la Cour d'en taxer le montant si les dépens devaient lui être adjugés.

⁴ *Supra*, note 2.

T-386-90

T-386-90

May Bros. Farms Ltd. (Plaintiff)

v.

Her Majesty The Queen (Defendant)INDEXED AS: *MAY BROS. FARMS LTD. v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Reed J.—Vancouver, December 11 and 14, 1990.

Income tax — Income calculation — Capital cost allowance — Farming Rights Agreement granting taxpayer profit à prendre with respect to approximately 198 acres of cranberry lots and allowing it to manage and harvest cranberries — Agreement within Class 14 of Schedule II of Income Tax Act — Taxpayer subsequently purchasing fee simple in 200 acres of same lots — Whether taxpayer's rights under Farming Rights Agreement merged with fee simple and whether still owner of Class 14 property — If so, entitled to terminal loss for 1981 taxation year — Allocation of amount paid for Farming Rights Agreement — Conditions for merger not met — Action dismissed.

Real property — Whether purchase of freehold interest in 200 acres of cranberry lots resulting in merger of interest with prior profit à prendre — Meaning of "merger" in law of real property — More than coincidence of time required for merger — Interest in estates must coalesce with lesser interest drowned in greater — In instant case, intervening estate existing as two interests in land not having coalesced.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(16) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14; 1980-81-82-83, c. 48, s. 10].

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, Schedule II, Class 14.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED
DISTINGUISHED:

Re The Queen in right of Manitoba and Senick (1982), 134 D.L.R. (3d) 586; [1982] 3 W.W.R. 589; 17 Man. R. (2d) 257 (Man. C.A.); *R. in right of the Province of British Columbia v. Tener et al.*, [1985] 1 S.C.R. 533; (1985), 17 D.L.R. (4th) 1; [1985] 3 W.W.R. 673; 32 L.C.R. 340; 59 N.R. 82; 36 R.P.R. 291; *Burton v. Barclay and Another* (1831), [1824-34] All E.R. Rep. 437 (C.P.); *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865; (1979), 97 D.L.R. (3d) 238; [1979] CTC 71; 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.

May Bros. Farms Ltd. (demanderesse)

c.

a

Sa Majesté la Reine (défenderesse)RÉPERTORIÉ: *MAY BROS. FARMS LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)*

b Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 11 et 14 décembre 1990.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Allocation du coût en capital — Contrat relatif aux droits d'agriculture accordant au contribuable un profit à prendre visant quelque 198 acres de champs de canneberges et l'autorisant à cultiver et à cueillir des canneberges — Le contrat appartient à la catégorie 14 de l'annexe II de la Loi de l'impôt sur le revenu — Acquisition subséquente par le contribuable d'un fief simple visant 200 acres des mêmes parcelles de terrain — Y a-t-il eu fusion entre les droits du contribuable aux termes du contrat relatif aux droits d'agriculture et le fief simple, et le contribuable possède-t-il toujours des biens de la catégorie 14? — Le cas échéant, le contribuable a droit à une perte finale pour l'année d'imposition 1981 — Répartition de la somme versée en contrepartie du contrat relatif aux droits d'agriculture — Non-respect des conditions relatives à la fusion — Action rejetée.

Biens immeubles — L'acquisition d'un droit de propriété franche visant 200 acres de champs de canneberges a-t-elle emporté la fusion de ce droit avec le profit à prendre accordé précédemment? — Définition du mot «fusion» en droit immobilier — La fusion requiert plus qu'une simple coïncidence — Les droits sous-jacents aux domaines doivent se fondre, et le domaine moins étendu doit être englobé par le plus grand — En l'espèce, il existe un domaine interposé vu que les deux intérêts fonciers ne se sont pas fondus l'un avec l'autre.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(16) [mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 14; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 10].

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., chap. 945, annexe II, catégorie 14.

JURISPRUDENCE
DISTINCTION FAITE AVEC:

Re The Queen in right of Manitoba and Senick (1982), 134 D.L.R. (3d) 586; [1982] 3 W.W.R. 589; 17 Man. R. (2d) 257 (C.A. Man.); *R. du chef de la province de la Colombie-Britannique c. Tener et autre*, [1985] 1 R.C.S. 533; (1985), 17 D.L.R. (4th) 1; [1985] 3 W.W.R. 673; 32 L.C.R. 340; 59 N.R. 82; 36 R.P.R. 291; *Burton v. Barclay and Another* (1831), [1824-34] All E.R. Rep. 437 (C.P.); *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865; (1979), 97 D.L.R. (3d) 238; [1979] CTC 71; 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.

AUTHORS CITED

Cheshire, Geoffrey Chevalier and Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 14th ed. London; Edinburgh: Butterworths Co. Ltd., 1988.

Oosterhoff, A. H. and Rayner, W. B. *Anger and Honsberger Law of Real Property* (2nd ed. vol. 2, Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1985).

COUNSEL:

Gordon S. Funt for plaintiff.
M. J. Weder for defendant.

SOLICITORS:

Fraser & Beatty, Vancouver, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

REED J.: The issue in this case is a very narrow one: did the plaintiff's purchase of the freehold interest in 200 acres of cranberry lots, on October 14, 1980, result in a merger of that interest and a prior profit à prendre the plaintiff held with respect to those same lots? If a merger took place, the plaintiff no longer held, in his 1981 taxation year, Class 14 property and was entitled to a terminal loss with respect thereto.

On December 13, 1977 a corporation by the name of Bell Farms Limited ("Bell") leased 200 acres of cranberry lots from Wingly Enterprises Ltd. ("Wingly"). The lease had a five-year term and expired on December 31, 1983. Bell subsequently subleased a very small portion of the lands (2 acres) to a Mr. Sidhu. This lease was designed to expire on December 31, 1983, the same date as Bell's head lease. In March of 1980, Bell sought to sublease the rest of the land, to the plaintiff. Wingly, however, pursuant to the terms of its lease to Bell, had the right to refuse to consent to a sublease. Wingly did refuse. The plaintiff and Bell, on June 27, 1980, therefore, concluded two agreements: a Farming Rights Agreement and an Option and Indemnity Agreement. The second agreement never became operative and both coun-

DOCTRINE

Cheshire, Geoffrey Chevalier and Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 14^e éd., London; Edinburgh: Butterworths Co. Ltd., 1988.

Oosterhoff, A. H. and Rayner, W. B. *Anger et Honsberger Law of Real Property*, 2^e éd., vol. 2, Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1985.

AVOCATS:

Gordon S. Funt pour la demanderesse.
M. J. Weder pour la défendresse.

PROCUREURS:

Fraser & Beatty, Vancouver, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour la défendresse.

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

LE JUGE REED: La question en litige est très simple: l'acquisition par la demanderesse, le 14 octobre 1980, d'un droit de propriété franche sur deux cents acres destinés à la culture des canneberges a-t-elle entraîné la fusion de ce droit avec le profit à prendre que détenait déjà la demanderesse à l'égard des mêmes parcelles de terrain? Si tel a été le cas, la demanderesse ne possédait plus, au cours de son année d'imposition 1981, de biens de la catégorie 14 et elle avait droit à une perte finale à cet égard.

Le 13 décembre 1977, une corporation appelée Bell Farms Limited («Bell») a loué deux cents acres de terrain destinés à la culture des canneberges appartenant à Wingly Enterprises Ltd. («Wingly»). Le bail, dont la durée était de cinq ans, a expiré le 31 décembre 1983. Par la suite, Bell a sous-loué une infime partie des parcelles de terrain (soit deux acres) à M. Sidhu. Ce bail devait expirer le 31 décembre 1983, c.-à-d. au même moment que le bail principal. Au mois de mars 1980, Bell a tenté de sous-louer le reste des parcelles de terrain à la demanderesse, mais Wingly a exercé le droit que lui conférait le bail liant à Bell de refuser de consentir à la sous-location. Le 27 juin 1980, la demanderesse et Bell ont par conséquent conclu deux contrats, l'un relatif aux droits d'agriculture et l'autre prévoyant une option et une indemnisation. Le deuxième contrat n'étant jamais devenu opposable, les deux avocats

sel agree that it can be ignored for the purposes of this case.

Both counsel agree that the Farming Rights Agreement granted the plaintiff a profit à prendre with respect to the approximate 198 acres in question. The plaintiff paid Bell \$1,000,000 for the rights obtained under the agreement. The terms of that agreement provide, in part:

4.00 MANAGE AND HARVEST

4.01 During the remainder of the term of the Lease May Bros may enter upon, together with its servants, agents, licencees and invitees and all necessary machinery and equipment therefor, and occupy that portion of the Lands which is not subject to Sukhminder Sidhu and to Gill Growers Ltd. respectively, ("the Cranberry Land"), for the purpose of managing and harvesting the cranberries grown thereon, including without limitation, the rights to maintain all control procedures, apply all necessary insecticides and herbicides, apply all fertilizers, irrigate, weed, cultivate, and harvest crops, and shall incur all costs therefor and receive all proceeds therefrom.

4.02 Bell shall remain in legal possession of the Cranberry Land, but shall not interfere with the managing and harvesting by May Bros in any manner whatsoever save as provided in paragraph 4.03 hereof.

4.03 Bell shall be entitled to all prunings of the Bergman variety of cranberries which are not required to properly fill in upon the Cranberry Land, and may prune such cranberries for that purpose, provided however that May Bros shall have the absolute and unfettered discretion as to the time, standard and method of such pruning.

5.00 NON ASSIGNMENT OF LEASE

In the event that Wingly Enterprises Ltd. consents to the assignment of the Lease to May Bros Bell shall assign the Lease and until that event the Lease shall not be assigned or sublet to May Bros or to any other person, firm or corporation.

6.00 RELATIONSHIP

6.01 Nothing herein contained, nor any of the acts of the parties hereunder, shall be deemed to create any relationship of landlord and tenant between the parties hereto.

6.02 Bell shall not be entitled to any compensation hereunder save the Price and the rights given in paragraph 4.03.

6.03 Bell shall have legal possession of the Lands and the right to occupy the Lands, and May Bros shall not have legal possession of the Lands.

On October 14, 1980 the plaintiff purchased the fee simple in the 200 acres (including the 2 acres which had been leased by Bell to Sidhu) from Wingly.

The plaintiff and the defendant agree that the plaintiff's rights under the Farming Rights Agreement fall within Class 14 of Schedule II of the *Income Tax Regulations* [C.R.C., c. 945]. Class 14 property, at the relevant time, was described as:

conviennent qu'il peut être écarté aux fins des présentes.

Les deux parties conviennent que le contrat relatif aux droits d'agriculture accordait à la demanderesse un profit à prendre visant les quelques cent quatre-vingt-dix-huit acres en cause. La demanderesse a versé à Bell 1 000 000 \$ en contrepartie des droits ainsi obtenus. Voici un extrait du contrat:

4.00 CULTURE ET CUEILLETTE

4.01 Jusqu'à l'expiration du bail, May Bros, ses préposés, ses mandataires, ses titulaires de permis et ses invités ont accès aux parcelles de terrain non assujetties à Sukhminder Sidhu et à Gill Growers Ltd. (les «champs de canneberges»), peuvent occuper celles-ci et y apporter les machines et le matériel requis, aux fins de cultiver et de cueillir les canneberges qui y poussent, notamment pour procéder aux contrôles voulus, répandre les insecticides et les herbicides nécessaires, épandre des engrais, irriguer, désherber et cultiver ainsi que pour cueillir les fruits, et la demanderesse engage tous les frais qui se rattachent à ces activités et touche le produit qui en découle.

4.02 Bell conserve la possession juridique des champs de canneberges, mais elle s'abstient de nuire de quelque manière que ce soit, sauf ce que prévoit la clause 4.03, aux activités de May Bros qui sont liées à la culture et à la cueillette.

4.03 Bell peut effectuer toutes les tailles d'arbustes de canneberges de type Bergman qui ne sont pas nécessaires à l'utilisation optimale des champs de canneberges; May Bros a toutefois le pouvoir discrétionnaire, à la fois inconditionnel et illimité, de déterminer le moment, l'ampleur et le mode de la taille.

5.00 INCESSIBILITÉ DU BAIL

Si Wingly Enterprises Ltd. y consent, Bell cède le bail à May Bros; le bail ne peut faire l'objet ni d'une cession ni d'une sous-location à May Bros ou à une autre personne, physique ou morale, avant l'obtention de ce consentement.

6.00 LIEN DE DROIT

6.01 Aucune disposition des présentes ni aucun acte accompli par les parties n'est réputé lier les parties à titre de bailleur et de preneur.

6.02 Bell n'a droit, aux termes des présentes, à aucune autre rétribution que le prix et les droits conférés à la clause 4.03.

6.03 La possession juridique des parcelles de terrain et le droit d'occuper celles-ci sont dévolus à Bell; May Bros n'a pas la possession juridique des parcelles de terrain.

Le 14 octobre 1980, la demanderesse a fait l'acquisition auprès de Wingly d'un fief simple visant les deux cents acres (y compris les deux acres que Bell avait cédés à bail à M. Sidhu).

Les parties s'entendent sur le fait que les droits de la demanderesse aux termes du contrat relatif aux droits d'agriculture appartiennent à la catégorie 14 de l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu* [C.R.C., chap. 945]. Voici la description de la catégorie 14 alors applicable:

CLASS 14

Property that is a patent, franchise, concession or licence for limited period in respect of property, except

(a) franchise, concession or licence in respect of minerals, petroleum, natural gas, other related hydrocarbons or timber and property relating thereto (except a franchise for distributing gas to consumers or a licence to export gas from Canada or from a province) or in respect of a right to explore for, drill for, take or remove minerals, petroleum, natural gas, other related hydrocarbons or timber;

(b) a leasehold interest; or

(c) a property included in Class 23.

The plaintiff argues that upon acquiring the fee simple from Wingly its rights under the Farming Rights Agreement were merged with the fee simple and, therefore, after that date the plaintiff no longer owned any Class 14 property. It is argued that, as a result, subsection 20(16) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14; 1980-81-82-83, c. 48, s. 10] of the *Income Tax Act* [ITA] [S.C. 1970-71-72, c. 63] triggers a terminal loss for the plaintiff's 1981 taxation year. At the relevant time, subsection 20(16) read:

20. ...

(16) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a),(b) and (h), where at the end of a taxation year,

(a) the aggregate of all amounts determined under subparagraphs 13(21)(f)(i) to (ii.1) in respect of depreciable property of a particular prescribed class of a taxpayer exceeds the aggregate of all amounts determined under subparagraphs 13(21)(f)(iii) to (viii) in respect of depreciable property of that class of the taxpayer, and

(b) the taxpayer no longer owns any property of that class,

in computing the taxpayer's income for the year

(c) there shall be deducted the amount of the excess determined under paragraph (a), and

(d) no amount shall be deducted for the year under paragraph 1(a) in respect of property of that class,

and the amount of the excess determined under paragraph (a) shall be deemed to have been deducted under paragraph (1)(a) in computing the taxpayer's income for the year from a business or property. [Underlining added.]

The plaintiff claims that the \$1,000,000 paid for the Farming Rights Agreement should be allocated so that, for the purposes of its 1980 and 1981 taxation year, deductions of \$3,117.70 and \$996,882.30 respectively are allowed.

CATÉGORIE 14

Les biens constitués par un brevet, une concession ou un permis de durée limitée à l'égard des biens, sauf

a) une concession ou permis à l'égard de minéraux, de pétrole, de gaz naturel, d'autres hydrocarbures connexes ou de bois et des biens y afférents (excepté une concession pour la distribution de gaz aux consommateurs ou un permis d'exportation de gaz du Canada ou d'une province) ou à l'égard d'un droit d'exploration, de forage, de prise ou d'enlèvement concernant des minéraux, du pétrole, du gaz naturel, d'autres hydrocarbures connexes ou du bois;

b) une tenure à bail; ou

c) un bien compris dans la catégorie 23.

La demanderesse soutient qu'au moment de l'acquisition du fief simple auprès de Wingly, ses droits aux termes du contrat relatif aux droits d'agriculture se sont fondus avec le fief simple de sorte qu'elle ne possédait plus, dès lors, de biens de la catégorie 14. Elle prétend en outre que le paragraphe 20(16) [mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 14; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 10] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [Loi] [S.C. 1970-71-72, chap. 63] lui permet, par conséquent, de déduire une perte finale pour l'année d'imposition 1981. Voici le libellé du paragraphe 20(16) alors applicable:

20. ...

(16) Nonobstant les alinéas 18(1)(a),(b) et h), lorsque, à la fin d'une année d'imposition,

a) le total des montants déterminés en vertu des sous-alinéas 13(21)(f)(i) à (ii.1), à l'égard des biens amortissables d'une catégorie prescrite donnée qui appartiennent à un contribuable, est supérieur au total des montants déterminés en vertu des sous-alinéas 13(21)(f)(iii) à (viii), à l'égard des biens amortissables de cette catégorie qui appartiennent au contribuable, et

b) que ce dernier ne possède plus de biens de ladite catégorie,

dans le calcul de son revenu pour l'année

c) il doit déduire l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a), et

d) il ne doit déduire aucun montant pour l'année en vertu de l'alinéa (1)a) à l'égard des biens de ladite catégorie,

et, l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a) est réputé avoir été déduit en vertu de l'alinéa (1)a) dans le calcul du revenu, pour l'année, qu'il a tiré d'une entreprise ou d'un bien. [C'est moi qui souligne.]

La demanderesse soutient que la somme de 1 000 000 \$ versée en contrepartie du contrat relatif aux droits d'agriculture devrait être répartie de telle manière que 3 117,70 \$ et 996 882,30 \$ soient déductibles pour ses années d'imposition 1980 et 1981 respectivement.

The defendant's position is that no merger occurred and that the \$1,000,000 which was paid for the Farming Rights Agreement should be allocated over the life of that agreement, pursuant to paragraph 20(1)(a), Regulation 1100, and Class 14 of Schedule II of the *Income Tax Regulations*. The defendant's allocation of the \$1,000,000 is as follows:

1980	\$ 2,341
1981	284,711
1982	284,711
1983	284,711
1984	143,526
	<u>\$ 1,000,000</u>

There is no dispute concerning the respective calculations. The only dispute is whether the purchase of the fee simple, in October of 1980, resulted in a merger.

It is stated in Cheshire and Burn, *Modern Law of Real Property* (14th Edition, 1988), at page 875:

The term *merger* means that, where a lesser and a greater estate in the same land come together and vest, without any intermediate estate, in the same person and in the same right, the lesser is immediately annihilated by operation of law. It is said to be "merged", i.e. sunk or drowned, in the greater estate. [Underlining added.]

In Anger and Honsberger *Law of Real Property* (2nd edition, 1985), at page 1493 it is stated:

At common law, whenever a particular estate and a subsequent greater estate become vested in the same person, with no intervening estate in another person, the smaller particular or preceding estate became merged or drowned in the greater subsequent estate. [Underlining added.]

Counsel for the plaintiff cites: *Re the Queen in right of Manitoba and Senick* (1982), 134 D.L.R. (3d) 586 (Man. C.A.); *R. in right of The Province of British Columbia v. Tener et al.*, [1985] 1 S.C.R. 533; *Burton v. Barclay and Another* (1831), [1824-34] All E.R. Rep. 437 (C.P.); *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865.

None of these cases assist the plaintiff. The *Senick* case merely establishes that a profit à

La défenderesse estime pour sa part qu'aucune fusion n'a eu lieu et que la contrepartie de 1 000 000 \$ doit être répartie sur toute la période de validité du contrat relatif aux droits d'agriculture, suivant l'alinéa 20(1)a) de la Loi, le Règlement 1100 de la Loi et la catégorie 14 de l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. La défenderesse a d'ailleurs réparti la somme comme suit:

<i>b</i>	1980	2 341 \$
	1981	284 711
	1982	284 711
	1983	284 711
	1984	143 526
<i>c</i>		<u>1 000 000 \$</u>

Les calculs de chacune des parties ne sont pas contestés. La seule question en litige consiste à savoir si l'acquisition du fief simple en octobre 1980 a emporté fusion.

Voici un extrait, à la page 875, de *Modern Law of Real Property* (14^e édition, 1988), dont les auteurs sont Cheshire et Burn:

[TRADUCTION] Lorsqu'il y a *fusion*, c.-à-d. lorsqu'un domaine moins étendu et un domaine plus étendu sur un même bien-fonds sont réunis et sont dévolus comme un seul droit, à l'exclusion de tout domaine intermédiaire, à une même personne, le domaine moins étendu disparaît automatiquement en application de la loi. On dit alors que celui-ci se «fond» avec le plus étendu, qu'il est absorbé par ce dernier. [C'est moi qui souligne.]

On peut également lire, dans *Law of Real Property* (2^e édition, 1985), dont les auteurs sont Anger et Honsberger, à la page 1493:

[TRADUCTION] En common law, lorsqu'un domaine particulière et un domaine subséquent plus étendu sont dévolus à une même personne, à l'exclusion de tout domaine interposé dévolu à autrui, le domaine particulière ou le domaine précédent se fond avec le domaine subséquent plus étendu ou est englobé par celui-ci. [C'est moi qui souligne.]

L'avocat de la demanderesse s'appuie sur les arrêts suivants: *Re the Queen in right of Manitoba and Senick* (1982), 134 D.L.R. (3d) 586 (C.A. Man.); *R. du chef de la province de la Colombie-Britannique c. Tener et autre*, [1985] 1 R.C.S. 533; *Burton v. Barclay and Another* (1831), [1824-34] All E.R. Rep. 437 (C.P.); *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865.

Or, cette jurisprudence n'appuie nullement la thèse de la demanderesse. Dans l'affaire *Senick*,

prendre can be irrevocable in the sense that it is not terminable at will as a licence might be. The *Tener* case determined that a person who held mineral rights (a profit à *prendre in gross*) and who could not exploit them because the Crown refused to grant a park use permit, allowing access to the minerals, was entitled to compensation for the “expropriation” of the mineral rights which had occurred. In the course of this decision, Madame Justice Wilson, by way of *dicta*, commented, at page 542:

Profits à prendre in gross are extinguished by unity of seisin, i.e., if the holder of the profit either:

(a) releases it in favour of the owner of the land in which the profit subsists; or

(b) becomes the owner of the land in which the profit subsists.

The extinguishment arises from the fact that if the ownership of the profit and the ownership of the land in which the profit subsists devolve on the same person, the profit can no longer exist as a separate interest in the land. The profit merges in the fee and is extinguished. [Underlining added.]

I do not think this explanation assists the plaintiff. In the first place, the plaintiff’s profit à *prendre* carried with it a right of access or entry on to the land in order to exploit the right given to cultivate and harvest the cranberries. More importantly, however, the comment by Madame Justice Wilson was made in the context of a case where there was no issue raised with respect to the possibility of an intervening estate. The comment simply cannot be taken out of context to support the broader interpretation which is sought to be put on it.

The *Burton* case deals with a situation in which merger did not occur because a reversionary interest remained with the lessee as a result of a sublease which was not co-extensive in time with lessee’s head lease. An intervening estate was held to exist because there was a reversionary right for a period of 21 days. The *Compagnie Immobilière BCN* case deals with a situation in which a merger did occur but there is no suggestion in it that an intervening estate might be involved.

As I understand counsel’s argument, it is that because the Farming Rights Agreement between Bell and the plaintiff terminated on the same date as Bell’s head lease and because of Madame Jus-

tout ce qui a été établi c’est que le profit à prendre peut être irrévocable en ce sens qu’il ne peut être annulé à volonté comme un permis. Dans l’arrêt *Tener*, la Cour suprême a statué que le titulaire de droits miniers (droits d’extraction en soi) qui ne peut exploiter ceux-ci parce que Sa Majesté refuse de lui délivrer un permis d’utilisation de parc lui permettant d’avoir accès aux minéraux, a droit à une indemnisation pour l’«expropriation» des droits miniers qui en résulte. En rendant jugement, Madame le juge Wilson a déclaré, à titre d’opinion incidente, à la page 542:

Les droits d’extraction en soi s’éteignent par la confusion, c.-à-d. si le titulaire du droit

a) y renonce en faveur du propriétaire du fonds assujéti au droit; ou

b) devient propriétaire du fonds assujéti au droit.

L’extinction résulte du fait que lorsque la propriété du droit et celle du bien-fonds qui y est assujéti sont réunies sur la même personne, le droit d’extraction ne peut plus subsister comme droit immobilier distinct. Le droit d’extraction se confond avec la propriété et est éteint. [C’est moi qui souligne.]

Je ne crois pas que cette explication vienne en aide à la demanderesse. En effet, le profit à prendre de la demanderesse était assorti d’un droit d’accès au terrain afin qu’elle y exerce le droit de cultiver et de cueillir des canneberges qui lui était conféré. Mais, ce qui est plus déterminant encore, c’est que l’observation de Madame le juge Wilson a été faite relativement à une affaire qui excluait toute possibilité d’un domaine interposé. On ne peut invoquer les propos du juge Wilson hors de leur contexte et leur donner une portée plus étendue, comme le voudrait la demanderesse.

Quant à l’affaire *Burton*, il s’agit d’un cas où aucune fusion n’a eu lieu à cause du droit réversif dont le preneur demeurerait titulaire aux termes d’un bail de sous-location qui n’avait pas la même durée que le bail principal du preneur. Le tribunal a statué qu’il y avait un domaine interposé parce qu’il existait un droit réversif pendant vingt et un jours. L’arrêt *Compagnie Immobilière BCN* portait sur un cas où la fusion avait eu lieu sans qu’il ait été question de la possibilité d’un domaine interposé.

Si l’on en croit la demanderesse, la fusion aurait eu lieu parce que le contrat relatif aux droits d’agriculture liant Bell et la demanderesse a expiré le même jour que le bail principal de Bell, ce que

tice Wilson's comments in *Tener*, a merger has occurred. This is not my understanding of the law. As noted above, I do not think Madame Justice Wilson's comments can be interpreted in the fashion that is suggested. In addition, more than coincidence of time is required for a merger to occur. The interests in the estates themselves must also coalesce. As Cheshire and Burn indicate: The lesser interest is annihilated or drowned in the greater.

In the present case Bell retains through its head lease and the Farming Rights Agreement, legal possession of the land in question, together with the right to take certain prunings from some of the cranberry bushes (paragraph 4.03 of the Farming Rights Agreement). An intervening estate, therefore, exists because the two interests in the land have not coalesced. The lesser is not "drowned" in or "annihilated" by the greater.

For the reasons given, the plaintiff's claim will be dismissed.

viendraient appuyer les observations formulées par le juge Wilson dans *Tener*. Compte tenu du droit applicable, je ne suis pas de cet avis. Comme je l'ai mentionné précédemment, je ne crois pas que l'on puisse interpréter ainsi les propos de Madame le juge Wilson. De plus, une simple coïncidence ne suffit pas pour qu'une fusion intervienne. Les droits sous-jacents aux domaines eux-mêmes doivent également se fondre, et comme Cheshire et Burn le précisent, le domaine moins étendu doit disparaître et être englobé par le plus étendu.

Dans la présente espèce, Bell conserve, aux termes du bail principal et du contrat relatif aux droits d'agriculture, la possession juridique des parcelles de terrain et le droit de tailler certains arbustes de canneberges (clause 4.03 du contrat relatif aux droits d'agriculture). Il existe donc un domaine interposé puisque les deux intérêts fonciers ne se sont pas fondus l'un avec l'autre. Le domaine moins étendu n'a pas «disparu» ni n'a été «englobé» par le plus étendu.

Pour ces motifs, l'action de la demanderesse est rejetée.

A-618-89	Berl Baron (<i>Appellant</i>)	A-618-89	Berl Baron (<i>appelant</i>)
	v.		c.
	Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)		^a Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en qualité de ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)
A-619-89	Berl Baron and Howard Baron, C.A. (<i>Appellants</i>)	A-619-89	Berl Baron et Howard Baron, C.A. (<i>appelants</i>)
	v.		c.
	Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)		c Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en qualité de ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)
A-620-89	Berl Baron (<i>Appellant</i>)	A-620-89	Berl Baron (<i>appelant</i>)
	v.		c.
	Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)		e Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en qualité de ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)
A-621-89	Berl Baron and Howard Baron, C.A. (<i>Appellants</i>)	A-621-89	Berl Baron et Howard Baron, C.A. (<i>appelants</i>)
	v.		c.
	Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)		g Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en qualité de ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)
	<i>INDEXED AS: BARON v. CANADA (C.A.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: BARON c. CANADA (C.A.)</i>
	Court of Appeal, Pratte, Marceau and Hugessen J.J.A.—Montréal, November 6; Ottawa, November 28, 1990.		h Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Hugessen, J.C.A.—Montréal, 6 novembre; Ottawa, 28 novembre 1990.
	<i>Income tax — Seizures — Income Tax Act, s. 231.3 search and seizure provisions criminal in nature — Unconstitutional as violating Charter, ss. 7 and 8 — Warrants issued thereunder invalid.</i>		i <i>Impôt sur le revenu — Saisies — Les dispositions de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu concernant les perquisitions, fouilles et saisies sont de nature criminelle — Elles sont inconstitutionnelles car elles violent les art. 7 et 8 de la Charte — Les mandats décernés en application de celles-ci sont pas valides.</i>
	<i>Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Income Tax Act, s. 231.3 search and seizure provisions in violation of Charter, s. 8 — Not meeting express or implied criteria set by S.C.C. in Southam for reasonable search and seizure by: (1) denying judicial discretion to refuse to issue</i>		j <i>Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Les dispositions de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu concernant les perquisitions, fouilles et saisies portent atteinte à l'art. 8 de la Charte — Elles ne satisfont pas aux critères exprès ou implicites établis</i>

search warrant or to attach conditions thereto; (2) using words diluting standard with respect to probability of finding evidence.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Income Tax Act, s. 231.3 search and seizure provisions in violation of Charter, s. 7 as denial of judicial discretion therein contrary to principles of fundamental justice.

Practice — Privilege — Accountant-client privilege not protected in federal income tax litigation.

Searches and seizures were effected on the authority of warrants issued under section 231.3 of the *Income Tax Act*. The Trial Division dismissed the appellant's attacks on the warrants themselves and on the validity of the section under which they were issued.

This was an appeal from that decision.

Held, the appeal should be allowed, the warrants quashed and section 231.3 declared of no force or effect because it was inconsistent with sections 7 and 8 of the Charter.

The search and seizure procedures authorized by section 231.3 were criminal in their nature. The section was concerned with the detection and prosecution of crime. Nothing less than the full panoply of Charter protection was therefore appropriate.

The words "A judge shall issue the warrant" in subsection 231.3(3) specifically excluded judicial discretion in the issuance of search warrants. For that reason, that provision ran afoul of sections 7 and 8 of the Charter as authorizing an unreasonable search and seizure and violating the principles of fundamental justice.

The word "shall" is normally imperative, and should be interpreted in that manner unless such an interpretation would be utterly inconsistent with the context in which it has been used and would render the sections irrational or meaningless. There was nothing in the section to suggest that "shall" should not be given its normal imperative meaning. Nor could the Bill of Rights be used to validate, by interpretation, legislation which was otherwise inadequate on Charter grounds.

The Court's power to control abuse of process or to add conditions to a warrant could not be invoked. If the conditions precedent to a reasonable search and seizure were exhaustively set out in subsection 231.3(3), an application meeting those conditions could not be an abuse of process. And if the word "shall" was given its normal imperative meaning, there could be no power in the judge to attach conditions to the warrant beyond those specifically set out in the statute.

The requirement of judicial discretion to refuse to issue a search warrant, or to attach conditions to a warrant when issued, was implicit in the standards of reasonability set out by the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.*

par la C.S.C. dans l'arrêt *Southam* relativement aux fouilles, perquisitions et saisies raisonnables parce qu'elles: (1) n'accordent pas un pouvoir discrétionnaire judiciaire de refuser de décerner le mandat de perquisition ou d'y ajouter des conditions; (2) utilisent des termes qui réduisent les normes relatives à la probabilité de trouver des éléments de preuve.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Les dispositions de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu concernant les perquisitions, fouilles et saisies portent atteinte à l'art. 7 de la Charte car leur refus d'accorder un pouvoir discrétionnaire judiciaire est contraire aux principes de justice fondamentale.

Pratique — Communications privilégiées — Le secret professionnel du comptable n'est pas protégé dans le cas des litiges concernant l'impôt sur le revenu fédéral.

Les perquisitions, fouilles et saisies ont été effectuées en vertu d'un mandat décerné en vertu de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La Section de première instance a rejeté les contestations relatives aux mandats eux-mêmes et à la validité de l'article en vertu duquel ils avaient été décernés.

Il s'agit d'un appel contre cette décision.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli, les mandats annulés et l'article 231.3 déclaré inopérant parce qu'il est incompatible avec les articles 7 et 8 de la Charte.

Les procédures en matière de perquisitions, fouilles et saisies autorisées par l'article 231.3 sont de nature criminelle. L'article vise la détection du crime et la poursuite des coupables. Rien de moins que la pleine protection offerte par la Charte était par conséquent convenable.

Les termes «Le juge . . . décerne le mandat» dans le paragraphe 231.3 excluent de façon précise toute discrétion en ce qui concerne la délivrance des mandats de perquisitions. Pour ce motif, cette disposition contrevient aux articles 7 et 8 de la Charte puisqu'elle permet des fouilles, perquisitions ou saisies abusives et viole les principes de justice fondamentale.

Le terme anglais «*shall*» exprime normalement une obligation et devrait être interprété de cette manière à moins qu'une telle interprétation ne soit absolument incompatible avec le contexte dans lequel il a été employé et ne rende les articles irrationnels ou vides de sens. Il n'y a rien dans l'article qui indiquerait qu'il ne faut pas donner au terme «*shall*» son sens impératif normal. La Déclaration canadienne des droits ne peut non plus être utilisée pour valider, par interprétation, des textes législatifs qui ne satisfont pas par ailleurs aux critères de la Charte.

Le pouvoir de la Cour de contrôler l'utilisation abusive de ces procédures et d'ajouter des conditions à un mandat ne peut être invoqué. Si le paragraphe 231.3(3) comprend toutes les conditions préalables à une perquisition, une fouille ou une saisie raisonnable, une requête qui satisfait à ces conditions ne peut être considérée comme abusive. De plus, si le terme «*shall*» doit recevoir son interprétation impérative normale, le juge n'a aucun pouvoir d'ajouter des conditions au mandat, en sus de celles spécialement énoncées dans la Loi.

L'exigence d'un pouvoir discrétionnaire autorisant le juge à refuser de décerner un mandat de perquisition et à ajouter des conditions à un mandat qui a été décerné, est implicite dans les critères de raisonabilité énoncés par la Cour suprême du

as a prerequisite to a reasonable search and seizure in accordance with section 8 of the Charter.

The Supreme Court of Canada decision in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski* was authority for the proposition that the attaching of conditions to a search warrant was a necessary and essential part of the exercise of judicial discretion but, even more importantly, that the very existence of such discretion was a prerequisite to the reasonableness of the search and to our notions of fundamental justice.

The use of the phrase "reasonable grounds to believe" instead of "reasonable and probable" was of no consequence. In that phrase, "probable" added nothing. Like the second member of such other hallowed English legal phrases as "null and void", "good and valid", "last will and testament", it did nothing. Furthermore, a grammatical analysis of subsection 231.3(3) showed that in fact, the evidentiary burden of "more likely than not" has been met or exceeded.

Also, on the basis of *Southam*, the text of paragraph 231.3(3)(b) (a document or thing that may afford evidence) was inadequate on Charter grounds and was therefore inoperative: the use of the word "may" allowed the issuance of a search warrant on showing of reasonable grounds to believe in a mere possibility that the thing to be found would afford evidence of a crime.

As to subsection 231.3(5), this Court had already decided in *Solvent Petroleum* that it met the test of reasonableness and therefore of validity. There was no good reason to revisit that finding.

Accountant-client privilege was not protected in the context of federal income tax litigation. Solicitor-client privilege was on a different footing as necessary for the proper administration of justice, but in this case there had been no breach of that privilege since the proper procedure to protect it was followed during the execution of the warrants.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(3).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 487, 487.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 69), 488 (as am. *idem*, s. 70).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 68).
Customs Act, S.C. 1986, c. 1, s. 111(1).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231.3 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.

Canada dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* à titre de condition préalable à une fouille, perquisition et saisie non abusive, conformément à l'article 8 de la Charte.

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski* établit que l'imposition de conditions à un mandat de perquisition est un élément essentiel à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire mais, de façon encore plus importante, que l'existence même de ce pouvoir est une condition préalable au caractère raisonnable de la perquisition et à nos principes de justice fondamentale.

L'emploi de l'expression «motifs raisonnables de croire» au lieu de l'expression «raisonnable et probable» n'a pas de conséquence. Dans cette expression, le mot «probable» n'ajoute rien. Comme le second membre de ces autres expressions juridiques anglaises consacrées, dont «*null and void*» (invalide), «*good and valid*» (valide), «*last will and testament*» (testament) le second mot de l'expression n'ajoute rien. Qui plus est, une analyse grammaticale du paragraphe 231.3(3) démontre qu'en fait le fardeau de la présentation du critère «plus probable qu'improbable» a été plus que satisfait.

En outre, sur le fondement de l'arrêt *Southam*, le texte de l'alinéa 231.3(3)(b) (des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve) est insuffisant en vertu de la Charte et par conséquent inopérant: l'utilisation du mot «peuvent» permet la délivrance d'un mandat de perquisition lorsqu'on a des motifs raisonnables de croire qu'il y a une simple possibilité de trouver des choses qui pourraient constituer des éléments de preuve de la perpétration d'un crime.

En ce qui a trait au paragraphe 231.3(5), cette Cour a déjà jugé dans l'affaire *Solvent Petroleum* qu'il remplit les critères du caractère raisonnable et de la validité. Il n'y a aucune raison valable de réexaminer cette conclusion.

Le secret professionnel du comptable n'est pas protégé dans le cas des litiges concernant l'impôt sur le revenu fédéral. La situation du secret professionnel de l'avocat est différente car il est nécessaire pour assurer l'administration appropriée de la justice, mais en l'espèce il n'y a eu aucune violation de ce privilège étant donné que la procédure convenable pour le protéger a été suivie pendant l'exécution des mandats.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 487, 487.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 69), 488 (mod., *idem*, art. 70).
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 487(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 68).
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231.3 (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 11.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(3).
Loi sur les douanes, S.C. 1986, chap. 1, art. 111(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R., [1990] 1 F.C. 20; (1989), 50 C.C.C. (3d) 182; 28 F.T.R. 79; 99 N.R. 22 (C.A.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man.R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

NOT FOLLOWED:

Kourtesis v. M.N.R., [1990] 1 W.W.R. 97; (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1; 50 C.C.C. (3d) 201; 72 C.R. (3d) 196; 89 DTC 5464 (B.C.C.A.).

DISTINGUISHED:

R. v. McKinlay Transport Ltd., [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283.

REFERRED TO:

Knox Contracting Ltd. v. Canada, [1990] 2 S.C.R. 338; (1990), 110 N.R. 171; *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.); *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535; (1984), 13 D.L.R. (4th) 706; 12 C.R.R. 45; [1984] CTC 506; 84 DTC 6478; 55 N.R. 255 (C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (N.B.C.A.); *Nima v. McInnes*, [1989] 2 W.W.R. 634; (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 197; 45 C.C.C. (3d) 419 (B.C.S.C.); *Canada v. Aquarius Computer* (1989), 2 T.C.T. 4531 (Ont. H.C.).

AUTHORS CITED

Robert, Paul *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* Paris: Le Robert, 1982, "probable".
Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1968, "probable".

COUNSEL:

Guy Du Pont and *André Serero* for appellants.
Pierre Loiselle, Q.C. for respondents.

SOLICITORS:

Phillips & Vineberg, Montréal, for appellants.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.N.R., [1990] 1 C.F. 20; (1989), 50 C.C.C. (3d) 182; 28 F.T.R. 79; 99 N.R. 22 (C.A.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man.R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

DÉCISION NON SUIVIE:

Kourtesis v. M.N.R., [1990] 1 W.W.R. 97; (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1; 50 C.C.C. (3d) 201; 72 C.R. (3d) 196; 89 DTC 5464 (C.A.C.-B.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. McKinlay Transport Ltd., [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283.

DÉCISIONS CITÉES:

Knox Contracting Ltd. c. Canada, [1990] 2 R.C.S. 338; (1990), 110 N.R. 171; *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.); *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535; (1984), 13 D.L.R. (4th) 706; 12 C.R.R. 45; [1984] CTC 506; 84 DTC 6478; 55 N.R. 255 (C.A.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (C.A.N.-B.); *Nima v. McInnes*, [1989] 2 W.W.R. 634; (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 197; 45 C.C.C. (3d) 419 (C.S.C.-B.); *Canada v. Aquarius Computer* (1989), 2 T.C.T. 4531 (H.C. Ont.).

DOCTRINE

Robert, Paul *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* Paris: Le Robert, 1982, «probable». Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1968, «probable».

AVOCATS:

Guy Du Pont et *André Serero* pour les appelants.
Pierre Loiselle, c.r. pour les intimés.

PROCUREURS:

Phillips & Vineberg, Montréal, pour les appelants.

Deputy Attorney General of Canada, for respondents.

Le sous-procureur général du Canada, pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

HUGESSEN J.A.:

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.:

Introduction

Introduction

These four appeals are from judgments of the Trial Division [[1990] 2 F.C. 262] dismissing a series of attacks upon searches and seizures effected on the authority of warrants issued under section 231.3 of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121)]. Three of the proceedings in the Trial Division attacked the warrants themselves while the fourth sought a declaration of invalidity of the statutory provisions under which they were issued. All raised the same questions and were dealt with by a single set of reasons in the Trial Division. It is convenient to do likewise here.

b Il s'agit de quatre appels de jugements de la Section de première instance [[1990] 2 C.F. 262] qui ont rejeté une série de contestations de perquisitions, fouilles et saisies effectuées en vertu d'un mandat décerné aux termes de l'article 231.3 de la c *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121)]. Trois des actions devant la Section de première instance attaquaient la validité des mandats eux-mêmes tandis que la quatrième demandait que les d dispositions législatives en vertu desquelles les mandats avaient été décernés soient déclarées invalides. Elles soulevaient toutes les mêmes questions et la Section de première instance les a traitées dans les mêmes motifs. Il convient de e procéder de la même façon devant cette Cour.

For ready reference I reproduce here in its entirety the statutory text under which the search warrants were issued and which lies at the centre of this litigation:

f Pour faciliter la compréhension du litige, je reproduis ici au complet le texte législatif en vertu duquel les mandats ont été décernés et qui est au cœur de la présente contestation:

231.3 (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize and, as soon as practicable, bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

g 231.3 (1) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based.

h (2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête.

(3) A judge shall issue the warrant referred to in subsection (1) where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

- (a) an offence under this Act has been committed;
- (b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

- i (a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;
- (b) il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction;

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

j (c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel

or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in subsection (1), any other document or thing that he believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(6) Subject to subsection (7), where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister, who shall take reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation into the offence in relation to which the document or thing was seized or until it is required to be produced for the purposes of a criminal proceeding.

(7) Where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge may, of his own motion or on summary application by a person with an interest in the document or thing on three clear days notice of application to the Deputy Attorney General of Canada, order that the document or thing be returned to the person from whom it was seized or the person who is otherwise legally entitled thereto if the judge is satisfied that the document or thing

(a) will not be required for an investigation or a criminal proceeding; or

(b) was not seized in accordance with the warrant or this section.

(8) The person from whom any document or thing is seized pursuant to this section is entitled, at all reasonable times and subject to such reasonable conditions as may be imposed by the Minister, to inspect the document or thing and to obtain one copy of the document at the expense of the Minister.

The Nature of the Search and Seizure Authorized by Section 231.3

As a preliminary matter, it is as well to make clear at the outset that in my opinion we are dealing with procedures that are criminal in their nature. It is not necessary at this stage to characterize in constitutional terms the source of Parliament's legislative power, a question on which the Supreme Court has recently divided and which awaits a definitive resolution by a majority of the members of that Court (see *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338).

bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne accusée d'avoir commis l'infraction. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsque des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce. Le ministre qui retient des documents ou choses doit en prendre raisonnablement soin pour s'assurer de leur conservation jusqu'à la fin de toute enquête sur l'infraction en rapport avec laquelle les documents ou choses ont été saisis ou jusqu'à ce que leur production soit exigée au fins d'une procédure criminelle.

(7) Le juge à qui des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés ou à qui il en est fait rapport peut, d'office ou sur requête sommaire d'une personne ayant un droit dans ces documents ou choses avec avis au sous-procureur-général du Canada trois jours francs avant qu'il y soit procédé, ordonner que ces documents ou choses soient restitués à la personne à qui ils ont été saisis ou à la personne qui y a légalement droit par ailleurs, s'il est convaincu que ces documents ou choses:

(a) soit ne seront pas nécessaires à une enquête ou à une procédure criminelle;

(b) soit n'ont pas été saisis conformément au mandat ou au présent article.

(8) La personne à qui des documents ou choses sont saisis conformément au présent article a le droit, en tout temps raisonnable et aux conditions raisonnable que peut imposer le ministre, d'examiner ces documents ou choses et d'obtenir reproduction des documents aux frais du ministre en une seule copie.

La nature des perquisitions, fouilles et saisies permises par l'article 231.3

À titre de remarque préliminaire, il convient de préciser clairement au départ qu'à mon avis nous traitons ici de procédures qui sont de nature criminelle. Il n'est pas nécessaire à cette étape de caractériser, en termes constitutionnels, la source du pouvoir législatif du Parlement, une question à propos de laquelle la Cour suprême a récemment rendu une décision partagée et que la majorité n'a pas encore tranchée définitivement (voir *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338).

It is enough simply to read the section under attack and its repeated reference to “offence” to realize that the section is concerned with the detection and prosecution of crime, albeit a limited category of crime, namely offences under the *Income Tax Act*. This makes the legislation different in kind from the type of administrative enforcement mechanisms found in adjacent sections of the *Income Tax Act* such as were upheld by the Supreme Court in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

The requirements of a self-reporting and self-assessing income tax system may justify an easing of Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] standards where the primary purpose of a search is simply to ensure that taxes are paid as and when due. Where as here, however, we are dealing with provisions whose stated aim is the discovery and preservation of evidence “for the purpose of a criminal proceeding” nothing less than the full panoply of Charter protection is appropriate.

With that background in mind, I now turn to those grounds of attack argued by the appellants with regard to which we called on the respondents to reply.

The Denial of Judicial Discretion in the Issuance of the Search Warrant

The appellants’ first and most serious attack concentrates on the use of the word “shall” in the first line of subsection 231.3(3). The appellants say, and the respondents admit, that this is unique in the Canadian statute book; all other texts purporting to authorize a judicial officer to issue a search warrant are couched in permissive language, leaving to that officer the ultimate discretion as to whether or not the circumstances justify an invasion of privacy. Any text which specifically excludes such residual judicial discretion in the issuance of a search warrant will, for that reason alone, run afoul of sections 7 and 8 of the Charter

Il suffit de lire l’article contesté, où il est fait mention à plusieurs fois d’infraction», pour se rendre compte que l’article vise la détection du crime et la poursuite des coupables, même s’il s’agit d’une catégorie restreinte de crimes, soit les infractions aux termes de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Cela a pour effet de rendre ces dispositions législatives différentes des mécanismes administratifs d’application qui figurent dans les articles adjacents de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui ont été reconnus valides par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

L’obligation imposée par le régime fiscal de faire soi-même sa déclaration d’impôt et d’en établir le montant de la cotisation peut justifier une application moins rigoureuse des normes de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada 1982*, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] lorsque l’objectif premier de la perquisition est simplement d’assurer que les impôts sont payés lorsqu’ils sont dûs. Toutefois, comme nous traitons en l’espèce de dispositions qui expressément font état de la découverte et de la conservation d’éléments de preuve «aux fins d’une procédure criminelle», rien de moins que la pleine protection offerte par la Charte serait convenable.

Après ce rappel du contexte, je me penche maintenant sur ceux des motifs de contestation soulevés par les appelants à l’égard desquels nous avons demandé aux intimés de répondre.

L’absence de discrétion judiciaire à l’occasion de la délivrance du mandat de perquisition

Le premier argument des appelants, et le plus sérieux, porte sur l’emploi de l’indicatif présent (le mot «*shall*» dans le texte anglais) à la première ligne du paragraphe 231.3(3). Les appelants soutiennent, et les intimés l’admettent, qu’il s’agit là d’un cas unique dans la législation canadienne. Tous les autres textes législatifs visant à autoriser un officier de justice à décerner un mandat de perquisition sont formulés en des termes permissifs, laissant à cet officier le pouvoir discrétionnaire de décider en dernier ressort si oui ou non les circonstances justifient une invasion de la vie privée. Tout texte législatif qui exclut de façon

as authorizing an unreasonable search and seizure and one that is in breach of the principles of fundamental justice. I agree.

There can be no doubt that the use of the word "shall" is normally imperative.¹

Furthermore, this Court, in dealing with precisely the same statutory provision, has already held that the words of subsection 231.3(3) leave no discretion in the judge. In *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R.*,² Desjardins J.A., speaking for the Court, said [at page 24]:

Subsection 231.3(1) states that "A judge may". Subsection 231.3(3) states that "A judge shall". It would therefore appear from the language of subsection 231.3(3) that if the issuing judge comes to the conclusion that the conditions of paragraphs 231.3(3)(a), (b) and (c) are met, he need not nor is he permitted to consider whether there has been a previous substantive voluntary compliance by the taxpayer, whether further documents might be remitted voluntarily, or whether the applicant for the warrants has taken all reasonable steps to obtain the information from an alternative source before applying for the warrants. In brief, if the conditions are met, he must issue the warrant.

The respondents, for their part, argue that the following passage from the Trial Judge's reasons is a better reading of the law and should now be followed [at pages 274-275]:

If it is clear that the intention of Parliament was to leave discretion in a judge to refuse to issue a warrant when the search would offend section 8 of the Charter, then that interpretation would prevail, over the general rule of interpretation set out in section 11 of the *Interpretation Act*.

There is considerable jurisprudence which holds that "shall" can be either directory or mandatory. This jurisprudence might be relevant to the interpretation of subsection 231.3(3). More importantly, however, the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] might play a role so as to require subsection 231.3(3) to be interpreted so as to preserve for a judge discretion, to refuse warrants, in the case of abusive searches and seizures. Section 2 of that Act when read together with section 1 requires:

¹ See section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.

² [1990] 1 F.C. 20 (C.A.).

précise toute discrétion en ce qui concerne la délivrance du mandat contrevient, pour ce seul motif, aux articles 7 et 8 de la Charte, puisqu'il permet des fouilles, perquisitions ou saisies abusives et qu'il constitue une violation des principes de justice fondamentale. Je suis d'accord avec cette prétention.

Il n'y a aucun doute que l'indicatif présent exprime normalement l'obligation¹.

De plus, notre Cour s'est déjà prononcée sur cette disposition législative et a décidé que le texte du paragraphe 231.3(3) ne laissait aucun pouvoir discrétionnaire au juge. Dans l'affaire *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.R.N.*², le juge Desjardins J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour, a déclaré [à la page 24]:

Le paragraphe 231.3(1) dit que «un juge peut décerner». Le paragraphe 231.3(3) énonce que «Le juge saisi de la requête décerne». En conséquence, il ressort, semble-t-il, du texte du paragraphe 231.3(3) que si le juge qui décerne le mandat parvient à la conclusion que les conditions posées par les alinéas 231.3(3)(a), (b) et (c) sont remplies, il n'a pas ni n'est autorisé à examiner si, auparavant, le contribuable s'est volontairement conformé à la demande de production de documents, si d'autres documents pourraient être remis volontairement, ou si le demandeur de mandats a pris toutes les mesures raisonnables pour obtenir les renseignements d'une autre source avant de solliciter les mandats. En bref, si les conditions sont remplies, il doit décerner le mandat.

Quant aux intimés, ils prétendent que le passage suivant des motifs du juge de première instance constitue une meilleure interprétation du droit et qu'on devrait dorénavant l'adopter [aux pages 274 et 275]:

Si le Parlement avait manifestement eu l'intention d'accorder au juge le pouvoir discrétionnaire de refuser de décerner un mandat dans les cas où la perquisition contreviendrait à l'article 8 de la Charte, cette interprétation l'emporterait sur la règle d'interprétation générale énoncée à l'article 11 de la *Loi d'interprétation*.

Les tribunaux ont décidé à maintes reprises dans le passé que le mot «shall» («doit») peut avoir un caractère obligatoire ou facultatif. Cette jurisprudence pourrait être pertinente à l'interprétation du paragraphe 231.3(3). Cependant, ce qui est plus important, c'est qu'il se peut que cette disposition doive être interprétée, compte tenu de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), Annexe III], de façon à préserver le pouvoir discrétionnaire du juge de refuser de décerner des mandats, en cas de fouilles et perquisitions abusives. L'article 2 de cette Déclaration, conjugué à l'article 1, prévoit ce qui suit:

¹ Voir l'article 11 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21.

² [1990] 1 C.F. 20 (C.A.).

Every law of Canada shall . . . be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe . . . the right of the individual to life, liberty, security of the person . . .

Alternatively the Court's inherent power to control the abuse of its own process might operate to enable a judge to refuse to issue an abusive warrant. See generally: *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 13 O.A.C. 254 (C.A.); *R. v. Miles of Music Ltd.* (1989), 48 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.) and section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. These are all speculative arguments, however, and have not been addressed by counsel. Certainly, it seems to me a judge would strive against issuing an abusive warrant which offended section 8 of the Charter, if he or she knew, at the time the request was made, that the warrant was abusive. At the very least, I do not think subsection 231.3(3) precludes a judge from adding terms and conditions to a warrant sought. There is nothing in subsection 231.3(3) which says that a judge must issue a warrant in the exact terms in which it is sought.

With respect, it seems to me that there are several things wrong with the interpretation proposed by the Trial Judge.

In the first place, and if I understand her correctly, what she is suggesting in the first part of the quoted passage is precisely the kind of "reading down" against which the Supreme Court has warned.³

Secondly, while there is indeed "considerable jurisprudence" going back to the old case of *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.), to the effect that words of empowerment ("may") can in certain circumstances import obligation ("shall"), there is very little the other way round: "shall" is rarely interpreted to mean "may".

We are here dealing not with a piece of subordinate legislation or a statutory instrument but with the constitutional scrutiny of a text adopted by Parliament itself. As was said by the Supreme Court of Canada in the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 [at page 737]:

As used in its normal grammatical sense, the word "shall" is presumptively imperative. See *Ogders' Construction of Deeds and Statutes* (5th ed. 1967) at p. 377; *The Interpretation Act*, 1867 (Can.), 31 Vict., c. 1, s. 6(3); *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28 ("shall is to be construed as imperative"). It

³ See for example *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 168.

Toute loi du Canada . . . doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre . . . le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne . . .

Subsidièrement, le pouvoir inhérent de la Cour de contrôler l'utilisation abusive de ses propres procédures pourrait permettre à un juge de refuser de délivrer un mandat abusif. Voir, de façon générale, *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 13 O.A.C. 254 (C.A.); *R. v. Miles of Music Ltd.* (1989), 48 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.) et l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]. Toutefois, ce ne sont là que des suppositions et l'avocat n'en a pas parlé. Il m'apparaît évident que le juge évitera de décerner un mandat abusif contrevenant à l'article 8 de la Charte s'il sait, au moment où la demande est présentée, que le mandat est abusif. À tout le moins, je ne crois pas que le paragraphe 231.3(3) interdise au juge d'ajouter des conditions à un mandat demandé. Le paragraphe 231.3(3) ne dit aucunement que le juge doit délivrer un mandat selon des conditions identiques à celles du mandat recherché.

Avec égards, il me semble qu'il y a plusieurs erreurs dans cette interprétation proposée par le juge de première instance.

En premier lieu, si je le comprends bien, ce que laisse entendre le premier juge dans la première partie du passage cité est précisément le genre «d'interprétation atténuée» contre laquelle la Cour suprême a mis en garde.³

En second lieu, même si «les tribunaux ont décidé à maintes reprises», remontant même à l'ancienne affaire *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.), que les mots à caractère facultatif («peut» ou «may») peuvent en certains cas comporter un caractère obligatoire, il y a peu de jurisprudence dans le sens contraire, c'est-à-dire que l'indicatif présent (l'anglais «shall») peut rarement être interprété comme ayant le sens de «peut» (l'anglais «may»).

Nous ne traitons pas ici d'un texte de législation déléguée ou d'un texte réglementaire mais de la portée constitutionnelle d'un texte adopté par le Parlement lui-même. Comme le mentionnait la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 [à la page 737]:

Employé dans son sens grammatical ordinaire, le terme anglais «shall» [«doit»] est, par présomption, impératif. Voir *Ogders' Construction of Deeds and Statutes* (5th ed. 1967), à la p. 377; *Acte d'Interprétation*, 1867 (Can.), 31 Vict., chap. 1, par. 6(3); *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970,

³ Voir, par exemple, *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 168.

is therefore incumbent upon this Court to conclude that Parliament, when it used the word "shall" in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, intended that those sections be construed as mandatory or imperative, in the sense that they must be obeyed, unless such an interpretation of the word "shall" would be utterly inconsistent with the context in which it has been used and would render the sections irrational or meaningless. See, e.g. *Re Public Finance Corp. and Edwards Garage Ltd.* (1957), 22 W.W.R. 312, p. 317 (Alta. S.C.) [Emphasis added.]

There is, as it seems to me, absolutely nothing in the context of section 231.3 of the *Income Tax Act* which would render an imperative interpretation of the word "shall" in subsection 231.3(3) inconsistent with the balance of the section or make it irrational or meaningless. Indeed, I can see nothing in the section which would point to a permissive or discretionary meaning for "shall". On the contrary, the draughtsman has clearly used the permissive "may" where this is appropriate (as for example in subsections 231.3(1) and (5)) and the use of "shall" in subsection 231.3(3) (as well, it may be noted, as in subsection 231.3(6)) has every appearance of being a deliberate choice.

Furthermore, the whole of section 231.3 represents a change from the previous law⁴ which was couched in terms that were clearly permissive and left a discretion in the hands of the judge authorizing the seizure. Also, as noted above, the text of subsection 231.3(3) is unique and differs remarkably from all other Canadian search warrant provisions.⁵ I cannot view such a change from both previous and current practice as being anything but intentional.

⁴ The former subsection 231(4) which was struck down by this Court as not meeting Charter standards on other grounds: see *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535 (C.A.).

⁵ The most notable is of course subsection 487(1) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.)), c. 27, s. 68]: "A justice . . . may at any time issue a warrant" (emphasis added).

chap. I-23, art. 28 («doit» ou «devra», devant un infinitif, exprime une obligation»). Il incombe donc à cette Cour de conclure que le Parlement, lorsqu'il a employé le terme «shall» dans la version anglaise de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, voulait que ces articles soient interprétés comme étant impératifs, en ce sens qu'ils doivent être respectés, à moins que cette interprétation du terme «shall» ne soit absolument incompatible avec le contexte dans lequel il a été employé et ne rende les articles irrationnels ou vides de sens. Voir, par exemple, *Re Public Finance Corp. and Edwards Garage Ltd.* (1957), 22 W.W.R. 312, à la p. 317 (C.S. Alb.) [C'est moi qui souligne.]

Il me semble qu'il n'y a absolument rien dans le contexte de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui rendrait l'interprétation impérative de l'indicatif présent au paragraphe 231.3(3) incompatible avec le reste de l'article ou qui rendrait ce paragraphe dénué de sens ou de portée. En fait, je ne vois rien dans l'article qui indiquerait qu'il faut donner un sens permissif ou discrétionnaire à l'indicatif présent. Au contraire, le rédacteur législatif a employé le terme permissif «peut» lorsque celui-ci convenait (par exemple aux paragraphes 231.3(1) et (5)) tandis que l'emploi de l'indicatif présent au paragraphe 231.3(3) (de même, peut-on souligner, au paragraphe 231.3(6)) semble bien résulter d'un choix délibéré.

De plus, l'ensemble de l'article 231.3 constitue une modification d'un texte législatif antérieur⁴, qui était formulé dans des termes clairement permissifs et qui laissait un pouvoir discrétionnaire au juge devant autoriser la saisie. Au surplus, comme il a été mentionné auparavant, le texte du paragraphe 231.3(3) est unique et diffère substantiellement de toutes les dispositions législatives canadiennes concernant les mandats de perquisition⁵. Je ne peux considérer pareil changement tant à la pratique antérieure qu'à celle qui existe à l'heure actuelle comme n'étant pas vraiment voulu.

⁴ L'ancien paragraphe 231(4) a été invalide par cette Cour parce qu'il ne satisfaisait pas aux critères de la Charte pour d'autres motifs: voir *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535 (C.A.).

⁵ La plus connue est évidemment le paragraphe 487(1) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 68)]: «Un juge de paix . . . peut, à tout moment, lancer un mandat . . . » (c'est moi qui souligne).

With respect, I must also take exception to the Trial Judge's use, in the passage quoted above, of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]. While there is clearly room for debate as to the extent to which the Bill may still have a role to play in post-Charter Canada,⁶ that role surely cannot be one of validating, by interpretation, legislation which is otherwise inadequate on Charter grounds.

For constitutional and historical reasons, the Bill of Rights employs an interpretative technique for the purpose of preserving and protecting the rights which it enshrines; it would be a sorry irony indeed if it were now to be used to rescue infringing legislation from the effect of the entrenchment of those same and other rights in the Charter.

My final comment on the quoted passage of the Trial Judge's reasons has to do with her invocation of the Court's power to control abuse of the process, or to add conditions to a warrant. With respect, it seems to me that this begs the question. If, as the respondents contend, paragraphs (a), (b) and (c) of subsection 231.3(3) are exhaustive of all the conditions precedent to a reasonable search, an application which meets all those conditions cannot be an abuse of the process. By the same token, if the word "shall" in the opening part of subsection 231.3(3) is to be given its normal imperative construction, there can be no power in the judge to attach conditions to the warrant beyond those specifically set out in the statute itself. Subsections 231.3(1) and 231.3(4) set out the contents of the warrant with considerable detail but do not, in any way, suggest any residual discretion in the issuing judge to attach other terms or conditions.

In their defence against the attack on the mandatory nature of section 231.3, the respondents also rely, as did the Trial Judge, on the *obiter dictum* of the British Columbia Court of Appeal in the case of *Kourtessis v. M.N.R.*, [1990] 1 W.W.R. 97.

⁶ See *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

Avec égards, je dois aussi m'opposer à la portée que donne le juge de première instance, dans l'extrait cité ci-dessus, à la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III]. Même s'il y a clairement matière à discussion sur le rôle que peut encore jouer la Déclaration dans les affaires postérieures à la Charte⁶, ce rôle ne peut sûrement pas en être un de validation, par interprétation, de textes législatifs qui ne satisfont pas par ailleurs aux critères de la Charte.

Pour des raisons d'ordre constitutionnel et historique, la Déclaration des droits a recours à une technique interprétative pour préserver et protéger les droits qui y sont enchassés; ce serait une triste ironie si cette Déclaration devait maintenant servir de bouée de sauvetage à des textes législatifs qui enfreignent les mêmes droits consacrés dans la Charte.

Mon dernier commentaire sur le passage cité des motifs du premier juge a trait à son invocation du pouvoir de la Cour de contrôler l'utilisation abusive de ses procédures et d'ajouter des conditions à un mandat. Avec égards, c'est présumer la question résolue. Si, comme les intimés le prétendent, les alinéas a), b) et c) du paragraphe 231.3(3) comprenaient toutes les conditions préalables à une perquisition raisonnable, une requête qui satisfait à ces conditions ne peut être considérée comme abusive. De la même façon, si l'indicatif présent au début du paragraphe 231.3(3) doit recevoir son interprétation impérative normale, le juge n'a aucun pouvoir d'ajouter des conditions au mandat, en sus de celles spécialement énoncées dans le texte même de la Loi. Les paragraphes 231.3(1) et 231.3(4) énoncent de façon très détaillée ce que doit contenir le mandat, mais ne laissent d'aucune façon entendre que le juge qui décerne le mandat puisse avoir un pouvoir discrétionnaire de l'assujettir à certaines modalités ou conditions.

En réponse à la contestation du caractère obligatoire de l'article 231.3, les intimés se fondent aussi, comme le fait le juge de première instance, sur un *obiter dictum* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Kourtessis v. M.N.R.*, [1990] 1 W.W.R. 97.

⁶ Voir *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

In that case, the Court unanimously dismissed on jurisdictional grounds an appeal against a decision at first instance which had upheld the validity of section 231.3.

A majority of the Court went on, however, to deal with the substantive grounds of attack. On the question which concerns us at the present, Locke J.A., after quoting the text of subsections (1), (2), and (3) of section 231.3 had this to say [at page 127]:

I am of the opinion these three subsections must be read together. The crucial function of the judge is to decide whether the facts before him are sufficient to warrant an intrusion of privacy. This is discretionary in the judge. In order to exercise his discretion, the guidelines are set out in subs. (3). If the evidence fails the standards of subs. (3), he will not be satisfied and will decline to issue the warrant. If the evidence is sufficient, the statute says he "shall" issue the warrant.

It is said that this deprives the judge of a discretion. It does not deprive him of the discretion as to whether the warrant should issue at all, and as to which he fulfils his balance wheel function. It does deprive him of a discretion as to whether the warrant in fact issues after he makes the primary essential decision.

One might ask rhetorically, and why not? Having made the primary decision, surely the figurative stamping of the piece of paper is unimportant. What the mandatory word *does* is to deprive the judge of the discretions argued for in *Paroian* — that it was unnecessary to issue the process because the minister already had enough material. This is not for the court to say, by I do not feel that the standards of *Hunter v. Southam* have been defeated. The judge's crucial role has been fulfilled and nothing remains except to stamp the piece of paper. It is thus true that discretion has been impaired in an administrative aspect, but not at all to impair the judge's primary function. It is also plain he can always attach conditions to the manner of execution of the warrant, and this of his own motion under the doctrine of inherent jurisdiction.

With respect to the last sentence of the quoted passage, I can only repeat what I have already said: I do not see how a judge acting under an imperative statutory provision can invoke an inherent jurisdiction to refuse to do precisely that which the legislation has declared to be reasonable and has commanded him to do. The attachment of conditions as to either the issuance or the execution of the warrant is not authorized by the text.

The earlier part of the quoted passage, if I understand it correctly, seems to argue that judicial discretion is retained in so far as the determi-

Dans cette affaire, le tribunal a rejeté de façon unanime, en se fondant sur des motifs reliés à la compétence, un appel d'une décision d'un juge de première instance qui avait maintenu la validité de l'article 231.3.

Toutefois, la majorité de ce tribunal a jugé bon d'examiner les motifs fondamentaux de la contestation. Relativement à la question qui nous intéresse en l'espèce, le juge Locke J.C.A., après avoir cité les paragraphes (1), (2) et (3) de l'article 231.3 mentionnait [à la page 127]:

[TRADUCTION] À mon avis, ces trois paragraphes doivent être lus ensemble. Le rôle crucial du juge consiste à déterminer si les faits qui lui ont été présentés justifient une ingérence dans la vie privée. Il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire pour le juge. Les critères à appliquer pour exercer ce pouvoir discrétionnaire sont énoncés au paragraphe (3). Si la preuve ne respecte pas les critères de cette disposition, le juge ne sera pas convaincu et refusera de décerner le mandat. Si la preuve est suffisante, la loi dit qu'il décerne[ra] (en anglais, «shall») le mandat.

On soutient que cela enlève au juge son pouvoir discrétionnaire. Cela ne l'empêche pas de déterminer si un mandat devrait être décerné et c'est une question à l'égard de laquelle il joue son rôle de maintien de l'équilibre. Cela l'empêche de déterminer si le mandat est effectivement décerné une fois qu'il rend la première décision essentielle.

L'on pourrait se demander, d'un point de vue rhétorique, et pourquoi pas? Une fois que la première décision est prise, l'estampillage du document n'a certainement aucune importance. Le mot à caractère obligatoire enlève au juge le pouvoir discrétionnaire débattu dans l'arrêt *Paroian*, où il a été décidé qu'il n'était pas nécessaire de délivrer le mandat, étant donné que le ministre avait déjà suffisamment de documents. Il n'appartient pas à la Cour de trancher cette question, mais, à mon avis, les critères de l'arrêt *Hunter c. Southam* ont été respectés. Le rôle crucial du juge a été rempli et il ne reste rien d'autre à faire, sinon estampiller le document. Il est vrai que le pouvoir discrétionnaire a été affaibli sur le plan administratif, mais le rôle premier du juge n'a aucunement été atténué. En outre, il est aussi évident que le juge peut toujours imposer des conditions relatives à la façon d'exécuter le mandat, et ce, de son propre chef, selon la doctrine du pouvoir inhérent.

En ce qui a trait à la dernière phrase du passage cité, je ne peux que répéter ce que j'ai déjà dit: je ne vois pas comment un juge agissant en vertu d'une disposition impérative peut invoquer un pouvoir inhérent de refuser de faire ce que la loi a indiqué être raisonnable et lui a ordonné de faire. Le texte de loi n'autorise pas que des conditions soient rattachées ni à la délivrance ni à l'exécution du mandat.

La première partie de l'extrait cité, si mon interprétation en est exacte, semble laisser entendre que le juge conserve son pouvoir discrétion-

nation of the conditions set out in paragraphs 231.3(3)(a), (b) and (c) is concerned, but that once the judge is satisfied as to their existence he has no further discretion. One might quibble with the first of those propositions on linguistic grounds; I do not think it proper to characterize the formation of an opinion as to the existence of reasonable grounds for belief in certain facts as being in any way the exercise of a discretion. It is of course part of a judicial decision-making function as to which, in any given case, there may be differences of view, but that surely does not make it a matter of discretion any more than, say, a finding of negligence is a matter of discretion.

The real nub of the matter, however, lies in the second proposition. To sustain it, one must argue, as counsel for respondents did, not merely that Parliament is entitled to set the standards as to what is reasonable and in accordance with the principles of fundamental justice, but also that, in doing so, it may exclude any other consideration as being irrelevant to those standards. In my view, this cannot be the law.

Counsel for respondents lays great stress on the fact that in the landmark decision of *Hunter et al. v. Southam Inc.* (above), the Court carefully and in detail laid down the conditions of a reasonable search and seizure pursuant to section 8; nowhere amongst them did the Court specifically include a condition that the judicial officer issuing the warrant should retain a discretion to refuse to do so.⁷

The question now is to know whether a requirement of judicial discretion is nonetheless implicit in the standards of reasonability set out in *Southam* or, even if it is not, whether it forms part of the

⁷ This fact itself serves to limit the scope to be put on this Court's decision in *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R.* (above). The point now being discussed was not argued in that case. Thus, when Desjardins J.A. said (at p. 26) "There is no doubt that subsection 231.3(3) meets these minimum standards", she was referring to the standards specifically enumerated by the Court in *Southam* from which she had just quoted.

naire dans la mesure où il s'agit de déterminer l'application des critères énoncés aux alinéas 231.3(3)a), b) et c), mais qu'une fois qu'il est convaincu de leur existence, il perd ce pouvoir. On peut ergoter sur la première de ces propositions en invoquant des motifs de caractère linguistique. Je ne crois pas qu'il soit juste de caractériser comme l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire la formation d'une opinion quant à l'existence de motifs raisonnables de croire à certains faits. Il s'agit là, bien sûr, d'un aspect du pouvoir décisionnel judiciaire qui peut donner lieu, dans un cas donné, à l'expression de différents points de vue, mais cela n'en fait sûrement pas une question de discrétion pas plus, par exemple, qu'une conclusion de négligence est une question de discrétion.

Le véritable nœud du problème se trouve toutefois dans la seconde proposition. Pour la soutenir, il faut faire valoir, comme l'avocat des intimés l'a fait, que non seulement le Parlement a droit d'énoncer les critères de ce qui est raisonnable et de ce qui est conforme aux principes de justice fondamentale mais, qu'en ce faisant, il peut aussi exclure tout autre facteur comme n'étant pas pertinent à ces critères. À mon avis, cela ne peut être la loi.

L'avocat des intimés a grandement mis l'accent sur le fait que dans l'arrêt-clé *Hunter et autres c. Southam Inc.* (susmentionné), la Cour suprême a soigneusement et minutieusement décrit les conditions des fouilles, perquisitions et saisies non abusives au sens de l'article 8; nulle part la Cour ne fait-elle allusion à une condition selon laquelle l'officier de justice qui décerne le mandat devrait conserver le pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire⁷.

La question est donc maintenant de savoir si l'exigence d'une discrétion judiciaire est toutefois implicite dans les critères définissant le caractère raisonnable énoncés dans *Southam* ou, même si

⁷ Ce fait même vient limiter la portée qu'on a pu donner à cet arrêt dans *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.N.R.* (ci-dessus). Le point qui fait l'objet de la présente discussion n'a pas été soulevé dans cette dernière affaire. Aussi, lorsque le juge Desjardins J.A. mentionne (à la p. 26) «Il ne fait pas de doute que le paragraphe 231.(3) satisfait à ces normes minimales», elle faisait allusion aux conditions particulièrement énumérées par la Cour suprême dans l'arrêt *Southam* dont elle venait de citer un extrait.

principles of fundamental justice protected by section 7. In my view, it is both.

In the first place, it will be recalled that in *Southam* the Court was dealing with a legislative provision which, however inadequate on other grounds, left a discretion with the officer authorizing the seizure.⁸

Secondly, and as previously noted, at the time of the *Southam* decision, all other provisions authorizing searches and seizures in Canada were couched in permissive language. Furthermore, as the Court was unquestionably aware, historically this had always been the case both by statute and at common law.

Finally and most importantly, the Court in *Southam* laid great emphasis on the requirement that the officer authorizing the seizure be independent and capable of acting judicially in balancing the competing interests of the state and the citizen. That requirement, as it seems to me, given the context in which *Southam* was decided, necessarily implies an ability and a need to exercise a judicial discretion in the authorization process.

Accordingly, I conclude that a requirement for a residual judicial discretion to refuse to issue a search warrant, or to attach conditions to a warrant when issued, is implicit in the decision in *Southam* as a prerequisite to a reasonable search and seizure in accordance with section 8 of the Charter.

Even more important than *Southam* for the purposes of the present discussion, however, is the decision of the Supreme Court in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. That was a pre-Charter case and concerned the issuance of a search warrant under the *Criminal Code* to search a lawyer's office. Lamer J., (as he then was),

⁸ Subsection 10(3) of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] which provided that an authorization to search "may be granted" by a member of the Restrictive Trade Practices Commission.

elle ne l'est pas, est-ce que cette exigence fait partie des principes de justice fondamentale que protège l'article 7 de la Charte. À mon avis, la réponse est affirmative dans les deux cas.

^a En premier lieu, il faut se rappeler que dans *Southam*, la Cour suprême traitait d'une disposition législative qui, bien que fautive pour d'autres motifs, laissait un pouvoir discrétionnaire à l'officier de justice accordant l'autorisation de procéder à la saisie.⁸

^b En deuxième lieu, comme on l'a déjà mentionné, au moment où la décision *Southam* a été rendue, toutes les autres dispositions concernant les fouilles, perquisitions et saisies au Canada étaient formulées en des termes permissifs. De plus, comme la Cour le savait sans aucun doute, c'était là la situation qui avait toujours été reconnue tant par la législation que par la common law.

^c Enfin, et ce qui est le plus important, dans *Southam* la Cour a beaucoup insisté sur le fait que la personne autorisant la saisie devait être indépendante et en mesure d'agir de façon judiciaire dans son évaluation des intérêts opposés de l'État et du citoyen. Il me semble que cette exigence, compte tenu du contexte de la décision *Southam*, comporte nécessairement une capacité et une nécessité d'exercer un pouvoir discrétionnaire dans le processus d'autorisation du mandat.

^d Par conséquent, je conclus que l'arrêt *Southam* reconnaît implicitement qu'il faut conserver un minimum de pouvoir discrétionnaire judiciaire concernant le refus de délivrer un mandat de perquisition, ou l'imposition de conditions à sa délivrance, et qu'il s'agit là d'une condition préalable à une fouille, perquisition et saisie non abusive, conformément à l'article 8 de la Charte.

^e Toutefois, pour les fins de la présente discussion, la décision rendue par la Cour suprême dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, est encore plus importante que l'arrêt *Southam*. Il s'agit d'une affaire antérieure à la Charte au sujet d'un mandat de perquisition décerné en vertu du *Code criminel* pour fouiller le cabinet

⁸ Le paragraphe 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, chap. C-23] selon lequel une autorisation de fouille et de perquisition «peut être accordée» par un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce.

speaking for a unanimous Court, discussed at length the role of judicial discretion in the issuance of search warrants. The following passage from his reasons is critical [at pages 888-891]:

Some would say that the justice of the peace has no discretion to refuse to issue a search warrant or to impose terms of execution once the requirements of form and substance in s. 443 have been met. They would argue that in s. 443 the word "may" means "must" and does not confer any discretion. According to this interpretation, the justice of the peace may issue a warrant only if he is satisfied that there is reasonable ground to believe that one of the things provided for in s. 443(1) is to be found in the place sought to be searched, but must do so as soon as he is so satisfied, and the only condition of execution on the premises that he may impose is set out in s. 444 of the *Code*:

444. A warrant issued under section 443 shall be executed by day, unless the justice, by the warrant, authorizes execution of it by night.

Others, on the contrary, would say that generally the justice of the peace has the discretion to refuse the warrant, so long as this discretion is exercised judicially and so long as the decision to refuse the warrant is not capricious or arbitrary (Carter, R.F., *The Law Relating to Search Warrants*, 1939, at p. 52; Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, 1974, at pp. 7 and 51 *et seq.*; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487).

I come down on the side of the discretion, as it allows more effective judicial control of the police. Searches are an exception to the oldest and most fundamental principles of the common law, and as such the power to search should be strictly controlled. It goes without saying that the justice may sometimes be in a poor position to assess the need for the search in advance. After all, searches, while constituting a means of gathering evidence, are also an investigative tool. It will often be difficult to determine definitively the probative value of a particular thing before the police investigation has been completed. Be that as it may, there are places for which authorization to search should generally be granted only with reticence and, where necessary, with more conditions attached than for other places. One does not enter a church in the same way as a lion's den, or a warehouse in the same way as a lawyer's office. One does not search the premises of a third party who is not alleged to have participated in the commission of a crime in the same way as those of someone who is the subject of such an allegation. (See on this subject Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, at p. 174.)

The justice of the peace, in my view, has the authority, where circumstances warrant, to set out execution procedures in the search warrant; I would even go so far as to say that he has the right to refuse to issue the warrant in special circumstances, such as those found in *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, *supra*.

That case involved a search of a newspaper office for information gathered by the newspaper staff. Neither the newspaper staff nor the newspaper itself were accused of having been

d'un avocat. Le juge Lamer, (alors juge puîné), s'exprimant au nom de l'ensemble de la Cour, a traité longuement du rôle du pouvoir discrétionnaire à l'égard de la délivrance des mandats de perquisition. L'extrait suivant de ses motifs est décisif [aux pages 888 à 891]:

Certains pourraient prétendre que le juge de paix n'a pas la discrétion de refuser la délivrance du mandat de perquisition ou encore d'imposer des modalités d'exécution dès lors que les conditions de forme et de fond de l'art. 443 ont été satisfaites. Ils pourraient arguer que, dans le contexte de l'art. 443, le mot «peut» a le sens de «doit» et qu'il n'octroie pas une discrétion. Selon cette interprétation, si le juge de paix ne peut délivrer un mandat que s'il est convaincu qu'il existe un motif raisonnable pour croire qu'une des choses prévues à l'art. 443(1) se trouve dans l'endroit que l'on veut fouiller, il doit le faire, par ailleurs, dès lors qu'il en est convaincu, et la seule modalité d'exécution sur les lieux qu'il lui est loisible d'imposer se trouve à l'art. 444 du *Code*:

444. Un mandat décerné en vertu de l'article 443 doit être exécuté de jour, à moins que le juge de paix, par le mandat, n'en autorise l'exécution de nuit.

D'autres, au contraire, reconnaîtraient de façon générale au juge de paix la discrétion de refuser le mandat, en autant que cette discrétion soit exercée judiciairement et que la décision de refuser le mandat ne tienne pas du caprice ou de la fantaisie. (Carter, R.F., *The Law Relating to Search Warrants*, 1939, à la p. 52; Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, 1974, aux pp. 7 et 51 *ss.*; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487).

J'opte en faveur de la discrétion, car elle permet un contrôle judiciaire plus efficace des forces de l'ordre. La perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la *common law* et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement. Il va de soi que le juge de paix peut être parfois mal placé pour juger d'avance du besoin de perquisitionner. Après tout, la perquisition, tout en étant un véhicule de preuve, est aussi un instrument d'enquête. Il sera souvent difficile de déterminer péremptoirement la valeur probante d'une chose avant la fin de l'enquête policière. Quoi qu'il en soit, il y a des endroits dont on ne devrait de façon générale permettre la fouille qu'avec réticence et, le cas échéant, avec plus de manières que pour d'autres endroits. On n'entre pas à l'église comme on le fait chez le loup; ni à l'entrepôt comme chez l'avocat. On ne perquisitionne pas chez le tiers qu'on n'allègue pas avoir participé à la commission du crime comme chez celui qui fait l'objet d'une telle allégation. (Voir à ce sujet Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, à la p. 174).

Le juge de paix a, selon moi, le pouvoir, lorsque les circonstances le commandent, d'assortir le mandat de perquisition de modalités d'exécution; j'irais même jusqu'à lui reconnaître le droit de refuser le mandat dans certaines circonstances très particulières, telles celles que l'on trouve dans *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, précitée.

Dans cette cause il s'agissait de la perquisition des locaux d'un journal et on était à la recherche de renseignements recueillis par le personnel du journal. La dénonciation n'allé-

involved in the commission of an offence. In view of the special situation of a newspaper in light of ss. 1(f) and 2 of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III, Nemetz C.J. of the British Columbia Supreme Court quashed the search warrant issued by the justice of the peace, concluding as follows (at p. 495):

The issuing of any search warrant is a serious matter, especially when its issuance against a newspaper may have, as it did, the effect of impeding its publication. To use the words of my distinguished predecessor in *United Distillers Ltd.* (1948), 88 C.C.C. 338, [1947] 3 D.L.R. 900, the Justice of the Peace 'should have reasonable information before him to entitle him to judicially decide whether such warrant should issue or not'. In my opinion, no such reasonable information was before him since there was no material to show:

1. whether a reasonable alternative source of obtaining the information was or was not available, and
2. if available, that reasonable steps had been taken to obtain it from that alternative source.

In my opinion, the bringing of an application for a search warrant in these circumstances was an abuse of the process of the Court. I, therefore, quash the warrants.

Re Pacific Press Ltd. involved a search for things provided for in para. (b) of s. 443(1), that is, evidence; it goes without saying that the same requirements do not apply in the case of things provided for in paras. (a) and (c) of s. 443(1).

It could be advanced that the two conditions set out by Nemetz C.J. should be met before a warrant is issued whenever a search is sought to be conducted, under 443(1)(b), of premises occupied by an innocent third party which are not alleged by the information to be connected in any way with the crime. It is not necessary for purposes of this appeal to decide that point. It is sufficient to say that in situations such as the one in *Re Pacific Press Ltd.*, where the search would interfere with rights as fundamental as freedom of the press, and, as in the case at bar, a lawyer's client's right to confidentiality, the justice of the peace may and should refuse to issue the warrant if these two conditions have not been met, lest he exceeds the jurisdiction he had *ab initio*. I would add one qualification to these two conditions. The reasonable alternative referred to is not an alternative to the method of proof but to the benefits of search and seizure of the evidence. As I have already stated, a search warrant is not only a means of gathering evidence but also an investigative tool. Therefore a determination of what is reasonable in each case will take into account the fact that a search makes it possible not only to seize evidence but also to ascertain that it exists, and even sometimes that the crime was in fact committed and by whom. Seizure makes it possible to preserve the evidence.

Moreover, even if the conditions are met, the justice of the peace must set out procedures for the execution of the warrant that reconcile protection of the interests this right is seeking to promote with protection of those the search power is seeking to promote, and limit the breach of this fundamental right to what

guait aucunement que le personnel du journal ou le journal lui-même étaient impliqués dans la commission d'une infraction. Eu égard à la situation exceptionnelle dans laquelle se trouve placé un journal compte tenu des art. 1f) et 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, le juge en chef Nemetz de la Cour suprême de la Colombie-Britannique cassait le mandat de perquisition délivré par le juge de paix et concluait comme suit (à la p. 495):

[TRADUCTION] La délivrance d'un mandat de perquisition est une affaire grave, notamment lorsque sa délivrance à l'encontre d'un journal peut empêcher, comme c'est le cas en l'espèce, sa publication. Selon les termes employés par mon distingué prédécesseur dans l'affaire *United Distillers Ltd.* (1948), 88 C.C.C. 338, [1947] 3 D.L.R. 900, le juge de paix «devrait disposer de suffisamment de renseignements pour lui permettre de décider de façon judiciaire s'il doit ou non délivrer un tel mandat». À mon avis, il ne disposait pas de suffisamment de renseignements puisqu'il n'y avait pas de pièce pour démontrer:

1. s'il existait une autre source pouvant fournir les mêmes renseignements, et
2. dans l'affirmative, que des mesures raisonnables avaient été prises pour obtenir les renseignements de cette autre source.

À mon avis, présenter une demande de mandat de perquisition dans ces circonstances constituait un abus de procédures. En conséquence, j'annule les mandats.

Il s'agissait dans *Re Pacific Press Ltd.* d'une perquisition à la recherche de choses prévues à l'al. b) de l'art. 443(1), c.-à-d. des preuves; il va de soi que l'on ne peut avoir les mêmes exigences lorsqu'il s'agit de choses prévues aux al. a) et c) de l'art. 443(1).

On pourrait suggérer que les deux conditions énoncées par le juge en chef Nemetz devraient être satisfaites avant de délivrer un mandat chaque fois qu'il s'agit d'une perquisition, sous 443(1b), de lieux occupés par un tiers-innocent que ne relie aucunement au crime les allégations contenues à la dénonciation. Il n'est pas nécessaire pour les fins de ce pourvoi d'en décider. Il suffit de dire que dans des cas tels que celui de *Re Pacific Press Ltd.*, où la perquisition porterait atteinte à des droits aussi fondamentaux que la liberté de la presse, et, comme en l'espèce, le droit à la confidentialité du client de l'avocat, le juge de paix peut et doit, sous peine d'excéder la compétence qu'il avait *ab initio*, refuser la délivrance du mandat si ces deux conditions n'ont pas été satisfaites. J'apporterais à ces conditions une précision. L'alternative raisonnable dont on parle n'est pas à la méthode de preuve mais aux avantages de la perquisition et de la saisie des preuves. Comme je l'ai déjà dit, le mandat de perquisition n'est pas qu'un véhicule de preuve, mais aussi un outil d'enquête. Donc, la détermination de ce qui sera dans chaque cas d'espèce raisonnable tiendra compte du fait que la perquisition permet non seulement de saisir des preuves, mais permet également de s'assurer qu'elles existent, voire même parfois que le crime a effectivement été commis et par qui. La saisie, elle, en permet la conservation.

De plus, même si ces conditions sont satisfaites, le juge de paix doit assortir l'exécution du mandat de modalités qui concilient la protection des intérêts que cherche à promouvoir ce droit avec celle des intérêts que cherche à promouvoir le pouvoir de perquisitionner, et limiter à ce qui est strictement

is strictly inevitable. This is also true of searches under 443(1)(a) or (c), as soon as they threaten a fundamental right. [Emphasis added.]

I derive from this passage the proposition not only that the attaching of conditions to a search warrant is a necessary and essential part of the exercise of judicial discretion but, even more importantly, that the very existence of such discretion is a prerequisite to the reasonableness of the search and to our notions of fundamental justice.

Descôteaux et al. also establishes, in my view, that any legislative attempt to exhaustively define and circumscribe the limits of what may be a reasonable search is doomed to failure. In the passage quoted, Lamer J. dealt specifically with searches of lawyers' offices and newspaper offices and held that in those circumstances the justice "may and should refuse to issue the warrant" if certain conditions were not met.

Clearly, however, Lamer J. did not suggest that this list of circumstances was limitative. On the contrary, he expressly left it open ("in situations such as"). In my view, the categories of unreasonable searches are not closed and can never be so.

Legislating closed categories of unreasonableness is not only impossible; it is also likely, through the operation of simple human fallibility, to give rise to absurdities. The search and seizure provisions of the *Income Tax Act* provide an excellent example. In section 488 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 70] of the *Criminal Code*, Parliament has enshrined the old common law rule that, without special authorization, no search warrant shall be executed at night. The reason for this must surely be that the law views, and has always viewed, night searches as an unreasonable invasion of the citizen's privacy unless there are special circumstances making such searches permissible. Section 488, however, by its very terms, only applies to search warrants issued under sections 487 and 487.1 [as added by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 69] of the *Criminal Code*. There is no equivalent limitation on the execution of search warrants issued under section 231.3 of the *Income*

inévitable l'atteinte au droit fondamental. Ceci est également vrai pour les perquisitions de 443(1)a) ou c) dès qu'elles mettent en cause un droit fondamental. [C'est moi qui souligne.]

a Je conclus de cet extrait que non seulement l'imposition de conditions à un mandat de perquisition est un élément essentiel à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire mais, de façon encore plus importante, que l'existence même de ce pouvoir est une condition préalable au caractère raisonnable de la perquisition et à nos principes de justice fondamentale.

Descôteaux et autre établit aussi, à mon avis, que toute tentative du législateur de définir et de délimiter de façon exhaustive ce qui peut constituer une perquisition raisonnable est vouée à l'échec. Dans l'extrait cité, le juge Lamer traite de façon particulière des perquisitions dans les cabinets d'avocats et dans les locaux des journaux et statue qu'en pareilles circonstances le juge de paix «peut et doit . . . refuser la délivrance du mandat» si certaines conditions n'ont pas été satisfaites.

e Toutefois, il est évident que le juge Lamer ne laisse pas entendre que cette liste de circonstances puisse être limitative. Au contraire, il laisse de façon expresse la possibilité d'ajouter d'autres situations («dans des cas tels que»). À mon avis, la liste des catégories de perquisitions abusives ne peut pas, et ne pourra jamais, être exhaustive.

Non seulement est-il impossible de légiférer pour délimiter des catégories de perquisition abusive, il semble aussi que cela pourrait donner lieu, en raison tout simplement de l'erreur humaine, à des absurdités. Les dispositions relatives aux perquisitions et saisies de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en fournissent un excellent exemple. À l'article 488 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 70] du *Code criminel*, le Parlement a consacré l'ancienne règle de common law, à savoir qu'aucun mandat de perquisition ne pouvait être exécuté la nuit sans une permission spéciale. Cette interdiction est sûrement fondée sur le motif que le législateur considère, comme il l'a toujours fait, que les perquisitions effectuées la nuit constituent une invasion abusive de la vie privée du citoyen à moins que des circonstances particulières ne le justifient. Toutefois, l'article 488, selon son libellé même, ne s'applique qu'aux mandats de perquisition décernés en vertu des articles 487 et 487.1

Tax Act. The absurdity to which the respondents' position leads us, therefore, is that, in Parliament's view, a night search for terrorist bombs is *prima facie* unreasonable while one for books of account is not. Indeed, although the point was not raised before us, it is at the least arguable that section 231.3 is invalid on the sole ground that it allows night searches without specific judicial authorization.

Parliament, in my opinion, is both legally and factually incapable of exhaustively defining unreasonable searches. The ultimate protection for the citizen against such searches lies in the vigilance of the issuing judge and in his power to refuse to issue the warrant even where all the conditions established by Parliament have been met. For Parliament to say and to mean that the judge "shall" issue the warrant no matter what the circumstances is to sanction unreasonable searches and seizures and is contrary to our long-established principles of fundamental justice. Section 231.3 is accordingly of no force or effect.

The foregoing is enough to dispose of the present appeal. However, since in my view the legislation must be re-written, it would be useful to discuss briefly the other grounds argued by the appellants.

The Elimination of the Standard of Probability

It will be recalled that the standard set by subsection 231.3(3) is that of "reasonable grounds to believe". The appellants argue that this is not good enough. The minimum standard must be "reasonable and probable grounds". The appellants' focus on the following passage from the decision in *Southam* (above), at page 168:

In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of

[ajouté par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 69] du *Code criminel*. Il n'y a pas de restriction semblable applicable à l'exécution de mandats de perquisition décernés en vertu de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, la position des intimés aboutit à une absurdité, puisque cela voudrait dire que selon le Parlement une perquisition ou une fouille effectuée la nuit pour retracer des bombes placées par des terroristes serait à première vue abusive tandis qu'une perquisition ou une fouille pour trouver des registres ou livres comptables ne le serait pas. En fait, même si cet argument n'a pas été soulevé devant nous, on pourrait au moins soutenir que l'article 231.3 est invalide pour le seul motif qu'il permet des fouilles la nuit sans autorisation spéciale d'un juge.

À mon avis, le Parlement ne possède ni la compétence ni les faits pour pouvoir définir de façon exhaustive les perquisitions ou les fouilles abusives. En ce qui concerne le citoyen, c'est en définitive la vigilance du juge qui décerne le mandat et son pouvoir de refuser de le décerner, même lorsque toutes les conditions déterminées par le Parlement ont été remplies, qui le protègent contre de telles perquisitions. Le fait pour le Parlement de dire et d'exprimer son intention que le juge «décerne» le mandat, indépendamment des circonstances, équivaut à une approbation des perquisitions, fouilles et saisies abusives et est contraire à nos principes bien établis de justice fondamentale. Par conséquent, l'article 231.3 est inopérant.

Cette conclusion suffit à trancher le présent appel. Toutefois, puisqu'à mon avis la loi devra être remaniée, il serait utile de se pencher brièvement sur les autres motifs soulevés par les appellants.

L'élimination du critère de probabilité

Il faut se rappeler que le critère énoncé par le paragraphe 231.3(3) est qu'il existe «des motifs raisonnables de croire». Les appellants prétendent que ce n'est pas suffisant. Il faudrait parler de «motifs raisonnables et probables de croire». Les appellants s'appuient sur l'extrait suivant de l'arrêt *Southam* (ci-dessus), à la page 168:

Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve

the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure.

By eliminating the word “probable” from the legislative standard, it is argued, Parliament has suppressed the “more likely than not” standard of proof to be applied by the issuing judge. I do not agree.

In the first place, it seems to me that, as a matter of simple linguistic construction, the word “probable” in the phrase “reasonable and probable grounds to believe” adds nothing. In this connection, it is convenient to refer to the standard dictionary definition in both official languages.

The *Shorter Oxford English Dictionary* gives the following modern meaning:

Probable . . . 2. Such as to approve itself to the mind; worthy of acceptance or belief; rarely in bad sense, specious, colourable. (Now merged in 3.) — 1872. 3. Having an appearance of truth; that may reasonably be expected to happen, or to prove true; likely 1606. [Emphasis added.]

Even more interesting is Robert’s [*Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*] indication of an archaic definition for the French “probable”:

[TRANSLATION] “**Probable**” . . . 1. Arch. *Probable opinion*: one in which, without excluding the possibility of some other opinion there is nothing contrary to reason. — Rel. *Probable opinion*: opinion based on persuasive though not conclusive grounds. [Emphasis added.]

This may very well explain how the word has come to be associated historically by lawyers with the word “reasonable”. Like the second member of such other hallowed English legal phrases as “null and void”, “good and valid”, “last will and testament” etc, it does nothing.

Second, and more significant, this view of the matter is confirmed by the judgment in *Southam* itself. In a passage preceding by a few lines the one quoted above, Dickson J., (as he then was) speaking for the Court said this [at page 167]:

The common law required evidence on oath which gave “strong reason to believe” that stolen goods were concealed in the place to be searched before a warrant would issue. Section 443 of the *Criminal Code* authorizes a warrant only where there has been information upon oath that there is “reasonable ground to

se trouvent à l’endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l’art. 8 de la *Charte*, qui s’applique à l’autorisation d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie.

On a prétendu qu’en éliminant le mot «probable» des critères énoncés par la Loi, le Parlement avait décidé d’éliminer le critère selon lequel le juge qui décerne le mandat exige une preuve «plus probable qu’improbable». Je ne suis pas d’accord.

Tout d’abord, il me semble que d’un simple point de vue linguistique le mot «probable» dans l’expression «motifs raisonnables et probables de croire» n’ajoute rien. À cet égard, il convient de consulter la définition du terme dans les dictionnaires généraux dans les deux langues officielles.

Selon le dictionnaire *Shorter Oxford English Dictionary*, le sens moderne du terme est le suivant:

[TRADUCTION] «**Probable**» . . . 2. Qui est susceptible de s’imposer à l’esprit; qui mérite d’être admis ou qu’on y accorde foi; rarement, dans un mauvais sens, trompeur, spécieux. (Voir 3.)—1872. 3. Qui a une apparence de vérité; auquel on peut raisonnablement s’attendre, ou qui sera reconnu vrai; vers 1606. (C’est moi qui souligne.)

Une indication encore plus intéressante est celle de la définition archaïque du mot français «probable» donnée par Le Robert [*Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*]:

Probable . . . 1. Vx. *Opinion probable*, qui, sans exclure la possibilité d’une autre opinion, ne présente cependant rien de contraire à la raison — Relig. *Opinion probable*: opinion fondée sur des raisons sérieuses quoique non décisives. [C’est moi qui souligne.]

Cela peut facilement expliquer comment le mot, de façon historique, a été associé par les juristes au mot «raisonnable». Comme le second membre de ces autres expressions juridiques anglaises consacrées, dont «*null and void*» (invalide), «*good and valid*» (valide), «*last will and testament*» (testament) etc., le second mot de l’expression n’ajoute rien.

En deuxième lieu, ce qui est un facteur encore plus important, cette opinion est confirmée dans l’arrêt *Southam* lui-même. Dans un extrait précédant de quelques lignes le passage cité ci-dessus, le juge Dickson (alors juge puîné) s’exprimait au nom de la Cour comme suit [à la page 167]:

La *common law* exige, pour qu’un mandat puisse être décerné, que l’on fasse une déposition sous serment qui porte «sérieusement à croire» que des biens volés ont été cachés à l’endroit de la perquisition. L’article 443 du *Code criminel* n’autorise la délivrance d’un mandat qu’à la suite d’une dénonciation faite

believe” that there is evidence of an offence in the place to be searched. The American *Bill of Rights* provides that “no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation . . .” The phrasing is slightly different but the standard in each of these formulations is identical. [Emphasis added.]

Finally and even if I am wrong in my view as to the force to be given to the word “probable” in the phrase “reasonable and probable”, it is my further opinion that a grammatical analysis of subsection 231.3(3) shows that in fact the evidentiary burden of “more likely than not” has been met or exceeded.

Eliminating the unnecessary words for the purpose of this analysis, the subsection provides for the issuance of a warrant when a judge:

231.3 (3)

is satisfied that there are reasonable grounds to believe that:

- (a) an offence . . . has been committed;
- (b) a document . . . is likely to found; and
- (c) the building . . . is likely to contain such a document . . .

There can surely be no objection to the standard set in paragraphs 231.3(3)(b) and (c) for the word “likely” must have the effect of importing the standard of probability or “more likely than not.”

With respect to paragraph 231.3(3)(a), the standard is set even higher; the requirement is for reasonable grounds to believe that an offence has been committed. Here, the reasonable belief is tied to the actual commission of the offence and not to a lower standard of mere probability.

In the upshot, therefore, I find this ground of attack to be without merit.

The Dilution of the Standard with Respect to the Probability of finding Evidence

The appellants’ attack here concentrates very narrowly on the wording of paragraph 231.3(3)(b), which it is convenient to reproduce:

231.3 . . .

(3) A judge shall issue the warrant referred to in subsection (1) where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

sous serment portant qu’il existe «un motif raisonnable pour croire» qu’il se trouve des éléments de preuve de la perpétration d’une infraction à l’endroit où la perquisition sera effectuée. La *Déclaration des droits* des États-Unis prévoit que [TRADUCTION] «un mandat ne sera décerné que pour un motif plausible, appuyé par un serment ou une affirmation . . .». La formulation est légèrement différente mais le critère est identique dans chacun de ces cas. [C’est moi qui souligne.]

Enfin, même si mon opinion sur la valeur à donner au mot «probable» dans l’expression «raisonnable et probable» est erronée, je suis d’avis qu’une analyse grammaticale du paragraphe 231.3(3) démontre qu’en fait le fardeau de la présentation du critère «plus probable qu’improbable» a été plus que satisfait.

En éliminant, pour les fins de cette analyse, les mots inutiles, le paragraphe prévoit qu’un mandat est décerné lorsqu’un juge:

231.3 (3) . . .

. . . est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

- a) une infraction . . . a été commise;
- b) il est vraisemblable de trouver des documents . . . ;
- c) le bâtiment . . . contient vraisemblablement de tels documents . . .»

On ne peut certainement pas s’opposer au critère établi aux alinéas 231.3(3)(b) et c) puisque les mots «vraisemblable» ou «vraisemblablement» ont pour conséquence d’importer le critère de probabilité ou d’une situation «plus probable qu’improbable».

Quant à l’alinéa 231.3(3)a), le critère est encore plus élevé puisqu’on exige d’avoir des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise. Ici, la croyance raisonnable est reliée à la perpétration réelle de l’infraction et non à un critère moins rigoureux de simple probabilité.

En fin de compte, je conclus donc que ce motif de contestation n’est pas fondé.

L’atténuation du critère à l’égard de la probabilité de découvrir des éléments de preuve

La contestation des appelants en l’instance porte uniquement sur le texte de l’alinéa 231.3(3)b), qu’il convient de citer à nouveau:

231.3 . . .

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné au paragraphe (1) s’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

(b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and [Emphasis added.]

The argument is that the use of the word "may" allows the issuance of a search warrant on showing of reasonable grounds to believe in a mere possibility that the thing to be found will afford evidence of a crime. The following passage from the judgment in *Southam* is relied on [at page 167]:

The problem is with the stipulation of a reasonable belief that evidence may be uncovered in the search. Here again it is useful, in my view, to adopt a purposive approach. The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant's reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist, to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure.

The argument seems to me to be quite simply unanswerable. The point is an extremely narrow one but the Court could not have used clearer words to indicate that a belief that evidence may be found is not good enough.

The courts of three provinces have struck down subsection 111(1) of the *Customs Act* [S.C. 1986, c. 1] whose English (but not the French) version contained a somewhat similar wording. See *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (N.B.C.A.); *Nima v. McInnes*, [1989] 2 W.W.R. 634 (B.C.S.C.); *Canada v. Aquarius Computer* (1989), 2 T.C.T. 4531 (Ont. H.C.).

While in practice, the line must be very thin between a reasonable belief that evidence may be found and a reasonable belief that evidence is to be found, the Supreme Court has made it very plain that only the second meets the requirements of the

b) Il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction; [C'est moi qui souligne.]

On soutient que l'utilisation du mot «peuvent» permet la délivrance d'un mandat de perquisition lorsqu'on a des motifs raisonnables de croire qu'il y a une simple possibilité de trouver des choses qui pourraient constituer des éléments de preuve de la perpétration d'un crime. L'argument se fonde sur l'extrait suivant du jugement de l'affaire *Southam* [à la page 167]:

La difficulté réside dans la stipulation d'une conviction raisonnable que des éléments de preuve peuvent être découverts au cours de la perquisition. Une fois de plus, il est utile, à mon avis, de considérer le but recherché. L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaudrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Cet argument me semble tout simplement irréfutable. Le point est extrêmement subtil, mais la Cour n'aurait pu indiquer plus clairement qu'il ne suffit pas de croire que des éléments de preuve peuvent être découverts.

Les tribunaux de trois provinces ont déclaré invalide le paragraphe 111(1) de la *Loi sur les douanes* [S.C. 1986, chap. 1] dont le texte anglais (mais non pas la version française) était formulé de façon semblable (Voir *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (C.A.N.-B.); *Nima v. McInnes*, [1989] 2 W.W.R. 634 (C.S.C.-B.); *Canada v. Aquarius Computer* (1989), 2 T.C.T. 4531 (H.C. Ont.).

Même si en pratique la distinction peut être très mince entre une croyance raisonnable que des éléments de preuve peuvent être trouvés et une croyance raisonnable que des éléments de preuve seront trouvés, la Cour suprême a exprimé bien clairement que la seconde formule seulement satisfaisait aux critères de la Charte. Le texte de

Charter. The text of paragraph 231.3(3)(b) is inadequate and therefore inoperative.

Other Grounds

In conclusion and for completeness' sake, it is as well to mention three grounds argued by appellants' counsel upon which we did not call on the respondents.

The first of such grounds was based on subsection 231.3(5):

231.3 ...

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in subsection (1), any other document or thing that he believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

Counsel contended that the broad wording of this text gave a virtually unfettered discretion to the seizing officer and thereby vitiated any warrant issued under section 231.3.

We did not agree.

In the first place, it seemed to us that subsection 231.3(5) was clearly severable from the rest of the section and could not have the effect contended for by counsel: at the very most, it could give rise to a declaration of invalidity of the subsection and of any seizure effected in purported compliance therewith.

Second and even more critical, this Court's judgment in *Solvent Petroleum, supra*, deals expressly with the same ground of attack and finds that subsection 231.3(5) "meets the test of reasonableness and therefore of validity". We were not persuaded that there was any good reason for us to revisit this finding.

Counsel's final two points dealt with the question of privilege: solicitor/client and accountant/client.

With regard to the solicitor/client privilege, the Trial Judge said [at pages 297-298]:

l'alinéa 231.3(3)(b) est insuffisant et par conséquent inopérant.

Les autres motifs

Il est préférable, pour avoir un aperçu complet du dossier, de mentionner en terminant trois motifs soulevés par l'avocat des appelants, auxquels nous n'avons pas demandé aux intimés de répondre.

Le premier de ces motifs était fondé sur le paragraphe 231.3(5):

231.3 ...

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

L'avocat prétend que le libellé vague de ce texte donne effectivement une discrétion absolue à la personne qui exécute la saisie, ce qui aurait pour effet de rendre invalide tout mandat décerné en vertu de l'article 231.3.

Nous n'étions pas d'accord.

D'abord, il semble que le paragraphe 231.3(5) est clairement dissociable du reste de l'article et qu'il ne peut pas avoir la portée qu'a voulu lui donner l'avocat. Tout au plus, pourrait-on demander l'invalidité de ce paragraphe ou d'une saisie effectuée en application de celui-ci.

En second lieu et de façon encore plus décisive, le jugement de cette Cour dans l'affaire *Solvent Petroleum*, ci-dessus, traite de ce même motif et il est statué que le paragraphe 231.3(5) «remplit les critères du caractère raisonnable et de la validité». Nous ne sommes pas persuadés qu'il existe pour nous des raisons valables de réexaminer cette conclusion.

Les deux derniers arguments de l'avocat traitent du secret professionnel, celui de l'avocat et celui du comptable.

À l'égard du secret professionnel de l'avocat, le juge de première instance a déclaré [aux pages 297 et 298]:

... there seems little doubt that appropriate execution procedures were, in fact, followed. The reports made to Mr. Justice Strayer pursuant to section 231.3 of the *Income Tax Act*, indicate that a lawyer was present when the search was made and that claims for privilege were made pursuant to section 232 of the *Income Tax Act*. The documents for which privilege was claimed, by the lawyer, were placed in an envelope and turned over to Regent Doré as custodian. An application for determination as to whether the documents were properly subject to solicitor-client privilege was filed in the Superior Court of Quebec. That application was subsequently withdrawn. In this regard see the Affidavit and Report to a Judge of Yvon Demers, dated October 30, 1986 (paragraphs 3(d) and 4) and the Affidavit and Report to a Judge of Gilles Thériault, dated June 2, 1987, both on file T-1798-86. In such circumstances it cannot seriously be thought that the warrants in question should be declared invalid. My understanding of Mr. Justice Lamer's statements in *Descôteaux* is that what is required is that the proper procedure is in fact followed. That the procedure was not set out on the face of the warrant is not itself determinative.

As far as the claim for accountant/client privilege is concerned, a claim based on a number of provisions of Quebec law, the Trial Judge said [at pages 292-293]:

Even if I accept that the law of Quebec provides for an accountant-client privilege in the context of litigation, I am not persuaded that such a rule has been adopted with respect to federal income tax litigation. If such a rule were intended to apply one would expect to find it expressly so provided in either the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] or the *Income Tax Act*.

and again [at pages 293-294]:

It is not at all strange that solicitor-client communications are privileged in so far as compellable evidence before the courts is concerned, while those between an accountant and client are not. The purpose of the solicitor-client privilege is to ensure free and uninhibited communications between a solicitor and his client so that the rendering of effective legal assistance can be given. This privilege preserves the basic right of individuals to prosecute actions and to prepare defences. As Mr. Justice Lamer indicated, in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462 at page 883 S.C.R., the privilege is recognized because it is necessary for the proper administration of justice. I do not think there is an overriding policy consideration, of this nature, in the case of accountant-client communication. An accountant may, as a matter of professional ethics, be required to keep communications and other information concerning his or her client confidential. But this is not founded upon a need to ensure an effective system of the administration of justice.

... on ne semble guère douter du fait que des modalités appropriées ont été suivies. D'après les rapports présentés au juge Strayer conformément à l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un avocat était présent lorsque la perquisition a été faite et des demandes de privilège ont été faites conformément à l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les documents à l'égard desquels l'avocat a invoqué le privilège ont été placés sous enveloppe et remis à Regent Doré, comme gardien. Une demande en vue de déterminer si les documents ont dûment été soumis à la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat a été déposée devant la Cour supérieure du Québec. Cette demande a subséquemment été retirée. À cet égard, il y a lieu de consulter l'affidavit et le rapport au juge d'Yvon Demers en date du 30 octobre 1986 (paragraphes 3d) et 4) ainsi que l'affidavit et le rapport au juge de Gilles Thériault en date du 2 juin 1987, tous deux déposés dans le dossier T-1798-86. Dans ces circonstances, il n'y a pas de motif sérieux de déclarer les mandats en question invalides. D'après ce que j'ai compris en lisant les commentaires du juge Lamer dans l'affaire *Descôteaux*, ce qui est nécessaire, c'est que la procédure appropriée soit effectivement suivie. Le fait que la procédure elle-même n'a pas été énoncée sur le mandat ne permet pas en soi de trancher le litige.

Quant à l'argument du secret professionnel du comptable, fondé sur certaines dispositions du droit québécois, le juge déclare [aux pages 292 et 293]:

Même si je reconnais que le droit du Québec protège les communications entre le comptable et son client dans les litiges, je ne suis pas convaincu qu'une règle similaire ait été adoptée dans le cas des litiges concernant l'impôt sur le revenu fédéral. Si le législateur avait voulu que cette règle s'applique, celle-ci aurait été énoncée expressément dans la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), chap. C-5] ou dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

et encore [aux pages 293 et 294]:

Il est bien normal que le droit au secret professionnel de l'avocat existe en ce qui a trait à la preuve pouvant être exigée devant les tribunaux, tandis que ce droit n'existe pas pour le comptable. L'objet de ce droit est d'assurer des communications libres et dénuées de toute contrainte entre l'avocat et son client, de façon que celui-ci puisse recevoir une aide juridique efficace. Ce privilège préserve le droit fondamental qu'ont les particuliers de poursuivre et de préparer des contestations. Comme l'a dit le juge Lamer dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462, à la page 883 R.S.C., le privilège est reconnu parce qu'il est nécessaire pour assurer l'administration appropriée de la justice. Je ne crois pas qu'il existe un principe prépondérant de cette nature dans le cas de la communication entre le comptable et son client. Le comptable peut être tenu, conformément à une règle de déontologie, de préserver le secret des communications et autres renseignements concernant son client. Mais cette obligation ne résulte nullement de la nécessité d'assurer l'administration efficace de la justice.

We could see nothing to criticize in her treatment of either matter and accordingly did not require to hear from the respondents.

Conclusion

For all the foregoing reasons, I would allow the appeals, set aside the judgments of the Trial Division and substitute for them judgments quashing the search warrants and ordering the return of everything seized in virtue thereof; I would also give a declaration that section 231.3 of the *Income Tax Act* is of no force or effect because it is inconsistent with sections 7 and 8 of the Charter. I would give the appellants their costs both here and in the Trial Division, but one set of costs only.

PRATTE J.A.: I agree.

MARCEAU J.A.: I agree.

Nous n'avions rien à dire sur la façon dont le juge a tranché ces deux questions et nous n'avons donc pas demandé à entendre les intimés.

Conclusion

^a Pour les motifs mentionnés ci-dessus, j'accueillerais les appels, j'annulerais les jugements de la Section de première instance pour les remplacer par des jugements annulant les mandats de fouille et de perquisition et ordonnant la remise de tout ce qui a été saisi en vertu de ces mandats. Je déclarerais aussi que l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est invalide et inopérante parce qu'elle est incompatible avec les articles 7 et 8 de la Charte. J'adjugerais les dépens en faveur des appelants, tant dans cette instance que dans celle devant la Section de première instance, mais je n'accorderais les dépens que d'un seul mémoire de frais.

^d LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je souscris.

A-618-89	Berl Baron (<i>Appellant</i>) v. Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)	A-618-89	Berl Baron (<i>appelant</i>) c. a Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en sa qualité de ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)
A-619-89	Berl Baron and Howard Baron, C.A. (<i>Appellants</i>) v. Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)	A-619-89	b Berl Baron et Howard Baron, C.A. (<i>appelants</i>) c. c Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en sa qualité de ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)
A-620-89	Berl Baron (<i>Appellant</i>) v. Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)	A-620-89	d Berl Baron (<i>appelant</i>) c. e Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en sa qualité de ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)
A-621-89	Berl Baron and Howard Baron, C.A. (<i>Appellants</i>) v. Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)	A-621-89	f Berl Baron et Howard Baron, C.A. (<i>appelants</i>) c. g Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en sa qualité de ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)

INDEXED AS: *BARON V. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Hugessen J.J.A.—Ottawa, February 14, 1991.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Application for order to correct formal judgment herein ([1991] 1 F.C. 688) pursuant to R. 337(5) — Judgment ordering respondents to return forthwith to appellants "everything that was seized under the authority of the said warrants" — Paragraph corrected by adding: "as well as extracts and copies thereof" — As to return or destruction of all summaries, copies, notes or diagrams based on things seized, present motion not occasion to test Court's remedial powers when setting aside search as contrary to Charter since evidentiary basis for proper determination lacking and appellants' conduct

RÉPERTORIÉ: *BARON C. CANADA (C.A.)*

h Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Hugessen, J.C.A.—Ottawa, 14 février 1991.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Demande fondée sur la Règle 337(5) en vue d'obtenir une ordonnance visant à modifier le jugement officiel en l'espèce ([1991] 1 C.F. 688) — Jugement ordonnant aux intimés de remettre aux appelants «tout ce qui avait été saisi en vertu de ces mandats» — Paragraphe modifié en y ajoutant: «ainsi que tous les extraits et copies» — Pour ce qui concerne la remise ou la destruction de tous les résumés, copies, notes ou schémas fondés sur les choses saisies, la présente requête n'est pas l'occasion de mesurer les limites des pouvoirs de la Cour en matière de redressement lorsqu'elle annule une fouille ou une perquisition qui a été effectuée en contravention de la Charte pour le motif que la preuve ne fournit aucun fondement

such that discretionary remedy would not be granted —
Application allowed in part.

pour en juger adéquatement et que le comportement des
appelants est tel que la Cour n'accorderait pas le recours
laissé à sa discrétion — Demande accueillie en partie
seulement.

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].

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(5).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.3 (as am.
by S.C. 1986, c. 6, s. 121).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Lagiorgia v. Canada, [1987] 3 F.C. 28; (1987), 35
C.C.C. (3d) 445; 16 C.P.R. (3d) 74; 57 C.R. (3d) 284;
[1987] 1 C.T.C. 424; 87 DTC 5245; 77 N.R. 78 (C.A.).

COUNSEL:

Guy Du Pont and *André Serero* for
appellants.

Pierre Loiselle, Q.C. for respondents.

SOLICITORS:

Phillips & Vineberg, Montréal, for appel-
lants.

Deputy Attorney General of Canada, for
respondents.

*The following are the reasons for order ren-
dered in English by*

HUGESSEN J.A.: On November 28, 1990 we
allowed these appeals [[1991] 1 F.C. 688] and set
aside the judgments rendered by the Trial Division
[[1990] 2 F.C. 262]. In three cases (Court files
A-618-89, A-619-89, A-620-89) we substituted for
the judgment of the Trial Division a judgment
quashing the relevant search warrants and “order-
ing the respondents to return forthwith to the
appellants everything that was seized under the
authority of the said warrants”. In the fourth case
(A-621-89), in addition to the foregoing, we also
issued a declaration that section 231.3 of the
Income Tax Act [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am.
by S.C. 1986, c. 6, s. 121)] is of no force and
effect.

a LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la
Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,
Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)
[L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63,
art. 231.3 (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663,
Règle 337(5).

c JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Lagiorgia c. Canada, [1987] 3 C.F. 28; (1987),
35 C.C.C. (3d) 445; 16 C.P.R. (3d) 74; 57 C.R. (3d)
284; [1987] 1 C.T.C. 424; 87 DTC 5245; 77 N.R. 78
(C.A.).

AVOCATS:

Guy Du Pont et *André Serero* pour les
appelants.

Pierre Loiselle, c.r. pour les intimés.

PROCUREURS:

Phillips & Vineberg, Montréal, pour les
appelants.

Le sous-procureur général du Canada pour
les intimés.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Le 28 novembre
1990, nous avons accueilli les présents appels
[[1991] 1 C.F. 688] et annulé les jugements
rendus par la Section de première instance [[1990]
2 C.F. 262]. Dans trois des affaires (nos du greffe
A-618-89, A-619-89, A-620-89), nous avons substi-
tué au jugement de la Section de première ins-
tance un jugement annulant les mandats de fouille
et de perquisition concernés et «ordonné aux inti-
més de remettre aux appelants tout ce qui avait été
saisi en vertu de ces mandats». Dans la quatrième
affaire (A-621-89), en plus de ce qui est mentionné
ci-dessus, nous avons également déclaré que l'arti-
cle 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C.
1970-71-72, chap. 63 (mod. par S.C. 1986, chap.
6, art. 121)] est invalide et inopérant.

The appellants now move, pursuant to Rule 337(5) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], to correct the formal judgment by adding to and immediately after the paragraph dealing with the return of everything that was seized, the following:

... as well as all extracts and copies thereof; and
 that the Respondents return forthwith to the Appellant all summaries, notes or diagrams taken from the documents, books, records, papers or other items seized by the Respondents under the authority of the said search warrants;
 order the destruction of all summaries, copies, notes or diagrams which have not been returned by the Respondents for whatsoever reason;

With regard to the first proposed correction, the respondents concede that they understand our judgment as extending to copies and extracts of the seized materials. Since such an understanding is, in any event, in accordance with this Court's decision in *Lagiorgia v. Canada*, [1987] 3 F.C. 28, the appellants are entitled to the requested correction.

The second requested correction raises a very different issue and is contested by the respondents. In my view, they are right to do so. Appellants here are seeking to modify the judgment by adding thereto an order for the return or destruction, not only of the things seized and actual copies or extracts thereof, but also of any summaries, notes or diagrams based thereon. By definition, such summaries, notes or diagrams must be different from simple extracts or copies of the things seized and must contain some component, great or small, which has its source elsewhere. That source may be limited to the intellect of the person preparing the summaries, notes or diagrams or may extend far beyond it to other materials legitimately obtained some of which, it may be, cannot and should not be revealed.

In my opinion, this is not the case and a motion of this kind is not the occasion to test the limits of the Court's remedial powers when it sets aside a search as having been made contrary to the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. I say this for two reasons.

Les appellants demandent maintenant, en conformité avec la Règle 337(5) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], de modifier le jugement officiel en y ajoutant, immédiatement après le paragraphe traitant de la remise de tout ce qui avait été saisi, le passage suivant:

... ainsi que tous les extraits et copies; et
 que les intimés remettent à l'appellant tous les résumés, notes ou schémas faits ou pris à partir des documents, livres, registres, papiers ou autres objets saisis par les intimés en vertu de ces mandats de fouille et de perquisition;
 ordonner la destruction de tous les résumés, copies, notes ou schémas qui n'ont pas été remis par les intimés pour quelque raison que ce soit;

En ce qui concerne la première modification proposée, les intimés admettent qu'ils interprètent notre jugement comme s'étendant aux copies et aux extraits des documents saisis. Vu qu'une telle interprétation est, de toute façon, conforme à la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Lagiorgia c. Canada*, [1987] 3 C.F. 28, les appelants ont droit à la modification demandée.

La deuxième modification sollicitée soulève une question très différente et est contestée par les intimés. À mon avis, ils ont raison de le faire. Les appelants en l'espèce tentent de faire modifier le jugement par l'ajout d'une ordonnance en vue de la remise ou de la destruction, non seulement des choses saisies et des copies ou extraits mêmes de celles-ci, mais également de tous les résumés, notes ou schémas fondés sur elles. Par définition, de tels résumés, notes ou schémas doivent être différents de simples extraits ou copies des choses saisies et doivent contenir quelque élément, grand ou petit, qui provient d'ailleurs. Son origine peut se limiter à l'esprit de la personne qui prépare les résumés, les notes ou les schémas ou peut s'étendre bien au-delà à d'autres documents obtenus de façon légitime, dont certains peut-être ne peuvent ou ne devraient pas être divulgués.

J'estime que ce n'est pas le cas ici et qu'une requête de ce genre n'est pas l'occasion de mesurer les limites des pouvoirs de la Cour en matière de redressement lorsqu'elle annule une fouille ou perquisition qui a été effectuée en contravention de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. J'affirme cela pour deux raisons.

First, the evidentiary basis for a proper determination is lacking. We do not know what summaries, notes or diagrams may or may not have been prepared or by whom. We cannot tell to what extent they rely on the improperly seized materials and to what extent they rely on other sources. We do not know what such sources may be. In such circumstances it is not possible for us to decide with full knowledge of the reach of our decision.

Second, this is clearly a case where any remedy is at the discretion of the Court. In my view, the appellants' own conduct leaves much open to question. The warrants which we have ordered set aside were issued on August 7, 1986 and were executed one day later. The present proceedings seeking to set aside those warrants were instituted on June 21, 1989, nigh on three years later. To require the respondents to sift through all the material generated in the intervening period which may, in some way, be based upon the improperly seized documents would in the circumstances be an improper imposition. I would exercise my discretion against granting the additional relief sought.

I would allow the application in part only and without costs. I would correct the formal judgments herein by adding after the word "warrants" in the second line of the second paragraph the words "as well as all extracts and copies thereof".

PRATTE J.A.: I agree.

MARCEAU J.A.: I agree.

Premièrement, la preuve ne fournit aucun fondement pour en juger adéquatement. Nous ne savons pas quels résumés, notes ou schémas peuvent ou non avoir été préparés ou par qui ils l'ont été. Nous ne pouvons dire dans quelle mesure ils reposent sur les documents indûment saisis et dans quelle mesure ils reposent sur d'autres sources. Nous ignorons quelles peuvent être ces sources. Dans ces circonstances, il ne nous est pas possible de nous prononcer en sachant parfaitement quelle sera la portée de notre décision.

Deuxièmement, il s'agit manifestement d'un cas où toute mesure de redressement quelle qu'elle soit est laissée à la discrétion de la Cour. À mon avis, le propre comportement des appelants laisse grandement place au doute. Les mandats dont nous avons ordonné l'annulation ont été délivrés le 7 août 1986 et exécutés le lendemain. La présente procédure qui vise à l'annulation de ces mandats a été intentée le 21 juin 1989, près de trois ans plus tard. Il ne conviendrait pas dans les circonstances d'exiger que les intimés passent en revue tous les documents produits dans l'entre-temps qui peuvent, d'une certaine façon, se fonder sur les documents indûment saisis. J'exercerais mon pouvoir discrétionnaire en refusant d'accorder le redressement supplémentaire sollicité.

J'accueillerais la demande en partie seulement et sans dépens. Je modifierais les jugements officiels concernés en ajoutant après le mot «warrants» (mandats) à la deuxième ligne du deuxième paragraphe les mots «as well as all extracts and copies thereof» (ainsi que tous les extraits et copies).

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-298-90

T-298-90

Distribution Canada Inc. (Applicant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)INDEXED AS: *DISTRIBUTION CANADA INC. v. M.N.R. (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Vancouver, October 23; Ottawa, November 14, 1990.

Customs and excise — Customs tariff — Application for mandamus compelling Minister to collect duty required to be paid under Tariff, s. 4 — Customs officers exercising discretion re: collection of small amounts of duty — Departmental policy not to collect duty of \$1 or less — Applicant (organization of independent grocers concerned by American competition) lacking standing and no judicially enforceable duty — Minister not refusing to enforce Tariff, but exercising discretion as to how Tariff enforced using limited resources.

Judicial review — Prerogative writs — Mandamus — Application for mandamus compelling Minister to strictly enforce Customs Tariff, s. 4 requiring payment of duties on goods entering Canada — Departmental policy not to collect duty of \$1 or less — Method of enforcement left to Minister's discretion — Minister not refusing to enforce Tariff as evidenced by existence of collection system — Acquiescence in some failures to pay duty not attracting judicial review unless consideration of totally irrelevant matters, bad faith or improper motives.

Practice — Parties — Standing — Application for mandamus compelling Minister to strictly enforce Customs Tariff, s. 4 requiring payment of duty on certain goods upon entering Canada — Applicant (organization of independent grocers) lacking standing as no judicially enforceable duty — Although standing extended as to seeking declarations in non-constitutional cases, no comparable extension as to mandamus.

This was an application for *mandamus* to compel the Minister of National Revenue to strictly enforce *Customs Tariff*, section 4 which provides that customs duties shall be collected on certain goods when imported into Canada. Customs officers have not been collecting duty on most groceries purchased by Canadians visiting the United States for less than 24 hours, a period for which there is no legal exemption from payment of customs duties. The applicant, an organization of independent

Distribution Canada Inc. (requérante)

c.

a **Ministre du Revenu national (intimé)**RÉPERTORIÉ: *DISTRIBUTION CANADA INC. c. M.R.N. (1^{re} INST.)*

b Section de première instance, juge Strayer—Vancouver, 23 octobre; Ottawa, 14 novembre 1990.

Douanes et accise — Tarif des douanes — Requête en mandamus visant à contraindre le ministre à percevoir les droits prescrits par l'art. 4 du Tarif — Les agents des douanes exercent un pouvoir discrétionnaire au sujet de la perception des droits peu élevés — Le Ministère a pour politique de ne pas percevoir les droits d'un dollar ou moins — La requérante (un organisme regroupant des épiciers indépendants préoccupés par la concurrence américaine) n'a pas qualité pour agir et elle ne peut exiger l'exécution d'une obligation en recourant au tribunal — Le ministre ne refuse pas d'appliquer le Tarif, mais exerce un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les moyens à prendre pour le faire respecter en utilisant des ressources limitées.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Mandamus — Requête en mandamus visant à contraindre le ministre à faire respecter rigoureusement l'art. 4 du Tarif des douanes qui exige le paiement de droits sur les articles qui entrent au Canada — Le Ministère a pour politique de ne pas percevoir les droits qui s'élèvent à un dollar ou moins — Les moyens à prendre pour faire respecter le Tarif sont laissés à la discrétion du ministre — Le ministre ne refuse pas d'appliquer le Tarif comme en fait foi l'existence d'un système de perception — Le fait de fermer les yeux sur certaines omissions de payer des droits ne donne pas ouverture à un contrôle judiciaire à moins qu'il ait été tenu compte de considérations qui ne sont pas pertinentes ou qui dénotent de la mauvaise foi ou des motifs illégitimes.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Requête en mandamus visant à contraindre le ministre à faire respecter rigoureusement l'art. 4 du Tarif des douanes qui exige le paiement de droits sur les articles qui entrent au Canada — La requérante (un organisme regroupant des épiciers indépendants préoccupés par la concurrence américaine) n'a pas qualité pour agir car elle ne peut exiger l'exécution d'une obligation en recourant au tribunal — Même si les tribunaux étendent la qualité pour agir dans les actions en jugement déclaratoire sans contestation de constitutionnalité, il n'y a pas d'extension comparable de la qualité pour agir dans le cas du mandamus.

Il s'agit d'une requête visant à obtenir un bref de *mandamus* pour contraindre le ministre du Revenu national à faire respecter rigoureusement l'article 4 du *Tarif des douanes* qui prévoit la perception de droits de douanes sur certains articles entrant au Canada. Les agents des douanes ne perçoivent aucun droit sur la plupart des provisions achetées par des Canadiens qui séjournent aux États-Unis pendant moins de 24 heures, c'est-à-dire pendant une période pour laquelle il n'y a pas d'exemption

grocers, says that many of its members are suffering significant revenue losses because of unfair competition from American stores where prices and taxes are lower than those in Canada. The customs officers exercise a discretion as to whether to collect small amounts of duty, and it is departmental policy not to collect duty of \$1 or less. Even higher amounts may be waived when other priorities dictate, i.e. when the volume of traffic is such that collection would result in unacceptable delays for travellers and traffic congestion on the American side of the border. The issues were whether the applicant had standing and whether the respondent owed a judicially enforceable duty to the applicant.

Held, the application should be dismissed.

The applicant lacked standing to seek *mandamus*. Although standing to seek declarations in non-constitutional cases has been extended, there has been no comparable extension of standing in respect of *mandamus*. Even if a more generous view of standing should be taken, there remains the core need for a judicially enforceable duty.

Sometimes judicially enforceable and non-enforceable duties are distinguished by the party to whom the duty is owed. If a public officer is statutorily obligated to do a particular thing in particular circumstances for the benefit of particular persons, then such persons can seek judicial enforcement of that duty. If the public officer has a discretion as to what he does, how he does it, or to or for whom he does it, then there is no judicially enforceable duty to do a particular thing at a particular time or in favour of a particular person: the remedies for non-feasance or misfeasance are political, not judicial. Even though *Customs Tariff*, section 4 provides that duties shall be levied, the respondent has a discretion as to the means of enforcing the law. That section imposes obligations not only on customs collectors, but also on those who bring dutiable goods into Canada. The Minister must establish some credible collection system, but acquiescence in some failures to pay customs duties does not entitle the Court to intervene.

Mandamus is available in appropriate cases to require enforcement of the law, but case law has distinguished between requiring public officers to enforce the law where there has been a complete failure to do so and telling an officer how to enforce the law. The former is possible; the latter is not. The Minister has not totally refused or failed to carry out any

légale de paiement des droits de douane. La requérante, un organisme qui regroupe des épiciers indépendants, prétend que bon nombre de ses membres subissent un manque à gagner important à cause de la concurrence déloyale que leur livrent les magasins des États-Unis, où les prix des marchandises et les taxes sont plus bas qu'au Canada. Les agents des douanes exercent un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la question de savoir s'il y a lieu de percevoir des droits peu élevés, et le Ministère a pour politique de ne pas procéder à la perception lorsque les droits exigibles s'élèvent à un dollar ou moins. De plus, ils peuvent renoncer à percevoir des montants plus élevés lorsque d'autres priorités l'exigent, comme, par exemple, lorsque le volume de la circulation causerait des retards inacceptables pour les voyageurs et des embouteillages du côté américain de la frontière. Les questions en litige sont celles de savoir si la requérante a qualité pour agir et si l'intimé est tenu envers la requérante de s'acquitter d'une obligation dont on peut exiger l'exécution en recourant au tribunal.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

La requérante n'a pas qualité pour solliciter un *mandamus*. Même si les tribunaux ont étendu la qualité pour agir dans les actions en jugement déclaratoire sans contestation de constitutionnalité, il n'y a pas eu d'extension comparable de la qualité pour agir en ce qui concerne le *mandamus*. Même si l'on devait retenir une conception plus généreuse de la qualité pour agir, il est toujours absolument essentiel qu'il existe une obligation dont on peut obtenir l'exécution forcée en recourant au tribunal.

Parfois, la distinction entre les obligations dont on peut exiger l'exécution en recourant au tribunal et celles dont on ne peut obtenir l'exécution forcée par les voies de justice est formulée en fonction de la personne au profit de qui l'on est tenu d'exécuter l'obligation. Si un fonctionnaire est tenu de par la loi d'accomplir un acte déterminé dans des circonstances déterminées au profit de personnes déterminées, ces dernières peuvent s'adresser aux tribunaux pour obtenir l'exécution forcée de l'obligation. Si le fonctionnaire s'est vu attribuer un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les actes qu'il accomplit, la manière de les exécuter, ou le destinataire ou le bénéficiaire des actes en question, il n'existe pas alors d'obligation, dont on peut obtenir l'exécution forcée en justice, qui le force à accomplir un acte déterminé à un moment déterminé ou au profit d'une personne déterminée: les recours qui peuvent être exercés pour sanctionner son inaction ou son action fautive sont d'ordre politique, et non judiciaire. Même si l'article 4 du *Tarif des douanes* prévoit qu'il doit être prélevé des droits, l'intimé a un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les moyens à prendre pour faire respecter la loi. Cet article impose des obligations qui ne pèsent pas seulement sur les percepteurs des douanes mais aussi sur les personnes qui ramènent au Canada des articles soumis à des droits de douane. Le ministre doit établir un système crédible de recouvrement, mais s'il ferme les yeux sur certaines omissions de payer les droits de douane, cela ne donne pas à la Cour le droit d'intervenir.

Le recours en *mandamus* peut être exercé dans certaines circonstances pour exiger l'observation de la loi, mais on a établi en jurisprudence une distinction entre le fait de contraindre un fonctionnaire à appliquer la loi lorsque le fonctionnaire en question s'est complètement abstenu d'agir, et le fait de dicter à un fonctionnaire les moyens à prendre pour appliquer

enforcement of the *Customs Tariff*. He is actively enforcing the Tariff through collections to the extent it is feasible to do so given the resources allocated by Parliament, and it is within the Minister's discretion to do so. He has considered the impact of different levels of enforcement on American tourist traffic and the impact on American border areas in respect of lineups for entry into Canada. If those considerations had been totally irrelevant to the proper administration of the Act or involved bad faith or improper motives on the part of the Minister or his staff, judicial review might have been appropriate.

la loi. Le tribunal ne peut intervenir que dans le premier cas. Le ministre n'a pas totalement refusé ou négligé d'appliquer le *Tarif des douanes*. Il applique activement le Tarif en procédant à des recouvrements dans la mesure où les ressources que le Parlement met à sa disposition le lui permettent, et il a manifestement le pouvoir discrétionnaire d'agir ainsi. Il a tenu compte des répercussions que les différents degrés d'application de la loi auraient sur les mouvements de touristes américains venant au Canada et sur les files d'attente aux points d'entrée au Canada. Si ces considérations n'avaient eu rien à voir avec l'application régulière de la loi ou si elles avaient dénoté de la mauvaise foi ou des motifs illégitimes de la part du ministre ou de son personnel, elles auraient pu donner ouverture à un contrôle judiciaire.

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. 6.
Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. C-54, s. 4.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue (No. 1), [1976] 2 F.C. 500; (1976), 67 D.L.R. (3d) 505; [1976] CTC 339; 10 N.R. 153 (C.A.); *Regina v. Comr. of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 3)*, [1973] Q.B. 241 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Re North Vancouver (District of) et al. and National Harbours Board et al. (1978), 89 D.L.R. (3d) 704; 10 C.E.L.R. 31; 7 M.P.L.R. 151 (F.C.T.D.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.).

CONSIDERED:

R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.).

REFERRED TO:

Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *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.

COUNSEL:

Jack N. Cram for applicant.
Gunnar O. Eggertson for respondent.

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*, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 6.
Tarif des douanes, L.R.C. (1985), chap. C-54, art. 4.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. c. Le ministre du Revenu national (N° 1), [1976] 2 C.F. 500; (1976), 67 D.L.R. (3d) 505; [1976] CTC 339; 10 N.R. 153 (C.A.); *Regina v. Comr. of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 3)*, [1973] Q.B. 241 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Re North Vancouver (district de) et autres et Conseil des ports nationaux et autres (1978), 89 D.L.R. (3d) 704; 10 C.E.L.R. 31; 7 M.P.L.R. 151 (C.F. 1^{re} inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn, [1968] 1 All. E.R. 763 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *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.

AVOCATS:

Jack N. Cram pour la requérante.
Gunnar O. Eggertson pour l'intimé.

SOLICITORS:

Cram & Wicks, Vancouver, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for
respondent. a

The following are the reasons for order rendered in English by

STRAYER J.:

Relief Requested

This is an application for the following relief:

A Writ of Mandamus or other relief in the nature thereof to compel the Respondent, MINISTER OF NATIONAL REVENUE, to comply with the provisions of Section 4 of the *Customs Tariff*, in respect to the collection of the duties prescribed in that act on Canadians returning to Canada with purchases of goods from the United States when they have been out of Canada for a period of less than 24 hours, and to comply with the provisions of the *Customs Act*, *Export Import Permits Act* and the *Canada U.S. Free Trade Agreement*.

Facts

The applicant, Distribution Canada Inc., is a non-profit organization whose members are independent grocers, involving some 1,300 stores located in five provinces including British Columbia. It bargains on behalf of its members with grocery suppliers in order to make its members more competitive with the larger grocery chains. It also lobbies governments on behalf of its members and handles various legal problems for them. This applicant replaced the original applicants who were the owners of grocery stores. Due in part to the adverse reaction of customers of those stores resulting from the commencement of this proceeding, the individual grocers were replaced by the present applicant. The Crown agrees that if the original applicants had standing to bring this proceeding then so does Distribution Canada Inc. f

The complaint of the applicant is that the Minister of National Revenue is not strictly enforcing the customs tariff, as he is required in its view to

PROCUREURS:

Cram & Wicks, Vancouver, pour la requérante.

Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé. a

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

b LE JUGE STRAYER:

Réparation demandée

Il s'agit d'une requête visant à obtenir la réparation suivante: c

[TRADUCTION] Un bref de mandamus ou une autre réparation de la même nature pour contraindre l'intimé, LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, à se conformer aux dispositions de l'article 4 du *Tarif des douanes* relativement à la perception des droits prescrits par cette loi à l'égard des Canadiens rentrant au Canada avec des articles achetés aux États-Unis lorsqu'ils ont été à l'extérieur du Canada pendant une période de moins de 24 heures, et à se conformer aux dispositions de la *Loi sur les douanes*, de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* et de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*. d

e Les faits

La requérante, Distribution Canada Inc., est un organisme sans but lucratif dont les membres sont des épiciers indépendants de quelque 1 300 magasins situés dans cinq provinces, dont la Colombie-Britannique. Elle négocie au nom de ses membres avec des fournisseurs en alimentation de façon à permettre à ses membres de livrer plus facilement concurrence aux chaînes d'alimentation plus importantes. Elle fait également pression sur les gouvernements au nom de ses membres et s'occupe de divers problèmes juridiques pour eux. La présente requérante a remplacé les requérants initiaux, qui étaient propriétaires de magasins d'alimentation. En partie à cause de la réaction négative des clients de ces magasins face à l'introduction de la présente instance, les épiciers individuels ont été remplacés par la présente requérante. g

i La Couronne convient que si les requérants initiaux avaient qualité pour intenter la présente poursuite, Distribution Canada Inc. a également cette qualité.

j La requérante se plaint du fait que le ministre du Revenu national n'applique pas rigoureusement le tarif douanier, comme il est tenu selon elle de le

do by section 4 of the *Customs Tariff*.¹ That section provides:

4. (1) Subject to this Act and the *Customs Act*, chapter C-40 of the Revised Statutes of Canada, 1970, there shall be levied, collected and paid on all goods enumerated, or referred to as not enumerated, in Schedule II, when imported into Canada or taken out of warehouse for consumption therein, the several rates of duties of customs, if any, set opposite each item or charged on goods as not enumerated, in the column of the tariff applicable to the goods, subject to the conditions specified in this section and sections 5 to 16.

In particular, it is said that no duty is being collected on the majority of grocery purchases made in the United States by Canadians going to that country for less than twenty-four hours, a period for which there is no legal exemption from payment on dutiable items. Much of the evidence concerned five particularly busy border points in British Columbia, four of which are the busiest in Canada for "small collections" (collections of duty and taxes on non-commercial imports). There was also some evidence suggesting a laxity of enforcement at certain points on the Ontario-U.S. border as well. The applicant claims that many of its member grocers suffer a significant loss of business because of what they regard as unfair competition from U.S. stores near the border where commodity prices and taxes are lower than those in Canada.

The respondent Minister admits that his officers exercise a discretion as to whether they bother to collect small amounts of duty, and that it is the Department's policy not to make any collection where the amount of duty owing is \$1 or less. It is common ground that the policy of the Department is correctly set out in a letter of August 3, 1989 from the Minister of National Revenue, the Honourable Otto Jelinek, to Mr. Gerry Prins, the President of the applicant. The key paragraph states as follows:

At the outset, I should explain that it is my department's policy that Customs inspectors not refer travellers for duty

¹ R.S.C., 1985, c. C-54.

faire aux termes de l'article 4 du *Tarif des douanes*¹. Cet article dispose:

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de la *Loi sur les douanes*, chapitre C-40 des Statuts révisés du Canada de 1970, il doit être prélevé, perçu et payé sur toutes les marchandises énumérées à l'annexe II, ou qui sont mentionnées comme n'y étant pas énumérées, lorsque ces marchandises sont importées au Canada ou sorties d'entrepôt pour y être consommées, les divers taux de droits de douane indiqués en regard de chaque article respectivement ou imposés sur les marchandises non énumérées, dans la colonne du tarif applicables aux marchandises, sous réserve des conditions énoncées dans le présent article et dans les articles 5 à 16.

En particulier, la requérante prétend qu'aucun droit n'est perçu sur la plupart des provisions achetées aux États-Unis par des Canadiens qui séjournent dans ce pays pendant moins de vingt-quatre heures, c'est-à-dire pendant une période pour laquelle il n'y a pas d'exemption légale de paiement pour les articles soumis à des droits de douane. Une grande partie de la preuve porte sur cinq points frontaliers particulièrement fréquentés de la Colombie-Britannique, dont quatre sont les plus actifs du Canada pour ce qui est des «menues perceptions» (perception de droits et de taxes sur les articles non commerciaux importés). On a également présenté certains éléments de preuve tendant à démontrer qu'il y avait aussi un relâchement dans l'application de la loi à certains points de la frontière de l'Ontario et des États-Unis. La requérante prétend que bon nombre de ses épiciers membres subissent un manque à gagner important à cause de la concurrence déloyale que leur livrent selon eux les magasins américains situés près de la frontière, où les prix des marchandises et les taxes sont plus bas qu'au Canada.

Le ministre intimé reconnaît que ses fonctionnaires exercent un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la question de savoir s'il y a lieu de se donner la peine de percevoir des droits peu élevés, et que le Ministère a pour politique de ne pas procéder à la perception lorsque les droits exigibles s'élèvent à un dollar ou moins. Il est constant que la politique du Ministère est correctement exposée dans une lettre que le ministre du Revenu national, M. Otto Jelinek, a envoyée le 3 août 1989 à M. Gerry Prins, le président de la requérante. En voici le paragraphe clé:

[TRADUCTION] Pour commencer, je tiens à préciser que mon Ministère a pour politique de ne pas demander aux inspecteurs

¹ L.R.C. (1985), chap. C-54.

payment on their goods when the amount owing is \$1.00 or less. In addition, higher amounts may be waived when other priorities dictate. In cases where the volume of traffic results in unacceptable delays, for example, or when interdiction activities are under way, it is recognized that Customs inspectors might waive assessments of \$2.00, \$3.00 and \$4.00 or more, depending upon conditions at the time and their ability to efficiently process traffic.

In reply to this Mr. Prins sent a letter to the Minister on October 24, 1989 strongly requesting the Minister to enforce the customs tariff uniformly. He said, *inter alia*:

It is not your mandate which laws to uphold and which not. We would therefore respectfully request that you move immediately to rectify this worsening problem.

A similar request was sent on December 19, 1989. Similarly, letters were sent to the Minister by the solicitors for the applicant on December 27 and December 28, 1989 making a formal demand that the Minister "strictly enforce" the *Customs Tariff*

... with respect to duties and taxes chargeable to Canadians for goods imported into Canada from the United States when they have not been out of the country long enough to exempt their purchases from such duty.

The other evidence adduced by the parties does not appreciably assist me in dealing with the essential legal questions here, apart from showing that there are honest differences of opinion as to whether the customs tariff can be strictly enforced and, if so, how. Evidence presented by the applicant, while to a considerable extent anecdotal, includes statistics which it says demonstrates that at five B.C. border points duty is collected from only about twelve percent of vehicles bringing in goods subject to duty. There was also some evidence to suggest that the additional revenues that could be gained from strict enforcement would far exceed the cost of such enforcement. On the other hand, the evidence of the respondent seriously questions the validity of the applicant's statistical analysis. It suggests that in many of the instances cited in the evidence of the applicant of returning Canadians supposedly not being required to pay duty, the goods which they were importing were subject to no duty or to a negligible amount of duty. Further, the respondent's evidence suggests that strict

des douanes d'exiger des voyageurs le paiement des droits sur leurs marchandises lorsque le montant exigible est d'un dollar ou moins. De plus, ils peuvent renoncer à percevoir des montants plus élevés lorsque d'autres priorités l'exigent. Lorsque, par exemple, le volume de la circulation cause des retards inacceptables, ou que des activités d'interdiction sont en cours, il est reconnu que les inspecteurs des douanes peuvent renoncer à réclamer des montants de deux, trois, quatre dollars ou plus, selon les circonstances et leur aptitude à écouler efficacement la circulation.

b En réponse à cette lettre, M. Prins a envoyé le 24 octobre 1989 au ministre une lettre dans laquelle il a prié instamment le ministre d'appliquer uniformément le tarif douanier. Il a notamment écrit:

[TRADUCTION] Il ne vous appartient pas de décider quelles lois doivent être observées et quelles lois ne doivent pas être appliquées. Nous vous demandons donc respectueusement de prendre immédiatement des mesures pour corriger ce problème qui s'aggrave.

Une demande semblable a été envoyée le 19 décembre 1989. De même, les procureurs de la requérante ont adressé les 27 et 28 décembre 1989 au ministre des lettres dans lesquelles ils ont mis en demeure le ministre d'[TRADUCTION] «appliquer rigoureusement» le *Tarif des douanes*

e [TRADUCTION] ... en ce qui concerne les droits et les taxes qui doivent être réclamés des Canadiens pour les articles importés au Canada en provenance des États-Unis lorsqu'ils n'ont pas été à l'étranger assez longtemps pour que les articles qu'ils ont achetés soient exonérés de ces droits.

f Les autres éléments de preuve présentés par les parties ne me sont pas d'un grand secours pour régler les questions juridiques essentielles en litige, si ce n'est qu'ils démontrent qu'il existe des divergences honnêtes d'opinion sur la question de savoir si l'on peut appliquer strictement le tarif douanier et, dans l'affirmative, de quelle manière. La preuve présentée par la requérante, même si elle est dans une très large mesure anecdotique, contient des statistiques qui démontrent, selon elle, qu'à cinq points frontaliers de la Colombie-Britannique, on ne perçoit des droits de d'environ douze pour cent des véhicules rapportant des articles soumis à des droits de douane. On a également présenté certains éléments de preuve qui tendent à démontrer que les recettes additionnelles qu'on pourrait obtenir si l'on appliquait rigoureusement la loi dépasseraient largement les coûts que cela entraînerait. D'autre part, dans sa preuve, l'intimé met sérieusement en doute la valeur de l'analyse statistique de la requérante. Il affirme que dans bon nombre des exemples cités dans la preuve de la requérante au sujet

enforcement would be impossible or would be achieved at the cost of unacceptable lineups, great delays for travellers, and traffic congestion on the American side of the border to which there would soon be strong objection. Such obstructions at the border, it is said, would dismay and discourage U.S. tourists coming to Canada even though they would not be subject to duty, and in extreme cases could be seen to violate the right of every Canadian to enter Canada as guaranteed by section 6 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]]. With respect to the cost of strict enforcement, it is suggested in some evidence of the respondent that the costs of such collections could exceed the revenue to be gained. Further, the respondent says that departmental resources, in terms of office and parking facilities and staff, are now stretched to the limit at busy border points. Even if strict enforcement were to yield more revenue, such revenue would not benefit the respondent's Department unless Parliament voted additional funds for customs administration: the Department of National Revenue can only spend such funds as are appropriated to it by Parliament, no matter from where those funds are generated. There is also conflicting evidence as to whether past experiments with strict enforcement have had the effect of increasing or decreasing the lineups.

Issues

The respondent objects to the issue of *mandamus* on several grounds. I will deal with only two of these. It is contended that the applicant has no standing to seek *mandamus* and that there is no duty owed by the respondent to the applicant which is enforceable by the Court.

des Canadiens qui rentreraient au pays sans être tenus de payer des droits, les articles qu'ils importent n'étaient passibles d'aucun droit ou n'étaient assujettis qu'à des droits négligeables. En outre, l'intimé affirme, dans sa preuve, qu'il serait impossible d'appliquer la loi rigoureusement ou qu'on n'y parviendrait qu'au prix de files inacceptables, de retards considérables pour les voyageurs et d'embouteillages du côté américain de la frontière qui susciteraient sans tarder des objections énergiques. Il prétend que ces embouteillages à la frontière consternerait et décourageraient les touristes américains venant au Canada même s'ils ne seraient pas assujettis à des droits, et dans les cas extrêmes, pourraient être considérés comme une violation du droit de tout Canadien d'entrer au Canada que garantit l'article 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Quant aux coûts d'une application stricte, certains des éléments de preuve présentés par l'intimé donnent à penser que le coût de ces perceptions dépasserait les recettes qu'on pourrait en retirer. En outre, l'intimée prétend qu'en ce qui concerne les parcs de stationnement, les bureaux et le personnel, les ressources ministérielles sont présentement utilisées au maximum aux points frontaliers très fréquentés. Même si une application stricte devait rapporter davantage de recettes, celles-ci ne profiteraient au Ministère que si le Parlement votait des crédits supplémentaires à l'intention de l'administration douanière. Le ministère du Revenu national ne peut dépenser que les crédits que lui attribue le Parlement, peu importe la provenance de ces sommes. La preuve est également contradictoire en ce qui concerne la question de savoir si, par le passé, l'application stricte a eu pour effet d'augmenter ou de diminuer les files d'attente.

Questions en litige

L'intimé invoque plusieurs moyens pour contester la requête en *mandamus*. Je n'aborderai que deux de ces moyens. Il prétend que la requérante n'a pas qualité pour solliciter un *mandamus* et que l'intimé n'est pas tenu envers la requérante de s'acquitter d'une obligation dont on peut exiger l'exécution en recourant au tribunal.

Conclusions

I believe that the respondent is correct in his submissions and that they are sufficient to defeat the case of the applicant.

A leading authority in this Court is that of *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue (No. 1)*.² In that case the applicants sought prohibition, *mandamus*, *certiorari*, and an injunction to set aside a policy of the Department of National Revenue of not counting the length of a filter tip in assessing excise tax or customs duty on cigarettes on the basis of their length. The applicants, while not making cigarettes with such tips themselves, were opposed to their competitors having the advantage of this favourable ruling with respect to the calculation of tax or duty on their products. On behalf of the Federal Court of Appeal, Le Dain J. held:

The decisions of the Supreme Court of Canada in *Thorson v. Attorney General of Canada* [1975] 1 S.C.R. 138, and *McNeil v. Nova Scotia Board of Censors* (1975) 5 N.R. 43, were urged upon us as indicating a relaxation of the requirement of *locus standi*. A careful reading of these decisions shows, in my respectful opinion, that the principal consideration governing them is the importance in a federal state of opportunity to challenge the constitutional validity of statutes. No such consideration is applicable here. It was suggested that there is a comparable consideration of public policy in broad access to challenge the validity of administrative action, and this view finds some support in the recognition of a judicial discretion to permit a stranger to bring *certiorari* or prohibition in certain cases. The present case is not one that raises any question of the limits of statutory authority. The most that is raised is a question of administrative interpretation that the authorities are obliged to make in their application of the governing statute. Indeed, the action in this case is not of the kind that is subject to challenge by *certiorari* or prohibition. There is no decision here determining rights or obligations in an individual case, much less a determination of those of the appellants. See *Landreville v. The Queen*, [1973] F.C. 1223. There is no duty to act judicially or fairly in a procedural sense. In so far as *mandamus* is concerned, there is no public duty of any kind that the appellants have a right to enforce. The duty of the respondent officials under section 202 of the *Excise Act* is one owing to the Crown rather than the appellants. Cf. *The Queen v. Lord Commissioners of the Treasury* (1871-72) 7 L.R.Q.B. 387. In so far as injunction is concerned, apart from the question of whether it may lie in certain cases against servants of the Crown, there is no interference with the rights of the appellants such as would entitle them to bring it against public

² [1976] 2 F.C. 500 (C.A.).

Conclusions

J'estime que les prétentions de l'intimé sont bien fondées et qu'elles suffisent à faire échouer la cause de la requérante.

Une des décisions de principe de notre Cour est l'arrêt *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. c. Le ministre du Revenu national (N° 1)*.² Dans cette affaire, les requérantes sollicitaient des brefs de prohibition, de *mandamus* et de *certiorari* et une injonction pour annuler une politique par laquelle le ministère du Revenu national ne tenait pas compte de la longueur du filtre pour calculer la taxe d'accise ou les droits de douane sur les cigarettes en fonction de la longueur de celles-ci. Même si elles ne fabriquaient pas elles-mêmes des cigarettes comportant de tels filtres, les requérantes s'opposaient à ce que leur concurrents bénéficiaient de cette décision favorable relativement au calcul de la taxe ou des droits perçus sur leurs produits. Au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge Le Dain a statué:

Les décisions de la Cour suprême du Canada, *Thorson c. Le procureur général du Canada* [1975] 1 R.C.S. 138, et *McNeil c. Nova Scotia Board of Censors*, (1975) 5 N.R. 43; nous ont été citées comme indiquant un relâchement de l'exigence de la qualité pour agir. Une lecture attentive de ces décisions montre, à mon avis, que la considération essentielle sous-jacente à ces décisions est l'importance, dans un État fédéral, de la possibilité de contester la validité constitutionnelle des lois. Cette considération n'est pas applicable ici. On prétend qu'une considération comparable d'intérêt public sous-tend la possibilité de contester la validité de l'action administrative, et ce point de vue trouve un certain appui dans la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire judiciaire d'autoriser un tiers à demander un bref de *certiorari* ou de prohibition dans certaines affaires. La présente affaire ne soulève pas la question des limites d'un pouvoir légal. Il s'agit tout au plus d'une question d'interprétation administrative nécessaire à l'application de la loi en vigueur. En fait l'acte incriminé dans la présente affaire ne prête pas à contestation par voie de *certiorari* ou de bref de prohibition. Il ne s'agit pas d'une décision visant les droits ou obligations individuels, encore moins ceux des appelantes. Voir *Landreville c. La Reine*, [1973] C.F. 1223. Il n'y a aucune obligation d'agir de façon judiciaire ou impartiale au sens procédural de ces termes. Pour ce qui est du *mandamus*, il n'existe pas d'obligation publique dont les appelantes auraient le droit de demander l'exécution. L'obligation qui pèse sur les fonctionnaires intimés en vertu de l'article 202 de la *Loi sur l'accise* est due à la Couronne plutôt qu'aux appelantes. Voir *La Reine c. Lord Commissioners of the Treasury* (1871-72) 7 L.R.Q.B. 387. En ce qui concerne l'injonction, mis à part la question de savoir si elle peut être demandée dans certains cas contre les fonctionnaires de la Couronne, il n'y a pas d'atteinte aux droits des

² [1976] 2 C.F. 500 (C.A.).

authorities. *Cowan v. C.B.C.* [1966] 2 O.R. 309.³ [Emphasis added.]

Although since that time there have been further decisions of the Supreme Court of Canada extending standing to seek declarations in non-constitutional cases where the issue was alleged conflict between the statute in question and the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III]⁴ or alleged failure of a Minister to comply with a federal statute⁵ there has been no comparable extension of standing in respect of *mandamus*.

There was a tendency in *mandamus* cases for the issues of standing of the applicant, and the existence of a judicially enforceable duty, to become intermixed. But even if a more generous view of standing should be taken in the light of the widening of that concept in respect of other public law remedies, there still remains the core need for a judicially enforceable duty to be identified. Sometimes the distinction between judicially enforceable and non-enforceable duties is put in terms of the party to whom the duty is owed. It is said that if there is a "duty to the legislature" then it may be judicially enforceable, whereas if there is a "duty to the Crown" it is not enforceable. This is perhaps another way of saying that if a public officer is obliged by statute to do a particular thing in particular circumstances for the benefit of particular persons, then such persons can seek judicial enforcement of that duty. If on the other hand the public officer has been left a discretion as to what he does, how he does it, or to or for whom he does it, then there is no judicially enforceable duty to do a particular thing at a particular time or in favour of a particular person: if the officer is responsible to anyone, he is responsible to the political branches of government either directly or indirectly and the remedies for non-feasance or misfeasance are political, not judicial. Thus, in the quotation from the *Rothmans* case, *supra*, when it is said that the duty of the respondents there was "one owing to the Crown rather than the appel-

³ *Ibid.*, at pp. 510-511.

⁴ *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575.

⁵ *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607.

appelantes les autorisant à adresser une injonction aux pouvoirs publics. *Cowan c. C.B.C.* [1966] 2 O.R. 309.³ [Mots soulignés par mes soins.]

Même si depuis cet arrêt, la Cour suprême du Canada a rendu d'autres décisions dans lesquelles elle a étendu la qualité pour agir dans les actions en jugement déclaratoire sans contestation de constitutionnalité dans lesquelles le litige portait sur un présumé conflit entre la loi en question et la *Déclaration canadienne des droits*⁴ [S.R.C. 1970, Appendice III] ou sur l'inobservation présumée d'une loi fédérale par un ministre⁵, il n'y a pas eu d'extension comparable de la qualité pour agir en ce qui concerne le *mandamus*.

Dans les affaires portant sur le *mandamus*, la question de la qualité pour agir du requérant et celle de l'existence d'une obligation dont on peut exiger l'exécution en recourant au tribunal ont tendance à s'entremêler. Mais même si l'on devait retenir une conception plus généreuse de la qualité pour agir eu égard à la portée plus grande qui a été donnée à ce concept dans le cas des autres recours de droit public, il y a toujours la nécessité fondamentale de mettre le doigt sur une obligation dont on peut obtenir l'exécution forcée en recourant au tribunal. Parfois, la distinction entre les obligations dont on peut exiger l'exécution en recourant au tribunal et celles dont on ne peut obtenir l'exécution forcée par les voies de justice est formulée en fonction de la personne au profit de qui l'on est tenu d'exécuter l'obligation. Si un fonctionnaire a une «obligation envers le législateur», un citoyen peut s'adresser aux tribunaux pour obtenir l'exécution de l'obligation, tandis que si un fonctionnaire a une «obligation envers la Couronne», un citoyen ne peut obtenir l'exécution forcée de l'obligation. C'est peut-être une autre façon de dire que si un fonctionnaire est tenu de par la loi d'accomplir un acte déterminé dans des circonstances déterminées au profit de personnes déterminées, ces dernières peuvent s'adresser aux tribunaux pour obtenir l'exécution forcée de l'obligation. Si, par contre, le fonctionnaire s'est vu attribuer un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les actes qu'il accomplit, la manière de les exécuter, ou le destinataire

³ *Ibidem*, aux p. 510 et 511.

⁴ *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

⁵ *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

lants” it is recognized that the Minister of National Revenue and his officials have a discretion as to the interpretation they give to “cigarettes” which, unless it can be somehow demonstrated to be inconsistent with the statute, cannot be second-guessed by the Court for the benefit of a manufacturer which suffers competitively from that interpretation.

Even though in the present case section 4 of the *Customs Tariff* requires that “there shall be levied, collected and paid on all goods enumerated . . . the several rates of duties of customs” [Underlining added.] I believe that the respondent has a discretion as to the means of enforcing the law. It will be seen that the obligations imposed by that section are imposed not only on the collectors of customs but also on those who bring dutiable goods into Canada on which, it is said, the appropriate duties “shall be . . . paid”. No doubt to respond to his obligation under section 4 the Minister must in good faith establish some credible system of collection but if his system is not “leak-proof” or even if he acquiesces in some failures to pay customs duties, this does not entitle the Court to assume control as to how duties are to be collected.

It is true that *mandamus* is available in appropriate cases to require enforcement of the law. It appears to me, however, that a distinction has generally been drawn in the jurisprudence between a court requiring a public officer to enforce the law in cases where he has failed completely to do

ou le bénéficiaire des actes en question, il n'existe pas alors d'obligation, dont on peut obtenir l'exécution forcée en justice, qui le force à accomplir un acte déterminé à un moment déterminé ou au profit d'une personne déterminée: si le fonctionnaire est responsable envers quelqu'un, c'est envers les organes politiques de l'État, soit directement soit indirectement, et les recours qui peuvent être exercés pour sanctionner son inaction ou son action fautives sont d'ordre politique, et non judiciaire. Ainsi, dans l'extrait précité de l'arrêt *Rothmans*, lorsqu'on dit que l'obligation qui pesait sur les intimés est «due à la Couronne plutôt qu'aux appelantes», on reconnaît que le ministre du Revenu national et ses fonctionnaires ont, à l'égard de l'interprétation qu'ils donnent au mot «cigarettes», un pouvoir souverain d'appréciation dans l'exercice duquel le tribunal ne peut intervenir au profit du fabricant qui subit un préjudice sur le plan de la concurrence en raison de cette interprétation, à moins qu'on réussisse à établir que cette interprétation est incompatible avec la loi.

Même si, dans la présente action, l'article 4 du *Tarif des douanes* prévoit qu'«il doit être prélevé, perçu et payé sur toutes les marchandises énumérées . . . les divers taux de droits de douane . . .» [soulignement ajouté], j'estime que l'intimé a un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les moyens à prendre pour faire respecter la loi. On considérera que les obligations imposées par cet article ne pèsent pas seulement sur les percepteurs des douanes mais aussi sur les personnes qui ramènent au Canada des articles soumis à des droits de douane sur lesquels, aux termes de la loi, «il doit être . . . payé» les droits requis. Il n'y a pas de doute que, pour répondre à l'obligation que lui impose l'article 4, le ministre doit de bonne foi établir un système crédible de recouvrement, mais si son système n'est pas «étanche» ou même s'il ferme les yeux sur certaines omissions de payer les droits de douane, cela ne donne pas à la Cour le droit de contrôler la façon dont les droits doivent être perçus.

Il est vrai que le recours en *mandamus* peut être exercé dans certaines circonstances pour exiger l'observation de la loi. Il me semble toutefois qu'en règle générale, on a établi en jurisprudence une distinction entre, d'une part, le fait pour le tribunal de contraindre un fonctionnaire à appliquer la loi

so, on the one hand, and a court telling a public officer how to enforce the law on the other. The former is possible but the latter is not. I believe the most pertinent *mandamus* cases cited by the applicant can be distinguished on this basis. In *Re North Vancouver (District of) et al. and National Harbours Board et al.*⁶ the applicants were one hundred and forty-two residents of Deep Cove (part of Vancouver Harbour) and the adjacent municipality which is the Corporation of the District of North Vancouver. They had asked the National Harbours Board to enforce the *National Harbours Board Act* [R.S.C. 1970, c. N-8] and by-laws made thereunder against vessels and houseboats illegally moored in the waters of Deep Cove. In response to demands by the applicants for enforcement, the Board said that it was taking no action pending the recommendation of a committee of the Greater Vancouver Regional District which, it will be noted, had no direct jurisdiction or responsibility in respect of the Harbour. In granting *mandamus*, Collier J. of this Court said:

In my view, the Board has a public duty to administer, manage and control Vancouver harbour in accordance with s. 7 of the Act and By-law A-1. It does not have a discretion as to whether it will, or will not, perform that duty. It must perform it, otherwise the legislation and its scheme become useless. The Board has, for the most part, and within the limits of its statute and by-laws, a discretion as to how it carries out its duty. A Court can compel a body, such as the Board, to carry out its duty. It cannot direct a body, where it has a discretion in respect of mode, as to how it shall carry out the duty.⁷

Thus the distinction was clearly drawn between requiring the Board to take some enforcement action, which the Court could do, and telling it how it should enforce the law, which the Court could not do.

A rather similar situation existed in *Friends of the Oldman River Society v. Canda (Minister of Transport)*⁸ where the Federal Court of Appeal

⁶ (1978), 89 D.L.R. (3d) 704 (F.C.T.D.).

⁷ *Ibid.*, at p. 712.

⁸ [1990] 2 F.C. 18 (C.A.).

lorsque le fonctionnaire en question s'est complètement abstenu d'agir, et, d'autre part, le fait pour le tribunal de dicter à un fonctionnaire les moyens à prendre pour appliquer la loi. Le tribunal ne peut intervenir que dans le premier cas. J'estime que l'on peut, à partir de ce principe, établir des distinctions entre les affaires de *mandamus* des pertinentes citées par la requérante. Dans l'affaire *Re North Vancouver (district de) et autres c. Conseil des ports nationaux et autres*⁶, les requérants étaient cent quarante-deux résidents de Deep Cove (qui fait partie du port de Vancouver) et de la municipalité adjacente, la corporation du district de North Vancouver. Ils avaient demandé au Conseil des ports nationaux de faire respecter la *Loi sur le Conseil des ports nationaux* [S.R.C. 1970, chap. N-8] et ses règlements d'application à l'égard des bateaux et houseboats mouillés illicitement dans les eaux de Deep Cove. En réponse aux demandes que les requérants lui avaient faites de faire respecter la loi, le Conseil a déclaré qu'il attendait, avant de prendre des mesures, de connaître les recommandations d'une commission du Greater Vancouver Regional District qui, on le remarquera, n'avait pas de compétence ou de responsabilité directe en ce qui concerne le port. En accordant le *mandamus*, le juge Collier, de notre Cour, a déclaré:

À mon avis le Conseil a l'obligation, d'ordre public, d'administrer, de gérer et de régir le port de Vancouver conformément à l'article 7 de la Loi et au règlement A-1. Il n'a pas le pouvoir discrétionnaire de faire ou de ne pas faire son devoir. Il doit le faire, autrement la loi, et toute son économie, n'ont pas de sens. Le Conseil possède, en grande partie, dans les limites circonscrites par la loi et les règlements, le pouvoir discrétionnaire des moyens à prendre pour s'exécuter. Un tribunal peut forcer un organisme, comme le Conseil, à exécuter ses obligations. Il ne saurait lui dicter les moyens à prendre lorsque la loi lui en abandonne le choix.⁷

On a donc fait une nette distinction entre le fait d'obliger le Conseil à prendre certaines mesures en vue de faire respecter la loi, ce que le tribunal peut faire, et le fait de lui dicter les moyens d'appliquer la loi, ce que le tribunal ne peut faire.

Une situation assez semblable existait dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*⁸, dans lequel la

⁶ (1978), 89 D.L.R. (3d) 704 (C.F. 1^{re} inst.).

⁷ *Ibid.*, à la p. 712.

⁸ [1990] 2 C.F. 18 (C.A.).

reversed the Trial Judge [[1990] 1 F.C. 248 (T.D.)] and granted *certiorari* to the applicant [appellant] to quash a decision of the federal Minister of Transport granting permission under the *Navigable Waters Protection Act*⁹ to the province of Alberta to construct a dam on the Oldman River. It also granted *mandamus* requiring the Minister of Transport to comply with the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*¹⁰ in deciding whether to give such permission. It may be noted that the Trial Judge expressly assumed, without deciding, that the applicant, an environmental group, had standing to seek *mandamus*. The Court of Appeal did not expressly address questions concerned with standing or the availability of *mandamus* in such circumstances. It is clear, however, that the Court issued *mandamus*, not to tell the ministers how to carry out an environmental review but to tell them that they must conduct such a review as required by the Guidelines Order which they had failed to do up to that point.

Counsel for the applicant in the present case relied in part on the decision in *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*.¹¹ In this case the applicant, Mr. Blackburn, a concerned citizen, sought *mandamus* to require the Metropolitan Police Commissioner to enforce the anti-gambling laws. Because of great uncertainty as to the proper interpretation of those laws, the Commissioner had sent a confidential policy directive to senior officers of the metropolitan police to the effect that surveillance should not be carried out in gambling clubs without special approval and that such surveillance was not justified unless there were complaints of cheating or reason to suppose that a particular club was being frequented by criminals. The result was that big gaming clubs were allowed to carry on without interference by the police. Although this directive was withdrawn before the decision of the Court of Appeal, the Court indicated that it would have interfered by appropriate

Cour d'appel fédérale a infirmé la décision du juge de première instance [[1990] 1 C.F. 248 (1^{re} inst.)] et a accordé un bref de *certiorari* à la requérante [appelante] pour annuler une décision par laquelle le ministre des Transports avait autorisé la province de l'Alberta, en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*⁹, à construire un barrage sur la rivière Oldman. Elle a également accordé un *mandamus* obligeant le ministre des Transports à se conformer au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*¹⁰ pour décider s'il y avait lieu d'accorder cette autorisation. Il convient de noter que le juge de première instance avait expressément présumé, sans trancher cette question, que la requérante, un groupe écologique, avait la qualité pour solliciter un *mandamus*. La Cour d'appel n'a pas expressément abordé la question de la qualité pour agir ni celle de la possibilité d'obtenir un *mandamus* dans ces circonstances. Il est clair, cependant, que la Cour a délivré un *mandamus*, non pas pour dicter aux ministres la manière de procéder à un examen environnemental, mais pour leur dire qu'ils devaient procéder à cet examen comme l'exigeait le Décret, ce qu'ils avaient omis de faire jusqu'alors.

L'avocat de la présente requérante s'est fondé en partie sur l'arrêt *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*¹¹. Dans cette affaire, le requérant, M. Blackburn, un citoyen intéressé, sollicitait un *mandamus* pour contraindre le commissaire de la police métropolitaine à appliquer les lois contre le jeu. À cause d'une profonde incertitude quant à l'interprétation qu'il convenait de donner à ces lois, le commissaire avait envoyé une directive d'orientation confidentielle aux cadres supérieurs de la police métropolitaine dans laquelle il leur demandait de ne pas effectuer de surveillance dans les maisons de jeu sans autorisation spéciale et dans laquelle il précisait que cette surveillance n'était justifiée que si des plaintes de tricherie avaient été portées ou s'il existait des motifs de penser qu'une maison particulière était fréquentée par des criminels. Par conséquent, on a laissé de grosses maisons de jeu se livrer à leurs activités sans intervention policière. Même si cette directive a été retirée

⁹ R.S.C., 1985, c. N-22.

¹⁰ SOR/84-467.

¹¹ [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.).

⁹ L.R.C. (1985), chap. N-22.

¹⁰ DORS/84-467.

¹¹ [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.).

proceedings had the directive not been withdrawn. In particular, Lord Denning, M.R. suggested that if a chief constable were to issue a directive that there were to be no prosecutions for stealing any goods of less than £100 in value, the Court could countermand such a directive because the chief constable would be failing in his duty to enforce the law. It should be noted that what the Court of Appeal said in this case was *obiter dicta* because the gambling club surveillance directive had already been withdrawn. Further, all of the judges expressed doubts that the applicant had standing to obtain *mandamus* and clearly refrained from deciding that issue in his favour. Moreover, in a later decision in the Court of Appeal where Lord Denning, M.R. also presided, *Regina v. Comr. of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 3)*¹² the Court of Appeal refused to issue *mandamus* to the Metropolitan Police Commissioner requiring him to enforce the law against the publication and sale of pornographic material. In this case there was also a policy directive that charges should not be laid in respect of the publication and sale of such material except by express direction of the Director of Public Prosecutions. Certain enforcement action was however being taken by the police, in particular the seizure of material thought to be offensive. The seized material was submitted to the Director of Public Prosecutions for review, then either returned to the owner if thought inoffensive, or retained pursuant to a disclaimer to it granted by the owner. Failing such disclaimer, a forfeiture order might be sought in the courts. In refusing in effect to order by *mandamus* a general policy of prosecutions instead, Lord Denning said:

In *Reg. v. Commissioner of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn* [1968] 2 Q.B. 118, 136, 138, 148-149, we made it clear that, in the carrying out of their duty of enforcing the law, the police have a discretion with which the courts will not interfere. There might, however, be extreme cases in which he was not carrying out his duty. And then we would. I do not

¹² [1973] Q.B. 241 (C.A.).

avant que la Cour d'appel ne rende sa décision, la Cour a déclaré qu'elle serait intervenu en prenant les mesures qui s'imposaient si la directive n'avait pas été retirée. Lord Denning, maître des rôles, a notamment déclaré que si un commissaire de police devait formuler une directive prévoyant l'absence de poursuites dans le cas de vols de biens d'une valeur de moins de 100 livres, le tribunal pourrait annuler cette directive parce que le commissaire de police manquerait ainsi à son obligation d'appliquer la loi. Il y a lieu de noter que les déclarations formulées par la Cour d'appel dans cette affaire n'étaient que des remarques incidentes parce que la directive portant sur la surveillance des maisons de jeu avait déjà été retirée. De surcroît, tous les juges avaient dit qu'ils doutaient que le requérant avait qualité pour obtenir un *mandamus* et ils se sont manifestement abstenus de trancher cette question en sa faveur. De plus, dans une décision ultérieure de la Cour d'appel dans laquelle lord Denning, maître des rôles, agissait également comme président, l'affaire *Regina v. Comr. of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 3)*¹², la Cour d'appel a refusé de délivrer un bref de *mandamus* contre le commissaire de la police métropolitaine pour le contraindre à appliquer la loi contre la publication et la vente de publications pornographiques. Dans cette affaire, il y avait également une directive d'orientation prévoyant qu'aucune accusation ne serait portée à l'égard de la publication et de la vente de telles publications, sauf sur ordre formel du ministère public. Certaines mesures de répression ont toutefois été prises par la police, en particulier la saisie de publications jugées choquantes. Les publications saisies ont été soumises au ministère public pour examen, puis ont été soit rendues à leur propriétaire si elles étaient jugées inoffensives, soit conservées en vertu d'une renonciation accordée par leur propriétaire. Faute de renonciation, une ordonnance de confiscation pouvait être demandée aux tribunaux. Pour refuser d'ordonner par *mandamus* que l'on adopte plutôt une politique générale de poursuite, lord Denning a déclaré:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Reg. v. Commissioner of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn*, [1968] 2 Q.B. 118, aux pages 136, 138, 148 et 149, nous avons bien précisé que, pour s'acquitter de leur obligation d'appliquer la loi, les policiers ont un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice duquel les tribunaux refusent d'intervenir. Il peut se présenter, cependant, des cas

¹² [1973] Q.B. 241 (C.A.).

think this is a case for our interference. In the past the commissioner has done what he could under the existing system and with the available manpower. The new commissioner is doing more. He is increasing the number of the Obscene Publications Squad to 18 and he is reforming it and its administration. No more can reasonably be expected.¹³ [Emphasis added.]

Consistently with these decisions, I believe the present case is not one where the Minister of National Revenue has totally refused or failed to carry out any enforcement of the *Customs Tariff*. Instead, it is his policy and practice to enforce that Act through collections to the extent that it is feasible to do so, given the resources made available to him by Parliament through the funding of staff and facilities. He has also obviously taken into account the impact of different levels of enforcement on U.S. tourist traffic into Canada and the impact on U.S. border areas in respect of lineups for entry into Canada. The law is clear that, if these considerations were completely irrelevant to the proper administration of the Act or if they involved bad faith or improper motives on the part of the Minister and his Department, they might invite some sort of judicial review. But I can see nothing of the sort in the explanations given by the Minister for his policy of not collecting every possible dollar in duty from those visiting the United States for less than twenty-four hours. The point was well put by Lord Denning, M.R., in somewhat Churchillian prose in the second *Blackburn* case as follows:

If the people of this country want pornography to be stamped out, the legislature must amend the Obscene Publications Act 1959 so as to make it strike unmistakably at pornography; and it must define the powers and duties of the police so as to enable them to take effective measures for the purpose. The police may well say to Parliament: "Give us the tools and we will finish the job." But, without efficient tools, they cannot be expected to stamp it out. Mr. Blackburn has served a useful purpose in drawing the matter to our attention: but I do not think it is a case for mandamus. I would, therefore, dismiss the appeal.¹⁴

¹³ *Ibid.*, at p. 254.

¹⁴ *Ibid.*, at p. 254.

a extrêmes où le policier n'a pas accompli son devoir. En pareil cas, nous pourrions intervenir. Je ne crois pas que la présente affaire justifie notre intervention. Par le passé, le commissaire a pris tous les moyens que le régime existant et que la main d'œuvre disponible lui permettaient de prendre. Le nouveau commissaire fait plus. Il augmente les effectifs de l'escouade des publications obscènes à 18 personnes et il en réforme la composition et l'administration. On ne pourrait raisonnablement lui en demander davantage.¹³ [Mots soulignés par mes soins.]

b Conformément à ces décisions, j'estime qu'en l'espèce le ministre du Revenu national n'a pas totalement refusé ou négligé d'appliquer le *Tarif des douanes*. Il a plutôt comme politique et comme c habitude d'appliquer cette Loi en procédant à des recouvrements dans la mesure où cela est faisable, compte tenu des ressources que le Parlement met à sa disposition par le financement de son personnel et de ses installations. Il a aussi manifestement d tenu compte des répercussions que les différents degrés d'application de la loi auraient sur les mouvements de touristes américains venant au Canada et sur les files d'attente aux points d'entrée au Canada. Il est de droit constant que si ces considérations n'ont rien à voir avec l'application régulière e de la Loi ou si elles dénotent de la mauvaise foi ou des motifs illégitimes de la part du ministre et de son Ministère, elles peuvent donner ouverture à un quelconque contrôle judiciaire. Mais je ne décèle f rien de tel dans les explications fournies par le ministre au sujet de la politique consistant à ne pas réclamer systématiquement le paiement de tous les droits des personnes qui séjournent aux États-Unis pour une période de moins de vingt-quatre heures. g La chose a été bien formulée par lord Denning, maître des rôles, dans un style qui rappelle quelque peu celui de Churchill dans le deuxième arrêt *Blackburn*:

h [TRADUCTION] Si les gens de notre pays veulent déraciner la pornographie, le législateur doit modifier la *Obscene Publications Act 1959* pour qu'elle porte manifestement sur la pornographie; et il doit définir les pouvoirs et les fonctions des policiers pour leur permettre de prendre des mesures efficaces à cette fin. Les policiers peuvent bien dire au législateur: «Donnez-nous les outils et nous ferons le travail». Mais, sans outils efficaces, on ne peut s'attendre à ce qu'ils déracinent la pornographie. M. Blackburn a bien fait d'appeler notre attention sur cette question; mais je ne crois pas qu'il y ait lieu d'accorder un mandamus en l'espèce. Je suis par conséquent d'avis de rejeter l'appel.¹⁴

¹³ *Ibid.*, à la p. 254.

¹⁴ *Ibid.*, à la p. 254.

I therefore conclude that the Minister is actively enforcing the *Customs Tariff* and that it is within his discretion as to how this is done. There is nothing to suggest that that discretion is being exercised other than in good faith and for proper motives. The Court cannot direct the Minister by means of *mandamus* as to how he is to conduct enforcement. In the exercise of his discretion the Minister is responsible to the political branches of government and is not answerable to the applicant or the Court.

The application is therefore dismissed.

Je conclus donc que le ministre applique activement le *Tarif des douanes* et que les moyens à prendre pour ce faire relèvent de son pouvoir discrétionnaire. Rien ne permet de conclure qu'il a n'exerce pas ce pouvoir discrétionnaire de bonne foi et pour des motifs légitimes. La Cour ne saurait dicter par voie de *mandamus* au ministre les moyens à prendre pour faire respecter la Loi. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le ministre est responsable devant les organes politiques de l'État et n'a pas de compte à rendre à la requérante ou à la Cour.

La requête est par conséquent rejetée.

A-631-89

A-631-89

**Her Majesty The Queen in Right of Canada
(Appellant) (Respondent)**

v.

Anthony Dennis Diotte (Respondent) (Applicant)

INDEXED AS: DIOTTE v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Stone and MacGuigan
J.J.A.—Ottawa, December 4 and 7, 1990.

Armed forces — Appeal from Trial Division judgment setting aside soldier's release — Soldier alleging lack of procedural fairness, non-compliance with internal procedures — Base commander, colonel, releasing soldier as discredited to C.F. and for disciplinary problems — Trial Division granting relief not asked in notice of motion for certiorari — Necessity for colonel to be joined as party not raised by Crown in Trial Division — Colonel should have been joined as high ranking officer having interest in defending propriety of release — Crown's position that procedural fairness unnecessary as soldier's appointment at pleasure — Colonel joined as party respondent — Appeal allowed — Colonel to be served with amended notice of motion.

Practice — Parties — Joinder — Appeal from Trial Division decision setting aside soldier's dismissal from Canadian Forces — Whether colonel who released soldier should be joined as party respondent in Trial Division proceedings — Necessity for joinder not raised by Crown at trial — High ranking officer having personal interest in defending propriety of decision and authority to make same — Court Rules conferring broad discretion to make amendments for determining real question in controversy and to join any person who should have been joined as party — Discretion exercised in favour of joinder as no injustice to other side — Successful appellant not awarded costs as colonel should have been joined at earlier stage of proceedings.

**STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED**

*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(6).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5(a), 303(1),
1104(1), 1716(2)(b).*

CASES JUDICIALLY CONSIDERED**DISTINGUISHED:**

Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration (1967), 65 D.L.R. (2d) 633; 62 W.W.R. 229 (Man. C.A.).

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (appelante) (intimée)

a c.

Anthony Dennis Diotte (intimé) (requérant)

RÉPERTORIÉ: DIOTTE c. CANADA (C.A.)

b Cour d'appel, juges Heald, Stone et MacGuigan,
J.C.A.—Ottawa, 4 et 7 décembre 1990.

Forces armées — Appel contre le jugement de la Section de première instance qui a annulé la libération du soldat — Le soldat conclut au défaut d'équité procédurale et à l'inobservation des procédures internes — Le colonel commandant la base a libéré le soldat pour avoir discrédité les Forces canadiennes et en raison de problèmes disciplinaires — Le redressement accordé par la Section de première instance n'a pas été demandé dans l'avis de requête en certiorari — La Couronne n'a pas soulevé en première instance la question de la nécessité de constituer le colonel partie à l'instance — Le colonel aurait dû être joint à l'instance en sa qualité d'officier supérieur ayant intérêt à défendre la légitimité de la libération — La Couronne soutient que l'équité procédurale n'était pas nécessaire parce que le soldat occupait son poste à titre amovible — Le colonel joint à l'instance à titre d'intimé — Appel accueilli

e — L'avis de requête modifié sera signifié au colonel.

Pratique — Parties — Jonction — Appel contre le jugement de la Section de première instance qui a annulé la libération du soldat des Forces canadiennes — Il échet d'examiner si le colonel qui a décidé de libérer le soldat devrait être joint à titre de partie intimée en première instance — La Couronne n'a pas soulevé en première instance la question de la nécessité de joindre le colonel à l'instance — Officier supérieur ayant intérêt à défendre la légitimité de la décision qu'il est habilité à rendre — Les Règles de la Cour confèrent un pouvoir discrétionnaire étendu pour rectifier les documents afin de juger le point réellement en litige et de constituer partie une personne qui aurait dû être constituée partie — Le pouvoir discrétionnaire est exercé en faveur de la jonction puisqu'il n'y a pas injustice envers l'autre partie — L'appel est accueilli sans dépens puisque le colonel aurait dû être constitué partie aux premiers stades de la procédure.

h LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(6).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5a), 303(1), 1104(1), 1716(2)(b).*

i JURISPRUDENCE**DISTINCTION FAITE AVEC:**

Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration (1967), 65 D.L.R. (2d) 633; 62 W.W.R. 229 (C.A. Man.).

REVERSED:

Diotte v. Canada (1989), 31 F.T.R. 185 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Northwest Airporter Bus Service Ltd. v. The Queen and Minister of Transport (1978), 23 N.R. 49 (F.C.A.); *Steward v. North Metropolitan Tramways Co.* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Campbell et al. v. Moxness; Co-operative Fire and Casualty Co., Third Party and 3 other actions* (1974), 56 D.L.R. (3d) 137; [1975] 2 W.W.R. 64 (Alta. C.A.) affd. by [1976] 1 S.C.R. v; (1976), 4 A.R. 123; 64 D.L.R. (3d) 766; [1976] 2 W.W.R. 384; 15 N.R. 423; *Scott Maritimes Pulp Limited v. B.F. Goodrich Canada Limited and Day & Ross Limited* (1977), 19 N.S.R. (2d) 181; 72 D.L.R. (3d) 680 (C.A.); *Sperry Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 267; 17 D.L.R. (4th) 236; 55 C.B.R. (N.S.) 68; 8 O.A.C. 79; 4 P.P.S.A.C. 314 (C.A.).

COUNSEL:

Geoffrey S. Lester for appellant (respondent). ^d
Robert Houston for respondent (applicant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for ^e appellant (respondent).
Soloway, Wright, Ottawa, for respondent (applicant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by ^f

STONE J.A.: This appeal is from a judgment of the Trial Division [(1989), 31 F.T.R. 185] rendered on December 20, 1989, whereby a decision releasing the respondent from the Canadian Armed Forces was set aside with costs.

The proceedings before the Trial Division were commenced by an originating notice of motion filed on February 2, 1989, in which the following relief was requested:

... an Order in the nature of Certiorari to question a decision dated November 25, 1987 by the Respondent releasing the Applicant from the Canadian Armed Forces ...

The grounds for the relief sought were that the appellant had failed to accord the respondent procedural fairness and to have complied with other matters of internal procedure in respect of a warn-
ing, counselling or probation.

DÉCISION INFIRMÉE:

Diotte c. Canada (1989), 31 F.T.R. 185 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Northwest Airporter Bus Service Ltd. c. La Reine et Ministre des Transports (1978), 23 N.R. 49 (C.A.F.); *Steward v. North Metropolitan Tramways Co.* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Campbell et al. v. Moxness; Co-operative Fire and Casualty Co., Third Party and 3 other actions* (1974), 56 D.L.R. (3d) 137; [1975] 2 W.W.R. 64 (C.A. Alb.) conf. par [1976] 1 R.C.S. v; (1976), 4 A.R. 123; 64 D.L.R. (3d) 766; [1976] 2 W.W.R. 384; 15 N.R. 423; *Scott Maritimes Pulp Limited v. B.F. Goodrich Canada Limited and Day & Ross Limited* (1977), 19 N.S.R. (2d) 181; 72 D.L.R. (3d) 680 (C.A.); *Sperry Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 267; 17 D.L.R. (4th) 236; 55 C.B.R. (N.S.) 68; 8 O.A.C. 79; 4 P.P.S.A.C. 314 (C.A.).

AVOCATS:

Geoffrey S. Lester pour l'appelante (intimée).
Robert Houston pour l'intimé (requérant).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (intimée).
Soloway, Wright, Ottawa, pour l'intimé (requérant).

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

LE JUGE STONE J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'un jugement de la Section de première instance [(1989), 31 F.T.R. 185] rendu le 20 décembre 1989 par lequel une décision libérant l'intimé des Forces armées canadiennes a été annulée avec dépens.

La procédure devant la Section de première instance a été introduite par avis introductif de requête déposé le 2 février 1989. Le redressement sollicité était le suivant:

[TRADUCTION]

... une ordonnance de certiorari contestant la décision du 25 novembre 1987 rendue par l'intimée libérant le requérant des Forces armées canadiennes ...

Le redressement sollicité était motivé par le fait que l'appelante n'avait pas fait preuve d'équité procédurale à l'endroit de l'intimé et ne s'était pas conformée à d'autres éléments de procédure interne concernant un avertissement, la mise en garde ou la surveillance.

The respondent served in the Canadian Armed Forces from September 30, 1980 to November 25, 1987. At the time of his release he held the rank of corporal and was stationed at the Canadian Forces Base in Baden-Soellingen in the Federal Republic of Germany.

The release came about in this way. By a memorandum dated October 9, 1987, prepared by Captain J. C. Lawrence, a recommendation was made that the respondent "be compulsorily released" from the Canadian Armed Forces pursuant to Item 5(f) in the table referred to in Article 15.01(01) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*.¹ Captain Lawrence expressed the view that the respondent's conduct "has been a discredit to the C.F. and he has been an administrative burden to the unit due to administrative and disciplinary problems". This recommendation was reviewed and considered by Colonel K. J. Noonan who, in turn, prepared a memorandum of October 22, 1987, to the Base Commander, Colonel A. M. DeQuetteville, recommending the respondent's release.

Colonel DeQuetteville acted upon these recommendations on November 6, 1987. His decision is contained in his memorandum of that date, the principal features of which read:

1. I concur with the recommendations submitted in ref A.

2. It is clearly evident that Cpl Diotte has a total disregard for the regulations and orders that govern the Canadian Armed Forces. His performance and attitude have deteriorated to a point where he can no longer be considered salvageable as a

¹ Chapter 15 of the QR & O pertains to the subject of "Release". It is divided into several sections. Article 15.01(01) which appears under Section 1 provides that: "An officer or man may be released, during his service, only in accordance with this article and table hereto". Item 5(f) of the Table provides as a reason for a release that a member is "Unsuitable for Further Service" and contains the special instruction that it is to apply to "a non-commissioned member who, either wholly or chiefly because of factors within his control, develops personal weaknesses or has domestic or other personal problems that seriously impair his usefulness to or impose an excessive administrative burden on the Canadian Forces". The "factors" referred to are further elucidated in Modification 13/87 to the QR & O. By article 15.01(5)(d), when a man is released under item 5(f) the notation on his record of service is to be: "Honourably Released".

L'intimé a fait partie des Forces armées canadiennes du 30 septembre 1980 au 25 novembre 1987. Au moment de sa libération, il était en garnison à la Base des Forces armées canadiennes de Baden-Soellingen, en République fédérale d'Allemagne. Il avait le rang de caporal.

Voici comment la libération s'est produite. Une note de service datée du 9 octobre 1987 et préparée par le capitaine J. C. Lawrence recommandait la «libération obligatoire» de l'intimé des Forces armées canadiennes en vertu du numéro 5(f) du tableau visé à l'article 15.01(01) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*.¹ Selon le capitaine Lawrence, le comportement de l'intimé [TRADUCTION] «a discrédité les Forces canadiennes et a été un fardeau administratif pour l'unité en raison de problèmes administratifs et disciplinaires». Cette recommandation a été examinée et étudiée par le colonel K. J. Noonan qui, à son tour, a préparé une note de service le 22 octobre 1987 à l'intention du commandant de la base, le colonel A. M. DeQuetteville, recommandant la libération de l'intimé.

Le colonel DeQuetteville a donné suite à ces recommandations le 6 novembre 1987. Sa décision, contenue dans sa note de service de cette date, présente les aspects principaux suivants:

[TRADUCTION]

1. Je souscris aux recommandations formulées dans le document A.

2. Il est on ne peut plus évident que le caporal Diotte manifeste une insouciance totale à l'égard des règlements et ordonnances qui régissent les Forces armées canadiennes. Son rendement et son attitude se sont détériorés à tel point qu'il ne peut plus être

¹ Le chapitre 15 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* porte sur la «libération». Il est divisé en plusieurs sections. L'article 15.01(01) qui se trouve dans la section 1 prévoit: «Un officier ou homme ne peut être libéré au cours de son service militaire qu'en conformité du présent article et du tableau s'y rapportant.» Le numéro 5(f) du tableau prévoit comme motif de libération qu'un membre est «inapte à continuer son service militaire» et contient l'instruction spéciale qui doit s'appliquer à «un membre sans brevet d'officier qui, soit entièrement soit principalement à cause de facteurs en son pouvoir, manifeste des faiblesses personnelles ou un comportement, ou a des problèmes de famille ou personnels qui compromettent grandement son utilité ou imposent un fardeau excessif à l'administration des Forces canadiennes». Les «facteurs» visés sont en outre précisés dans la modification 13/87 aux ORFC. Selon l'article 15.01(5)(d), lorsqu'un homme est libéré en vertu du numéro 5(f), on inscrit sur son état de service la mention «libéré honorablement».

member of the Canadian Armed Forces. The absence of formal action to place the member on recorded warning and counselling and probation is acknowledged but considered understandable in these circumstances. The ample time spent by senior staff members in personally counselling Cpl Diotte is felt to more than compensate for the formal counselling requirement.

3. In view of the above, the BP Adm O is directed to take the necessary action to administratively release Cpl Diotte under QR & O 15.01 item 5(F).

The jurisdiction of the Trial Division to grant the relief requested was put in issue and was resolved in favour of the respondent by the learned Motions Judge. He found that jurisdiction existed under subsection 17(6) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]:

17. ...

(6) The Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

At an early stage of the hearing in this Court a question was raised as to the need for Colonel DeQuetteville to have been joined as a party in the proceedings. Counsel for the appellant submits that the relief granted by the judgment of the Trial Division, *viz.*, "the decision of Colonel A. M. DeQuetteville made the 25th day of November 1987 discharging the applicant from the Canadian Armed Forces be set aside;" was not, in point of fact, requested in the notice of motion. That is plainly so. He submits that Colonel DeQuetteville ought to have been joined, and that *certiorari* cannot lie against the Crown. It does seem evident that the decision to release was in fact made by Colonel DeQuetteville on November 6, 1987. Between that date and the release on November 25, 1987, the necessary administrative paperwork had obviously to be attended to pursuant to the direction contained in paragraph 3 of Colonel DeQuetteville's decision. That the respondent desired to attack that decision is clear from paragraph 22 of his affidavit sworn in support of the application. He there states that "I have intended to have the decision to release me from the Armed Forces reversed and to be reinstated in the Armed Forces".

considéré comme récupérable en tant que membre des Forces armées canadiennes. Il est reconnu qu'aucune mesure officielle n'a été prise pour que le membre fasse l'objet d'un avertissement écrit, d'une mise en garde et d'une surveillance, mais dans les circonstances, cela se comprend. J'estime que le temps considérable que les officiers supérieurs ont consacré à la mise en garde personnelle du caporal Diotte compense plus que suffisamment les exigences d'une mise en garde formaliste.

3. Cela étant, il est ordonné à l'officier d'administration du personnel de la Base de prendre les mesures administratives nécessaires pour libérer le caporal Diotte conformément au numéro 5(f) de l'article 15.01 des ORFC.

La question de la compétence de la Section de première instance pour accorder le redressement sollicité a été soulevée et tranchée en faveur de l'intimé par le juge des requêtes. Il a statué que la compétence découle du paragraphe 17(6) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]:

17. ...

(6) La Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger: bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

Au début de l'audience tenue devant la présente Cour, la question a été soulevée de savoir s'il était nécessaire de constituer le colonel DeQuetteville partie à l'instance. L'avocat de l'appelante prétend que le redressement accordé par le jugement de la Section de première instance, à savoir «la décision du colonel A. M. DeQuetteville rendue le 25 novembre 1987 libérant l'appelant des Forces armées canadiennes est annulée;» n'avait pas, en réalité, été demandée dans l'avis de requête. Cela est tout à fait vrai. Il prétend également que le colonel DeQuetteville aurait dû être constitué partie et qu'on ne peut décerner un bref de *certiorari* à l'endroit de la Couronne. Il paraît évident que la décision prescrivant la libération a été effectivement prise par le colonel DeQuetteville le 6 novembre 1987. Entre cette date et la libération survenue le 25 novembre 1987, il fallait évidemment s'occuper de la paperasse administrative nécessaire conformément à la directive contenue au paragraphe 3 de la décision du colonel DeQuetteville. Il ressort manifestement du paragraphe 22 de l'affidavit souscrit à l'appui de la demande que l'intimé désirait attaquer la décision. Il y déclare que [TRADUCTION] «mon intention a été de faire infirmer la décision de me libérer des Forces armées et de me faire réintégrer dans les Forces armées».

Counsel for the respondent submits that there is no need to join Colonel DeQuetteville as a party. The dispute, he says, is between the respondent and the state and that what is important is that the issues be placed before the Court by him and by someone able to speak responsibly for the state. In support, he cites views expressed in *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633 (Man. C.A.), at pages 638-639. The relief in that case was sought in an action and, in any event, the action did not, as here, involve an attack upon a decision of a military officer to dismiss a member of the Canadian Armed Forces. Counsel asks, in the event we should conclude that Colonel DeQuetteville's presence as a party respondent is required, that we join him as such and that we then proceed to determine the appeal on the merits. He informed us at the hearing that the alleged necessity of joining Colonel DeQuetteville was not raised by the appellant in the proceedings below.

In the circumstances of this case, Colonel DeQuetteville should have been joined in the attack on the decision to release the respondent from the Canadian Armed Forces. He held the required rank and position at the time the decision was made. As a high ranking career officer in the Canadian Armed Forces he has also a personal interest in defending the propriety of the procedure he adopted in deciding to release the respondent. The latter has gone so far as to have addressed a letter dated March 14, 1988, to National Defence Headquarters in which he states, rightly or wrongly, that it "came as no surprise to me" that Colonel DeQuetteville had denied both him and his assisting officer the right to dispute the case made against him and to offer his own evidence before the decision to release was made.² The implication is unmistakable. Colonel DeQuetteville is entitled to an opportunity to defend the propriety of his decision and his authority to make that decision in the manner it was made having regard to the fact that, at the time it

L'avocat de l'intimé prétend qu'il n'est pas nécessaire de constituer partie à l'instance le colonel DeQuetteville. Le litige, dit-il, oppose l'intimé à l'État et ce qui importe est que la Cour soit saisie des questions en litige par lui et par quelqu'un d'autre capable de représenter l'État de façon responsable. À cet égard, il invoque les opinions exprimées dans *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633 (C.A. Man.), aux pages 638 et 639. Dans cet arrêt, le redressement était sollicité dans une action et, de toute façon, l'action n'attaquait pas, comme ici, la décision d'un officier de l'armée de libérer un membre des Forces armées canadiennes. L'avocat propose, dans le cas où nous statuerions que la présence du colonel DeQuetteville est nécessaire à titre de partie intimée, que nous le constituions partie à ce titre et qu'ensuite nous tranchions l'appel au fond. Il nous a informés au cours de l'audience que la nécessité présumée de constituer partie à l'instance le colonel DeQuetteville n'avait pas été soulevée par l'appellant devant la Section de première instance.

Dans les circonstances de l'espèce, le colonel DeQuetteville aurait dû être constitué partie à l'action attaquant la décision de libérer l'intimé des Forces armées canadiennes. Il occupait un rang et un poste requis au moment où la décision a été prise. En tant qu'officier de carrière supérieur dans les Forces armées canadiennes, il a également un intérêt personnel à défendre la légitimité de la procédure qu'il a adoptée en décidant de libérer l'intimé. Ce dernier a même adressé une lettre datée du 14 mars 1988 au Quartier général de la Défense nationale dans laquelle il déclare, à tort ou à raison, qu'il [TRADUCTION] «n'était pas surpris» que le colonel DeQuetteville ait refusé à lui et à son officier adjoint le droit de contester ce qui lui était reproché et de présenter sa propre preuve avant que la décision de le libérer ne fût prise². L'implication d'une telle déclaration est indubitable. Le colonel DeQuetteville est en droit d'avoir l'occasion de défendre la légitimité de sa décision et de son pouvoir de prendre cette décision de la manière qu'elle a été prise, compte tenu du fait

² Respondent's affidavit sworn December 13, 1988, Appeal Book, Vol. 1, at pp. 11, 112.

² Voir l'affidavit de l'intimé, souscrit le 13 décembre 1988, Dossier d'appel, volume 1, aux p. 11 et 112.

was made, the respondent was a member of the Canadian Armed Forces.³

Colonel DeQuetteville may or may not wish to instruct counsel or to make submissions. That is for him to decide. Again, he may or may not wish to associate himself with the principal position taken by the appellant, namely, that there was no necessity to accord procedural fairness because the respondent held an appointment at pleasure. It would be wrong, counsel submits, for a civil court to interfere in the matter because there was a lack of jurisdiction to do so and, assuming jurisdiction did exist, that it should not have been exercised in favour of the respondent because the manner in which a decision to release an individual from the Canadian Armed Forces is arrived at is best left to military authorities as a matter of Crown prerogative over those Forces. It would not be proper for us to comment on this position in the absence of the decision-maker, Colonel DeQuetteville.

We have next to determine whether, at this stage of the proceedings, the Court may add Colonel DeQuetteville as a party respondent. The Rules of the Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] confer a fairly broad discretion to make amendments for “the purpose of determining the real question in controversy, or of correcting any defect or error” (Rule 303(1)), or “for the purpose of determining the appeal or other proceedings, or the real question in controversy between the parties as disclosed by the pleadings, evidence or proceedings” (Rule 1104(1)), and to join any person “who ought to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the action may be effectually and completely determined and adjudicated upon” (Rule 1716(2)(b)).⁴ I am satisfied the discretion conferred is ample enough to

³ During the course of his submission, counsel for the appellant informed the Court that he had been able to reach Colonel DeQuetteville by telephone but could not secure instructions in the matter.

⁴ While Rule 1716(2)(b) pertains to an “action” which, by definition, does not include “an application or an originating motion” (Rule 2(1)), Rule 5(a) does empower the Court to determine a matter of practice and procedure not otherwise provided for “by analogy . . . to the other provisions of these Rules”.

qu’au moment où elle a été prise, l’intimé était membre des Forces armées canadiennes³.

Le colonel DeQuetteville peut ou non vouloir donner des instructions à l’avocat ou faire des observations. C’est à lui de décider. À nouveau, il peut ou non désirer s’associer avec la position principale adoptée par l’appelante, à savoir qu’il n’était pas nécessaire de faire preuve d’équité procédurale parce que l’intimé occupait un poste à titre amovible. L’avocat prétend qu’un tribunal civil aurait tort d’intervenir en la matière parce qu’il n’a pas la compétence pour le faire et, en supposant qu’il a la compétence, que celle-ci n’aurait pas dû être exercée en faveur de l’intimé parce qu’il vaut mieux laisser aux autorités militaires, en raison de la prérogative de la Couronne à l’égard des Forces, la responsabilité de décider de la libération d’un membre des Forces armées canadiennes. Il serait malséant que nous fassions des observations à cet égard en l’absence de la personne qui a pris la décision, en l’occurrence le colonel DeQuetteville.

Nous devons ensuite décider, à ce stade de la procédure, si la Cour peut constituer partie intimée le colonel DeQuetteville. Les Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] confèrent à la Cour un pouvoir discrétionnaire assez étendu pour rectifier des documents «afin de déterminer quel est réellement le point en litige, ou de corriger un défaut ou une erreur» (Règle 303(1)), ou «pour permettre de juger l’appel ou autre procédure, ou le point réellement en litige entre les parties, ainsi que le révèlent les plaidoiries, la preuve ou les procédures» (Règle 1104(1)), et de constituer partie une personne «qui aurait dû être constituée partie ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer qu’on pourra valablement et complètement juger toutes les questions en litige dans l’action et statuer sur elles» (Règle 1716(2)(b)).⁴ Je suis convaincu que le pouvoir discrétionnaire conféré est suffisamment

³ Pendant sa plaidoirie, l’avocat de l’appelante a informé la Cour qu’il avait pu communiquer avec le colonel DeQuetteville par téléphone, mais qu’il n’avait pas pu obtenir d’instructions concernant cette affaire.

⁴ Même si la Règle 1716(2)(b) porte sur une «action» qui, par définition, ne comprend pas «une demande ou une requête introductive d’instance» (Règle 2(1)), la Règle 5(a) habilite la Cour à déterminer une question de pratique et de procédure non autrement visée «par analogie . . . avec les autres dispositions des présentes règles».

enable the joinder of Colonel DeQuetteville at this stage of the proceedings.

Should this discretion be exercised in favour of the joinder? I think it should. The test as applied in this Court would appear to be whether a particular amendment can be made at this stage "without injustice to the other side".⁵ No injustice, in my view, would befall the appellant by adding Colonel DeQuetteville as a party respondent so that the Court may determine the real question in controversy. I would, therefore, join Colonel A. M. DeQuetteville as a party respondent in the Trial Division proceedings and would amend the style of cause accordingly.

I also agree that the notice of motion should be further amended so that, at the end of the day, the Trial Division will be enabled, if it should so decide, to set aside the decision of November 6, 1987, the release of November 25, 1987 and the certifying document of service which was issued to the respondent on December 9, 1987 and which states that he was honourably released from the Canadian Armed Forces on November 25, 1987.

The appellant seeks her costs throughout. That is a matter for the Court's discretion. Unfortunately, the existence of the important technical obstacle discussed above now stands in the way of the Court disposing of the appeal on the merits, which were fully argued. The appellant contends that the obstacle was of the respondent's own making by failing to join Colonel DeQuetteville, but I think that is only partially so. It is apparent that the propriety of the appellant being joined was raised by her counsel in the Trial Division. However, at no time did he suggest, as present counsel does, that Colonel DeQuetteville should have been joined at that time as a party respondent. There

⁵ *Northwest Airporter Bus Service Ltd. v. The Queen and Minister of Transport* (1978), 23 N.R. 49 (F.C.A.), per Urie J. quoting Lord Esher M.R. in *Steward v. North Metropolitan Tramways Co.* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), at p. 558. And see also *Campbell et al. v. Moxness; Co-operative Fire and Casualty Co., Third Party and 3 other actions* (1974), 56 D.L.R. (3d) 137 (Alta. C.A.) (aff'd. by the Supreme Court of Canada, [1976] 1 S.C.R. v); *Scott Maritimes Pulp Limited v. B.F. Goodrich Canada Limited and Day & Ross Limited* (1977), 19 N.S.R. (2d) 181 (C.A.); and *Sperry Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 267 (C.A.).

étendu pour permettre à cette étape de la procédure de constituer partie le colonel DeQuetteville.

Ce pouvoir discrétionnaire doit-il être exercé en faveur de la jonction? Je pense que oui. Le critère retenu par la présente Cour paraît être de savoir si un amendement en particulier peut être fait à ce stade «sans injustice envers l'autre partie»⁵. À mon avis, l'appelante ne subira aucune injustice si le colonel DeQuetteville est constitué partie intimée pour que la Cour puisse déterminer quel est réellement le point en litige. Je constituerais par conséquent le colonel A. M. DeQuetteville partie intimée en l'instance devant la Section de première instance et modifierais l'intitulé de la cause en conséquence.

Je reconnais également que l'avis de requête doit en outre être modifié de façon qu'en dernière analyse, la Section de première instance puisse, si telle est sa décision, annuler la décision du 6 novembre 1987, la libération du 25 novembre 1987 et le document attestant l'état de service qui a été délivré à l'intimé le 9 décembre 1987 et qui mentionne qu'il a été libéré honorablement des Forces armées canadiennes le 25 novembre 1987.

L'appelante réclame les dépens en entier. C'est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Malheureusement, l'existence de l'obstacle technique important examiné précédemment empêche la Cour de trancher l'appel au fond, qui a été pleinement débattu. L'appelante soutient que l'obstacle a été causé par l'intimé qui a omis de constituer partie le colonel DeQuetteville, mais je pense que cela n'est que partiellement vrai. Il est évident que la question de savoir si l'appelante devrait être constituée partie a été soulevée par son avocat devant la Section de première instance. Mais il n'a jamais affirmé, comme le fait l'avocat actuel, que le colonel DeQuetteville aurait dû être

⁵ Le juge Urie dans *Northwest Airporter Bus Service Ltd. c. La Reine et Ministre des Transports* (1978), 23 N.R. 49 (C.A.F.), citant le maître des rôles lord Esher dans *Steward v. North Metropolitan Tramways Co.* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), à la p. 558. Voir également *Campbell et al. v. Moxness; Co-operative Fire and Casualty Co., Third Party and 3 other actions* (1974), 56 D.L.R. (3d) 137 (C.A. Alb.) (conf. par la Cour suprême du Canada, [1976] 1 R.C.S. v); *Scott Maritimes Pulp Limited v. B.F. Goodrich Canada Limited and Day & Ross Limited* (1977), 19 N.S.R. (2d) 181 (C.A.); et *Sperry Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 267 (C.A.).

was, of course, no obligation upon counsel to do so. Even so, it is regrettable that the stance so well defined and so fully and clearly stated before us was apparently not taken in the Court below. Had that been done, it is probable that Colonel DeQuetteville would have been joined at that early stage and, accordingly, that the costs of the proceedings both here and in the Trial Division would have been avoided. In these circumstances, I would make no order as to costs.

I would allow the appeal without costs and would (a) set aside the judgment of the Trial Division rendered December 20, 1989, (b) order that the style of cause in the originating notice of motion herein be amended by adding the name of Colonel A. M. DeQuetteville as a party respondent, (c) order that the notice of motion be further amended by deleting therefrom the eighth, ninth and tenth lines thereof and by substituting the following therefor:

... to question a decision dated November 6, 1987 made by the Respondent DeQuetteville releasing the Applicant from the Canadian Armed Forces and to further question the Applicant's release of November 25, 1987 and the Certificate of Service dated December 9, 1987, which is requested on the following grounds:

and (d) order that the respondent Diotte serve Colonel DeQuetteville in accordance with the Rules of Court with the notice of motion as so amended.

HEALD J.A.: I concur.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

constitué partie intimée à ce moment-là. Évidemment, l'avocat n'avait aucune obligation de le faire. Qu'à cela ne tienne, il est regrettable que la position si bien définie et si pleinement et clairement énoncée devant nous n'ait apparemment pas été prise devant la Section de première instance. Si cela avait été fait, il est probable que le colonel DeQuetteville aurait été constitué partie à cette étape moins avancée et que, par conséquent, les dépens de l'instance, tant ici que dans la Section de première instance, auraient été évités. Dans les circonstances, je ne rendrai aucune ordonnance quant aux dépens.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel sans dépens et a) d'annuler le jugement de la Section de première instance rendu le 20 décembre 1989, b) d'ordonner que l'intitulé de la cause dans l'avis introductif de requête soit modifié par adjonction du nom du colonel A. M. DeQuetteville à titre de partie intimée, c) d'ordonner que l'avis de requête soit en outre modifié par le remplacement des huitième, neuvième et dixième lignes par ce qui suit:

[TRANSDUCTION]

... contester une décision datée du 6 novembre 1987, rendue par l'intimé DeQuetteville libérant le requérant des Forces armées canadiennes et contester en outre la libération du requérant en date du 25 novembre 1987 et l'état de service en date du 9 décembre 1987 qui est exigé pour les motifs suivants:

et d) d'ordonner que l'intimé Diotte signifie au colonel DeQuetteville, conformément aux Règles de la Cour, l'avis de requête modifié.

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

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

T-1064-90

T-1064-90

Donald P. Gracey and Coldham-Gracey Management and Communications Inc. (Plaintiffs)

Donald P. Gracey et Coldham-Gracey Management and Communications Inc. (demandeurs)

v.

a c.

Canadian Broadcasting Corporation, an Agent of Her Majesty The Queen, Patricia Best, Donna Tranquada and Ken Wolff (Defendants)

Société Radio-Canada, mandataire de Sa Majesté la Reine, Patricia Best, Donna Tranquada et Ken Wolff (défendeurs)

INDEXED AS: GRACEY v. CANADIAN BROADCASTING CORP. (T.D.)

b RÉPERTORIÉ: GRACEY c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, Rouleau J.—Toronto, October 24; Ottawa, December 19, 1990.

Section de première instance, juge Rouleau—Toronto, 24 octobre; Ottawa, 19 décembre 1990.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Libel and slander action against CBC, employees — Requirements for Federal Court jurisdiction set by Supreme Court in ITO case not met — That claim against CBC insufficient to confer jurisdiction on Federal Court, unless remedy contemplated by Broadcasting Act or Crown Liability Act — Proper definition of "existing and applicable federal law" at issue — Action not founded on federal law, therefore cannot be tried in Federal Court — Libel and slander common law tort not within Parliament's legislative competence, accordingly within provincial superior court jurisdiction.

c *Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Action en diffamation contre la Société Radio-Canada et certains de ses employés — Les conditions énoncées par la Cour suprême dans l'affaire ITO en ce qui concerne la compétence de la Cour fédérale ne sont pas remplies — Le fait que l'action est intentée contre Radio-Canada ne suffit pas pour conférer la compétence voulue à la Cour fédérale, à moins que le recours ne soit prévu par la Loi sur la radiodiffusion ou par la Loi sur la responsabilité de l'État — La question litigieuse porte sur la définition de l'expression «existence d'une législation fédérale applicable» — L'action n'est pas fondée sur le droit fédéral, de sorte qu'elle ne peut pas être instruite par la Cour fédérale — Le délit de diffamation prévu par la common law ne relève pas de la compétence législative du législateur fédéral, et relève donc de la compétence des cours supérieures des provinces.*

Crown — Torts — Libel and slander — Action against CBC, employees for allegedly malicious, defamatory statements broadcast — Motion by defendants seeking order striking statement of claim under R. 419(1)(a) — Broadcasting Act not specifically contemplating Federal Court jurisdiction over libel and slander suit — Since libel and slander not within Parliament's legislative competence, Court lacking jurisdiction herein.

d *Couronne — Responsabilité délictuelle — Diffamation — Action contre la Société Radio-Canada et certains de ses employés par suite de la diffusion de déclarations apparemment malveillantes et diffamatoires — Requête présentée par les défendeurs en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant la déclaration en vertu de la Règle 419(1)a) — La Loi sur la radiodiffusion ne confère pas expressément la compétence à la Cour fédérale dans les cas d'actions en diffamation — Étant donné que la diffamation ne relève pas de la compétence législative du législateur fédéral, la Cour n'a pas de compétence en l'espèce.*

Broadcasting — Libel and slander action against CBC, employees for allegedly malicious, defamatory statements broadcast — Broadcasting Act not contemplating Federal Court jurisdiction over such cases — Libel and slander outside legislative competence of Parliament — Matter for provincial superior Courts.

e *Radiodiffusion — Action en diffamation contre la Société Radio-Canada et certains de ses employés par suite de la diffusion de déclarations apparemment malveillantes et diffamatoires — La Loi sur la radiodiffusion ne prévoit pas que la Cour fédérale est compétente en pareil cas — La diffamation ne relève pas de la compétence législative du législateur fédéral — L'affaire relève des cours supérieures des provinces.*

Both motions relate to a libel and slander action brought by the plaintiffs against the Canadian Broadcasting Corporation and certain of its employees who made allegedly malicious, false and defamatory statements, on CBC's "The Morning Show", concerning RCMP searches of plaintiffs' offices. The plaintiffs say that the statements contained inferences and innuendos with respect to certain business activities conducted by them. Defendants' motion seeks an order striking out the statement of claim on the grounds that it discloses no reasonable cause of action and that the Court lacks jurisdiction. The plaintiffs' motion sought an order adding the Crown as a party

f *Les deux requêtes portent sur une action en diffamation intentée par les demandeurs contre la Société Radio-Canada et contre certains de ses employés qui ont apparemment fait des déclarations malveillantes, fausses et diffamatoires, pendant l'émission «The Morning Show», au sujet de perquisitions effectuées par la GRC dans les bureaux des demandeurs. Les demandeurs disent que les déclarations contenaient des suppositions et des insinuations au sujet de certaines activités commerciales auxquelles ils se livraient. La requête des défendeurs vise à l'obtention d'une ordonnance radiant la déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action et que*

defendant. The main issue is whether the Court has jurisdiction to entertain this action. The plaintiffs argued that the federal *Broadcasting Act*, which establishes the Canadian Broadcasting Corporation, is sufficient federal law upon which to base a libel and slander suit in this Court and that without it, there could be no libel and slander because the CBC derives its mandate from that federal legislation.

Held, defendants' motion to strike for want of jurisdiction should be granted; plaintiffs' motion should be denied.

Jurisdiction in respect of proceedings by or against the Federal Crown is largely governed by the *Federal Court Act*, section 17 which provides that the Federal Court has jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown and that, subject to certain exceptions, this jurisdiction is exclusive, and section 23 which contemplates jurisdiction in the Federal Court in certain proceedings between citizens subject to a number of pre-conditions. Section 101 of the *Constitution Act, 1867* enables the Federal Parliament to establish courts "for the better Administration of the Laws of Canada". The extent of Federal Court jurisdiction was determined by the Supreme Court case, *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.* which established three requirements for jurisdiction to exist.

(1) There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament. The Federal Court is not a court of general jurisdiction in all federal matters: its jurisdiction must be founded in the specific language used by Parliament in the conferring legislation. Subsections 17(1) to (3) of the *Federal Court Act* apply to cases where relief is sought against the Crown. The fact that the plaintiffs' claim is brought against the CBC, a national broadcasting institution and a federal Crown corporation, is not sufficient to confer jurisdiction on this Court unless the remedy sought is contemplated by the *Broadcasting Act* or the *Crown Liability Act*. There is nothing in the *Broadcasting Act* which specifically contemplates Federal Court jurisdiction over a libel and slander suit. Although subsection 15(2) of the *Crown Liability Act* was capable of an interpretation which would confer jurisdiction on the Federal Court to try this matter, that issue did not have to be decided in the case at bar. For even if it conferred a general assignment of jurisdiction, the second of the *ITO* requirements still had to be satisfied.

(2) There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction. In *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.* and *McNamara Construction (Western) Ltd et al. v. The Queen*, the Supreme Court held that there must be existing and applicable federal law upon which the jurisdiction of the Federal Court can be exercised. The distinction between claims considered to be founded on federal law and those which are not lies in the source of the right alleged to be infringed. The plaintiffs' action against the Canadian Broadcasting Corporation and the other

la Cour n'a pas compétence. La requête des demandeurs vise à l'obtention d'une ordonnance en vue de constituer la Couronne partie défenderesse. Il s'agit principalement de savoir si la Cour a compétence pour connaître de l'action. Les demandeurs soutiennent que la *Loi sur la radiodiffusion*, qui crée Radio-Canada, est une loi fédérale suffisante pour fonder une action en diffamation devant la Cour et que sans elle, il n'y aurait pas de diffamation parce que Radio-Canada tire son mandat de cette Loi fédérale.

Jugement: la requête présentée par les défendeurs en vue de faire radier la déclaration pour défaut de compétence devrait être accordée; la requête des demandeurs devrait être rejetée.

La compétence à l'égard de poursuites intentées par ou contre la Couronne fédérale est dans une large mesure régie par l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui prévoit que la Cour fédérale connaît de tous les cas de demande de réparation contre la Couronne et que, sous réserve de certaines exceptions, cette compétence est exclusive, et par l'article 23, qui prévoit que la Cour fédérale a compétence dans certains litiges opposant des citoyens, sous réserve de plusieurs conditions préalables. L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilite le législateur fédéral à établir des tribunaux «pour la meilleure exécution des lois du Canada». L'étendue de la compétence de la Cour fédérale a été déterminée par la Cour suprême dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, dans lequel trois conditions ont été énoncées pour établir la compétence.

(1) Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du législateur fédéral. La Cour fédérale n'est pas un tribunal doté d'une compétence générale dans tous les domaines fédéraux: sa compétence doit être fondée sur le libellé des dispositions habilitantes adoptées par le législateur fédéral. Les paragraphes 17(1) à (3) de la *Loi sur la Cour fédérale* s'appliquent à tous les cas où une réparation est demandée contre la Couronne. Le fait que les demandeurs ont intenté une action contre Radio-Canada, qui est un organisme national de radiodiffusion et une société d'État fédérale, ne suffit pas pour donner compétence à la Cour à moins que le recours exercé ne soit prévu par la *Loi sur la radiodiffusion* ou par la *Loi sur la responsabilité de l'État*. La *Loi sur la radiodiffusion* ne contient aucune disposition qui confère expressément à la Cour fédérale la compétence dans les cas de diffamation. Le paragraphe 15(2) de la *Loi sur la responsabilité de l'État* peut être interprété de manière à autoriser la Cour fédérale à instruire l'affaire, mais il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce. En effet, même si cette Loi conférerait une compétence générale, la deuxième condition établie dans l'affaire *ITO* devrait être remplie.

(2) Pour que l'affaire puisse être instruite, il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. Dans les affaires *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée* et *McNamara Construction (Western) Ltée. et autre c. La Reine*, la Cour suprême a jugé qu'il doit exister une législation fédérale applicable sur laquelle la compétence de la Cour fédérale peut être fondée. La distinction entre les poursuites qui sont considérées comme étant fondées sur la législation fédérale et celles qui ne le sont pas dépend de la source du droit qui aurait été violé. L'action que les demandeurs ont intentée contre Radio-Canada

defendants named cannot be tried in this Court because such a suit is not founded on federal law.

(3) The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*. Libel and slander is a common law tort over which Parliament has no legislative competence and accordingly the matter falls under provincial superior court jurisdiction.

Since the Court lacks jurisdiction to entertain these proceedings, the defendants' motion to strike out the statement of claim under Rule 419 could not be granted. In any event, defendants had not established that it was plain and obvious that no cause of action exists. Plaintiffs' motion to add the Crown as a party defendant had to be denied since it is a pre-condition to the adding of parties that the Federal Court have jurisdiction over the action as between the party to be joined and the opposite party.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Broadcasting Act, R.S.C., 1985, c. B-9, s. 31(4).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] s. 101.
Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 2, 3, 15(1), (2), 21(2), 36(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17, 23.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419(1)(a), 1716.
Libel and Slander Act, R.S.O., c. 237.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al., [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471; *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Rasmussen v. Breau*, [1986] 2 F.C. 500; (1986), 30 D.L.R. (4th) 399; 68 N.R. 379 (C.A.).

APPLIED:

Bassett v. Canadian Broadcasting Corp. (1980), 30 O.R. (2d) 140; 116 D.L.R. (3d) 332; 17 C.P.C. 254 (H.C.); *Airport Taxicab (Malton) Association v. Canada (Minister of Transport) et al.* (1986), 7 F.T.R. 105 (F.C.T.D.); *Forde et al. v. Waste Not Wanted Inc. et al.* (1984), D.R.S. 55-027 (F.C.T.D.); *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1980] 1 F.C. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14

et les autres défendeurs désignés ne peut pas être instruite par la Cour parce que pareille poursuite n'est pas fondée sur la législation fédérale.

(3) La loi sur laquelle l'affaire est fondée doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est utilisée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La diffamation est un délit de common law sur lequel le législateur fédéral n'a pas compétence législative et par conséquent, l'affaire relève de la compétence des cours supérieures des provinces.

Étant donné que la Cour n'a pas compétence pour connaître de ces procédures, la requête présentée par les défendeurs en vue de la radiation de la déclaration en vertu de la Règle 419 ne peut pas être accueillie. De toute façon, les défendeurs n'ont pas établi qu'il est évident et certain qu'aucune cause d'action n'existe. La requête présentée par les demandeurs en vue de faire constituer la Couronne partie défenderesse doit être rejetée étant donné que pour ce faire, il faut que la Cour fédérale ait compétence sur l'action entre la partie devant être constituée et la partie adverse.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, article 1) [L.R.C. (1985), annexe II, n° 5], art. 101.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17, 23.
Loi sur la diffamation, L.R.O., chap. 237.
Loi sur la radiodiffusion, L.R.C. (1985), chap. B-9, art. 31(4).
Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), chap. C-50, art. 2, 3, 15(1), (2), 21(2), 36(1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 419(1)a, 1716.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471; *McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Rasmussen c. Breau*, [1986] 2 C.F. 500; (1986), 30 D.L.R. (4th) 399; 68 N.R. 379 (C.A.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Bassett v. Canadian Broadcasting Corp. (1980), 30 O.R. (2d) 140; 116 D.L.R. (3d) 332; 17 C.P.C. 254 (H.C.); *Airport Taxicab (Malton) Association c. Canada (Ministre du Transport) et autres* (1986), 7 F.T.R. 105 (C.F. 1^{re} inst.); *Forde et al. c. Waste Not Wanted Inc. et autres* (1984), D.R.S. 55-027 (C.F. 1^{re} inst.); *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1980] 1 C.F. 86; (1979), 105 D.L.R.

C.P.C. 165 (C.A.); *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (F.C.A.).

(3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.); *Stephens c. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (C.A.F.).

NOT FOLLOWED:

Brière v. Canada Mortgage and Housing Corporation, [1986] 2 F.C. 484; (1986), 30 D.L.R. (4th) 375; 68 N.R. 385; 42 R.P.R. 66 (C.A.).

DÉCISION NON SUIVIE:

Brière c. Société canadienne d'hypothèques et de logement, [1986] 2 C.F. 484; (1986), 30 D.L.R. (4th) 375; 68 N.R. 385; 42 R.P.R. 66 (C.A.).

CONSIDERED:

Oag v. Canada, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Oag c. Canada, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).

REFERRED TO:

Dene Nation v. The Queen, [1983] 1 F.C. 146 (T.D.); *Waterside Cargo Co-operative v. National Harbours Board* (1979), 107 D.L.R. (3d) 576 (F.C.T.D.).

DÉCISIONS CITÉES:

La Nation dénée c. La Reine, [1983] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.); *Waterside Cargo Co-operative c. Conseil des ports nationaux* (1979), 107 D.L.R. (3d) 576 (C.F. 1^{re} inst.).

COUNSEL:

Darlene Madott for plaintiffs.
John Vaissi-Nagy for defendants.

AVOCATS:

Darlene Madott pour les demandeurs.
John Vaissi-Nagy pour les défendeurs.

SOLICITORS:

Teplitsky & Colson, Toronto, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

PROCUREURS:

Teplitsky & Colson, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

ROULEAU J.: This motion on behalf of the defendants seeks an order striking out the plaintiffs' statement of claim pursuant to Rule 419(1)(a) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]; it is submitted that the statement of claim discloses no reasonable cause of action and also that this Court lacks jurisdiction to entertain the proceedings. The plaintiffs also brought a motion seeking an order permitting Her Majesty in Right of Canada to be added as a party defendant to the statement of claim.

LE JUGE ROULEAU: La requête présentée au nom des défendeurs vise à obtenir une ordonnance en vue de faire radier la déclaration des demandeurs aux termes de la Règle 419(1)a) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663]; il est allégué que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action et que cette Cour n'a pas compétence pour connaître de l'action. De leur côté, les demandeurs ont présenté une requête visant à obtenir une ordonnance permettant de constituer Sa Majesté du chef du Canada partie défenderesse à la déclaration.

These motions relate to a libel and slander suit brought by the plaintiffs against the Canadian Broadcasting Corporation and certain of its employees. It relates to statements made on CBC's "The Morning Show" concerning a series of RCMP searches conducted at the offices of the plaintiffs and those of their accounting firm. It is alleged that these statements were malicious, false

Ces requêtes ont trait à une poursuite en diffamation intentée par les demandeurs contre la Société Radio-Canada (SRC) et certains de ses employés. Celle-ci fait suite à des déclarations faites à l'émission «The Morning Show» diffusée sur les ondes de la SRC au sujet d'une série de perquisitions effectuées par la GRC dans les locaux des demandeurs et ceux de leur firme

and defamatory and contained inferences and innuendos with respect to certain business activities conducted by the plaintiffs.

In light of the lengthy jurisdictional argument the application should have been more properly brought pursuant to Rules 401 or 409 of the *Federal Court Rules*. This raises the more difficult issue: does the Court have jurisdiction with respect to the libel and slander action brought by the plaintiffs against the defendants. Very simply, the question is whether jurisdiction has been conferred on this Court to entertain such an action. I have decided to canvass the issue rather than submit the parties to a further debate.

Jurisdiction in respect of proceedings by or against the Federal Crown is a matter largely governed by the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. Section 17 provides, *inter alia*, that the Federal Court has jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown and that, subject to certain exceptions, this jurisdiction is exclusive. It further provides that in proceedings of a civil nature in which the Crown claims relief as therein defined, the Federal Court has concurrent jurisdiction with the superior courts of the provinces. Thus the Crown can, subject to important pre-conditions, sue in the Federal Court or the superior courts of the provinces. Section 23 of the Act, in simple terms, contemplates jurisdiction in the Federal Court in certain proceedings between citizens subject to a number of pre-conditions.

This basic outline of the essentials of jurisdiction must be considered within the framework of a large body of jurisprudence developed since the establishment of the Federal Court and which has unfortunately, resulted in a great deal of confusion. Problems of jurisdictional restrictions are most often rooted in considerations of constitutional law.

The power of the federal Parliament to establish federal courts is limited by the terms of section

comptable. Il est allégué que ces déclarations étaient malveillantes, fausses et diffamatoires, et qu'elles contenaient des suppositions et des insinuations à propos de certaines activités commerciales poursuivies par les demandeurs.

En raison de la discussion fort longue soulevée par la question de la compétence, il aurait mieux valu fonder la demande sur les Règles 401 ou 409 des *Règles de la Cour fédérale*. Celle-ci soulève la question plus délicate que voici: la Cour a-t-elle compétence pour connaître de l'action en diffamation intentée par les demandeurs contre les défendeurs? En substance, la question est de savoir si la compétence pour instruire une telle action a été attribuée à la Cour. J'ai décidé d'approfondir moi-même la question au lieu de soumettre les parties à un autre débat.

La compétence de la Cour fédérale en ce qui a trait aux poursuites intentées par ou contre la Couronne fédérale est une question régie dans une large mesure par la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]. L'article 17 dispose notamment que la Cour fédérale connaît de tous les cas de demande de réparation contre la Couronne et que, sous réserve de certaines exceptions, cette compétence est exclusive. Il dispose aussi que dans les actions en réparation, au sens où l'on entend ce terme dans la Loi, qui sont intentées au civil par la Couronne, la Cour fédérale a compétence concurrente avec les cours supérieures des provinces. Par conséquent, la Couronne peut, sous réserve d'importantes conditions préalables, se pourvoir en justice devant la Cour fédérale ou les cours supérieures des provinces. Quant à l'article 23 de la Loi, il dispose, en bref, que la Cour fédérale a compétence dans certains litiges opposant des citoyens, sous réserve de plusieurs conditions préalables.

Cette compétence dont je viens de tracer les grandes lignes doit être analysée sous l'éclairage des nombreuses décisions judiciaires qui ont été rendues depuis la création de la Cour fédérale et qui ont malheureusement provoqué beaucoup de confusion. Les problèmes soulevés par les limites de cette compétence découlent le plus souvent de considérations d'ordre constitutionnel.

Le pouvoir du Parlement fédéral de créer des tribunaux fédéraux est limité par l'article 101 de

101 of *The British North America Act* [*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. That section authorizes courts “for the better Administration of the Laws of Canada” but it does not authorize the establishment of courts of general jurisdiction akin to the provincial courts. Therefore, the Federal Court can only be given jurisdiction over disputes governed by the “Laws of Canada”. It is well settled that this phrase does not mean all laws in force in Canada whatever their source, but means federal laws, the clearest example being a federal statute including regulations and orders made thereunder.

At one time there was substantial judicial support for the view that the Federal Court had jurisdiction over any matter in relation to that over which the federal Parliament had legislative competence, even if that matter was not in fact regulated by federal statute law. On this basis the “Laws of Canada” could include a rule of provincial statute law or a rule of the common law if its subject-matter was such that the law could have been enacted or adopted by the federal Parliament.

This notion was finally put to rest by the Supreme Court of Canada in *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054 and *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654. In the *Quebec North Shore* case the issue was whether the Federal Court had jurisdiction over a dispute arising out of a contract for the transportation of newsprint from Quebec to the United States. The *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] appeared to give jurisdiction, because by section 23 it gave jurisdiction to determine controversies in respect of undertakings extending beyond the limits of a province. The only doubt stemmed from the fact that the contract in dispute was governed by Quebec law and not by federal law. It appeared that the *Federal Court Act* contemplated this aspect because section 23 authorized the granting of relief “under an Act of the Parliament of Canada or otherwise”.

l'Acte de l'Amérique du Nord britannique [*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, no. 1) [L.R.C. (1985), appendice II, no. 5]], qui prévoit la création de tribunaux «pour la meilleure administration des lois du Canada», mais n'autorise pas l'établissement de tribunaux dotés d'une compétence générale, semblables aux tribunaux des provinces. Par conséquent, la Cour fédérale peut uniquement avoir compétence dans les litiges régis par les «lois du Canada». Il est bien établi que cette expression ne désigne pas toutes les lois, quelles qu'elles soient, en vigueur au Canada, mais les lois fédérales seulement; l'exemple le plus clair serait une loi fédérale, ainsi que les règlements et les ordonnances pris en application de cette loi.

À une certaine époque, les tribunaux étaient pour la plupart d'avis que la Cour fédérale pouvait connaître de toute question portant sur un sujet relevant de la compétence législative du Parlement fédéral même si, dans les faits, cette question n'était pas régie par une loi fédérale. Dans ce contexte, les «lois du Canada» pouvaient comprendre une règle contenue dans une loi provinciale ou une règle issue de la common law, si elle concernait un sujet à l'égard duquel le Parlement fédéral aurait pu légiférer.

La Cour suprême du Canada a finalement clarifié cette notion dans les arrêts *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054 et *McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654. Dans l'arrêt *Quebec North Shore*, la question en litige était de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour connaître d'un litige découlant d'un contrat relatif au transport de papier journal du Québec jusqu'aux États-Unis. La *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10] semblait attributive de compétence car l'article 23 de cette Loi permettait à la Cour fédérale de connaître des litiges concernant des ouvrages s'étendant au-delà des limites d'une province. Le seul élément d'incertitude était le fait que le contrat litigieux était régi non pas par le droit fédéral, mais par les lois du Québec. On semblait croire que la *Loi sur la Cour fédérale* visait également cette situation parce que l'article

The Supreme Court of Canada held that the Federal Court did not have jurisdiction on the grounds that there was no applicable and existing federal law, whether under statute or regulation or common law, upon which the jurisdiction of the Court could be exercised.

In the *McNamara Construction* case, the Supreme Court of Canada held that the Federal Court had no jurisdiction over an action brought by the Crown against a builder and an architect, alleging the breach of a contract to build a penitentiary in Alberta. Again, the *Federal Court Act* purported to grant jurisdiction over the case. Further, that the test of federal legislative competence was satisfied because the *Constitution Act, 1867* conferred on the federal Parliament legislative competence over the federal Crown and over penitentiaries. However, because the applicable law was the common law, the Supreme Court held that the new requirement of "applicable and existing federal law" was not satisfied and concluded that the Federal Court had no jurisdiction over the case.

Finally, in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, the Supreme Court developed a three-pronged test for the determination of Federal Court jurisdiction. The Court stated at page 766:

The general extent of the jurisdiction of the Federal Court has been the subject of much judicial consideration in recent years. In *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, and in *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, the essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court were established. They are:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

23 parlait d'une demande de réparation faite «en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou autrement». La Cour suprême du Canada a conclu que la Cour fédérale n'avait pas compétence parce qu'il n'existait aucune législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la common law, sur laquelle la Cour pouvait fonder sa compétence.

Dans l'arrêt *McNamara Construction*, la Cour suprême du Canada a statué que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour connaître d'une action intentée par la Couronne contre un constructeur et un architecte relativement à l'inexécution d'un contrat prévoyant la construction d'un pénitencier en Alberta. Dans cette affaire, on prétendait non seulement que la *Loi sur la Cour fédérale* était attributive de compétence, mais aussi que le critère de la compétence législative du Parlement fédéral était respecté parce que la *Loi constitutionnelle de 1867* donnait au Parlement fédéral le pouvoir de légiférer au sujet de la Couronne fédérale et des pénitenciers. Toutefois, comme le droit applicable était la common law, la Cour suprême a conclu que cette nouvelle condition que posait «l'existence d'une législation fédérale applicable» n'avait pas été remplie et, partant, que la Cour fédérale ne pouvait connaître de l'affaire.

Enfin, dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, la Cour suprême a formulé un triple critère pour établir la compétence de la Cour fédérale. La Cour a déclaré à la page 766:

L'étendue générale de la compétence de la Cour fédérale a été examinée à maintes reprises par les tribunaux ces dernières années. Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadian Pacific Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et dans l'arrêt *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, on a établi les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale. Ces conditions sont les suivantes:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

I propose to address each of those requirements in light of the facts now before me for the purpose of determining whether this Court possesses jurisdiction over the matter in question.

1. Statutory Grant of Jurisdiction

The first requirement often finds expression in the statement that the Federal Court is a statutory court without inherent jurisdiction. That being so, the *Federal Court Act* or some other federal statute must confer jurisdiction over the matter. The Federal Court is not a court of general jurisdiction in all federal matters: its jurisdiction must be founded in the specific language used by Parliament in the conferring legislation. Such language is of course found in sections 17 and 23 of the *Federal Court Act*.

Subsections 17(1) to (3) of the *Federal Court Act* apply to cases where relief is sought against the Crown. Subsection 17(4) only refers to actions against the Crown *eo nomine* and does not include an action by or against a Crown agency. As the style of cause in the plaintiff's statement of claim is presently worded, none of these sections confers jurisdiction on this Court since the Crown is not named as a party to the proceedings and the named defendants are neither Crown officers or servants.

Section 23 of the *Federal Court Act* confers jurisdiction where a claim for relief meets two conditions. First, the claim must be made "under an Act of the Parliament of Canada or otherwise" and second, it must relate to a matter coming within any of the classes of subjects specified in the latter part of the section. The cause of action on which the plaintiffs are relying must fall within the parameters of paragraph (c) of section 23, that is, "works and undertakings, connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province." The question therefore posed is whether the fact that the plaintiffs' claim is brought against the CBC, a national broadcasting institution and a federal Crown corporation, sufficient to confer jurisdiction on this Court to hear

Je me propose d'examiner chacune de ces conditions en fonction des faits qui m'ont été soumis, afin d'établir si cette Cour possède la compétence voulue pour se saisir de la question en litige.

^a 1. Attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral

^b La première condition prend souvent la forme de l'énoncé voulant que la Cour fédérale soit un tribunal créé par la loi, mais n'ayant aucun pouvoir inhérent à l'exercice de sa compétence. Par la force des choses, la *Loi sur la Cour fédérale* ou une autre loi fédérale doit être attributive de compétence dans le domaine en question. La Cour fédérale n'est pas un tribunal doté d'une compétence générale dans tous les domaines fédéraux: sa compétence doit prendre sa source dans le libellé des dispositions habilitantes adoptées par le Parlement. Ce libellé, on le trouve évidemment dans les articles 17 et 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

^c Les paragraphes 17(1) à (3) de la *Loi sur la Cour fédérale* s'appliquent aux cas de demande de réparation contre la Couronne. Le paragraphe 17(4) s'applique seulement aux actions intentées contre la Couronne elle-même et ne s'étend pas aux actions intentées par ou contre un mandataire de la Couronne. Vu la formulation de l'intitulé de la cause dans la déclaration du demandeur, aucune de ces dispositions ne donne compétence à cette Cour, car la Couronne n'est pas nommée comme partie au litige et les défendeurs qui sont nommés ne sont ni des fonctionnaires ni des préposés de la Couronne.

^d L'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* est attributif de compétence lorsque la demande de réparation remplit deux conditions. Premièrement, la demande doit être exercée «en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou autrement» et, deuxièmement, elle doit se rattacher à un sujet tombant dans l'une des catégories mentionnées à la fin de l'article. La cause d'action sur laquelle se fondent les demandeurs doit répondre aux critères de l'alinéa 23c), c'est-à-dire qu'elle doit concerner des «ouvrages reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province». La question est donc de savoir si le fait d'avoir intenté l'action contre la SRC, qui est un organisme de radiodiffusion national et une société d'État fédérale, suffit à donner compétence à cette Cour.

the matter. In my view, the answer to this question is no, unless the remedy sought by the plaintiffs is contemplated by the *Broadcasting Act*, R.S.C., 1985, c. B-9 itself or the *Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50.

There is nothing in the *Broadcasting Act* which specifically contemplates Federal Court jurisdiction over a libel and slander suit. Subsection 31(4) of the *Broadcasting Act* provides as follows:

31. ...

(4) Actions, suits or other legal proceedings in respect of any right or obligation acquired or incurred by the Corporation on behalf of Her Majesty, whether in its name or in the name of Her Majesty, may be brought or taken by or against the Corporation in the name of the Corporation in any court that would have jurisdiction if the Corporation were not an agent of Her Majesty.

Similar provisions are found in a number of legislative enactments which establish Crown corporations. In *Rasmussen v. Breau*, [1986] 2 F.C. 500 (C.A.), the respondents instituted an action in the Federal Court against the appellant Crown corporation based on the tort of conversion. The *Saltfish Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 37, contained a section identical in wording to subsection 31(4) of the *Broadcasting Act*. Thurlow C.J., unequivocally rejected the argument that the Court had jurisdiction to hear the matter. Concerning the meaning of the above-quoted section, he stated at page 505:

Plainly this section does nothing to confer on this Court jurisdiction to entertain an action against the appellant. It does, however, deprive the appellant of any right it might otherwise have had to assert in any court of competent jurisdiction immunity from suit on the basis of its being or its having acted as an agent of the Crown. Similar provisions were held to confer on provincial courts authority to entertain claims based on contract against the Crown's statutory agent in *Yeats v. Central Mortgage & Housing Corp.* ([1950] S.C.R. 513.)

I agree that this section does not confer jurisdiction on the Federal Court. To the contrary, it expressly instructs litigants to file suits where they would normally be tried. In the case of libel and slander, as well as most torts, this would be the provincial superior courts. Support for this proposition is found in *Bassett v. Canadian Broadcasting Corp.* (1980), 30 O.R. (2d) 140 (H.C.). In that

J'estime qu'il faut répondre à cette question par la négative, à moins que le recours exercé par les demandeurs ne soit prévu dans la *Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), chap. B-9, elle-même, ou dans la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), chap. C-50.

La *Loi sur la radiodiffusion* ne contient aucune disposition qui soit expressément attributive de compétence à la Cour fédérale dans une action en diffamation. Le paragraphe 31(4) de la *Loi sur la radiodiffusion* est ainsi rédigé:

31. ...

(4) À l'égard des droits et obligations qu'elle assume pour le compte de Sa Majesté sous le nom de celle-ci ou le sien, la Société peut ester en justice sous son propre nom devant les tribunaux qui seraient compétents si elle n'était pas mandataire de Sa Majesté.

Plusieurs lois créant des sociétés d'État contiennent des dispositions semblables. Dans l'arrêt *Rasmussen c. Breau*, [1986] 2 C.F. 500 (C.A.), les intimés avaient intenté devant la Cour fédérale une action fondée sur le délit d'appropriation illégitime contre la société d'État appelante. La *Loi sur le poisson salé*, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 37, contenait un article dont le libellé était identique à celui du paragraphe 31(4) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Le juge en chef Thurlow a catégoriquement rejeté l'argument selon la Cour pouvait connaître de l'affaire. À propos de la signification de l'article précité, il a déclaré, à la page 505:

De toute évidence, cet article ne permet aucunement à cette Cour de recevoir une action intentée contre l'appellant. Cependant, il a pour effet d'empêcher l'appellant d'invoquer devant un tribunal compétent un privilège d'immunité en raison du fait qu'il était mandataire de la Couronne ou a agi à ce titre, privilège qu'il aurait peut-être pu invoquer autrement. Dans la cause de *Yeats v. Central Mortgage & Housing Corp.* ([1950] R.C.S. 513), la Cour suprême du Canada a étudié des dispositions similaires et décidé que ces dispositions conféraient aux tribunaux provinciaux le pouvoir de recevoir des actions de nature contractuelle intentées contre le mandataire statuaire de la Couronne.

Je conviens que cet article n'est pas attributif de compétence à la Cour fédérale. Au contraire, il ordonne expressément aux parties au litige d'intenter des poursuites devant les tribunaux où celles-ci seraient normalement instruites. Dans le cas de la diffamation, comme dans le cas de la plupart des délits, il s'agirait des cours supérieures des provinces. L'arrêt *Bassett v. Canadian Broadcasting*

case, Southey J. dismissed an application to strike a defamation suit from the record of the Ontario High Court on the grounds that subsection 31(4) [then subsection 40(4)] of the *Broadcasting Act* was enacted for the purpose of putting the CBC in the same position as an ordinary corporation in respect of amenability to civil suits.

Counsel for the plaintiffs submits that even if I were to decline jurisdiction on the basis of the *Federal Court Act* or the *Canadian Broadcasting Act*, the *Crown Liability Act*, confers jurisdiction on this Court to entertain the proceedings in question.

Under the old common law rule “the King could do no wrong”, the Crown itself could not be sued in tort. Crown assets could not be reached indirectly by suing in tort a Department of Government, or an official of the Crown. Additionally, government departments, not being legal entities could not be sued. Servants of the Crown could not be made liable vicariously for the torts of subordinates who were also servants of the Crown and not of their superiors. Servants committing wrongs were personally liable at common law to those injured and, if the act was done at the superior’s behest, the latter may have been held liable as well, not vicariously, but because the subordinate’s act in such circumstances was his own act.

The *Crown Liability Act* changed the old public law rules. Pursuant to sections 2 and 3 of the Act, the Crown is now liable in tort for the damage caused by a servant who commits a tort. A servant of the Crown includes an agent such as the Canadian Broadcasting Corporation. Section 15 of the Act confers on the Federal Court exclusive original jurisdiction to hear and determine every

Corp. (1980), 30 O.R. (2d) 140 (H.C.), confirme cette opinion. Dans cette affaire, le juge Southey a rejeté une demande visant à faire radier une action en diffamation du registre de la Haute Cour de l’Ontario au motif que le paragraphe 31(4) [à l’époque le paragraphe 40(4)] de la *Loi sur la radiodiffusion* avait été adopté dans le but de placer la SRC sur le même pied qu’une société ordinaire relativement à la possibilité de faire l’objet de poursuites civiles.

L’avocat des demandeurs soutient que même si je devais me déclarer incompétent aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ou de la *Loi sur la radiodiffusion*, la *Loi sur la responsabilité de l’État* attribue à cette Cour la compétence voulue pour instruire l’affaire.

Selon l’ancienne maxime de common law voulant que le Roi ne puisse mal faire (*the King can do no wrong*), la Couronne elle-même ne pouvait être poursuivie en responsabilité délictuelle. Les biens de la Couronne ne pouvaient être touchés, indirectement, lors d’une poursuite en responsabilité délictuelle intentée contre un ministère du gouvernement ou un fonctionnaire de la Couronne. De plus, comme les ministères n’étaient pas des entités juridiques, ils ne pouvaient être poursuivis en justice. Les préposés de la Couronne ne pouvaient engager leur responsabilité du fait d’autrui lorsque des fautes étaient commises par des subalternes, qui étaient eux-mêmes des préposés de la Couronne et non de leurs supérieurs. Les préposés qui commettaient des actes dommageables étaient tenus personnellement responsables sous le régime de la common law du préjudice causé à autrui et, si l’acte était commis à la demande d’un supérieur, ce dernier pouvait lui aussi engager sa responsabilité, pas du fait d’autrui, mais plutôt parce que l’acte du subalterne, dans ces circonstances, était considéré comme son propre fait.

La *Loi sur la responsabilité de l’État* a modifié ces anciennes règles de droit public. Aux termes des articles 2 et 3 de la Loi, la Couronne engage désormais sa responsabilité civile délictuelle à l’égard du préjudice causé par un préposé qui commet un acte fautif. Un mandataire comme la Société Radio-Canada est un préposé de la Couronne. Conformément à l’article 15 de la Loi, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour connaître des demandes en domma-

claim for damages under the Act. That section reads as follows:

15. (1) Except as provided in section 21 and subject to section 36, the Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every claim for damages under this Act.

(2) The Federal Court has concurrent original jurisdiction with respect to the claims described in subsection 21(2) and any claim that may be the subject-matter of an action, suit or other legal proceeding referred to in section 36.

Subsection 21(2) provides that a claim against the Crown for a sum not greater than \$1,000 belongs in the provincial court. Nevertheless, subsection 36(1) provides as follows:

36. (1) Subsections 15(1) and 21(1) and (2) do not apply to or in respect of actions, suits or other legal proceedings in respect of a cause of action coming within sections 3 to 8 brought or taken in a court other than the Federal Court against an agency of the Crown in accordance with any Act of Parliament that authorizes such actions, suits or other legal proceedings to be so brought or taken.

The effect of this provision is to render subsection 15(1), by which exclusive original jurisdiction is conferred on the Federal Court, inoperable in the event that an Act of Parliament has directed the bringing of the action in the provincial courts. In my opinion, subsection 36(1) precludes Federal Court jurisdiction where the Crown corporation's enabling legislation authorizes the action to be brought in the provincial superior courts. After reading this section together with subsection 31(4) of the *Broadcasting Act* one is led to conclude the libel and slander action against the defendants cannot be tried in this Court. This finding is consistent with the concept of the Federal Court as a statutory court with jurisdiction limited to that which is conferred upon it by statute. In the alternative, an alleged cause of action such as this does not invoke whatever inherent jurisdiction resides in this Court by virtue of the constitutional section 101, together with its dependent legislation.

Subsection 15(2) of the *Crown Liability Act* provides that the Federal Court has concurrent jurisdiction with respect to any claim that may be the subject-matter of an action, suit or other legal proceeding referred to in section 36. The present action certainly fits that description: the Canadian Broadcasting Corporation is an agent of the

ges-intérêts formées au titre de la Loi. Cet article est ainsi conçu:

15. (1) Sauf dans les cas prévus à l'article 21, et sous réserve de l'article 36, la Cour fédérale a compétence exclusive pour connaître des demandes en dommages-intérêts formées au titre de la présente loi.

(2) La Cour fédérale a compétence concurrente de première instance à l'égard des réclamations visées par le paragraphe 21(2) et de toute réclamation qui peut être le sujet d'une action, poursuite ou autre procédure judiciaire mentionnée à l'article 36.

Le paragraphe 21(2) prévoit qu'une réclamation contre la Couronne ne dépassant pas 1 000 \$ est du ressort des tribunaux provinciaux. Cependant, le paragraphe 36(1) dispose que:

36. (1) Les paragraphes 15(1) et 21(1) et (2) ne s'appliquent pas aux poursuites intentées aux termes d'une loi fédérale, pour l'un des motifs énoncés aux articles 3 à 8, contre un organisme mandataire de l'État devant un tribunal autre que la Cour fédérale.

Cette disposition a pour effet de rendre inopérant le paragraphe 15(1), qui attribue une compétence exclusive en première instance à la Cour fédérale, lorsqu'une loi du Parlement dispose que l'action doit être intentée devant un tribunal provincial. Selon moi, le paragraphe 36(1) enlève toute compétence à la Cour fédérale lorsque la loi habilitante qui régit la société d'État permet d'intenter l'action devant les cours supérieures des provinces. Le rapprochement de cet article et du paragraphe 31(4) de la *Loi sur la radiodiffusion* m'amène à conclure que l'action en diffamation intentée contre les défendeurs ne peut être instruite par la Cour. Cette conclusion est conforme à l'énoncé voulant que la Cour fédérale soit un tribunal créé par la loi et que sa compétence soit circonscrite par des dispositions législatives. Subsidièrement, une cause d'action comme celle-ci ne se fonde sur aucune compétence inhérente que pourrait avoir la Cour fédérale aux termes de l'article 101 et des dispositions législatives qui en découlent.

Aux termes du paragraphe 15(2) de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, la Cour fédérale a compétence concurrente à l'égard de toute réclamation qui peut être le sujet d'une action, poursuite ou autre procédure judiciaire mentionnée à l'article 36. Il n'y a pas de doute que la présente action correspond à cette description: la Société

Crown, and the enabling legislation authorizes actions to be brought in the provincial superior court. In my view, this section is capable of an interpretation which would confer jurisdiction on the Federal Court to try this matter.

However, this is not an issue which necessarily needs to be decided in the case at bar. Even if subsection 15(2) of the *Crown Liability Act* does constitute a general assignment of jurisdiction to the Federal Court, the second requirement for jurisdiction established by the Supreme Court in the *ITO* decision must still be satisfied.

2. Existing Federal Law

The second requirement to support a finding of jurisdiction in the Federal Court is that there be an existing body of federal law that is essential to the disposition of the case and that nourishes the statutory grant of jurisdiction. This requirement was articulated in *Quebec North Shore* and *McNamara Construction*, wherein the Supreme Court held that legislative competence alone was not enough; there must be existing and applicable federal law upon which the jurisdiction of the Federal Court can be exercised. Only then can it be said that the matter comes within the expression "Administration of the Laws of Canada" in section 101 of the *Constitution Act, 1867*. It is notable that the Supreme Court never addressed the concept of the better administration of those laws, but that is another matter.

This test, while appearing straightforward, is only easy to apply in extreme cases. Where federal legislation gives a complete right of action, by creating the obligation and conferring the remedy, there is no question but that the proceeding is founded on federal law. At the other extreme, if the obligation arises and the remedy is available in the provincial law, the *Quebec North Shore* and *McNamara* cases apply and the Federal Court has been held to lack jurisdiction. It is the numerous cases which fall within this wide-ranging spectrum that have created and continue to create litigation as to the extent of this Court's jurisdiction.

Radio-Canada est un mandataire de la Couronne et la loi habilitante permet d'intenter des actions devant les cours supérieures des provinces. À mon avis, cet article est susceptible de recevoir une interprétation ayant pour effet d'attribuer à la Cour fédérale la compétence voulue pour instruire cette affaire.

Toutefois, ce n'est pas une question qu'il faut nécessairement trancher dans le présent litige. Même si le paragraphe 15(2) de la *Loi sur la responsabilité de l'État* constitue une attribution générale de compétence à la Cour fédérale, il faut aussi que la deuxième condition fixée par la Cour suprême dans l'arrêt *ITO* soit remplie.

2. Existence d'une législation fédérale

La deuxième condition à remplir pour que l'on puisse conclure à la compétence de la Cour fédérale est l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. Cette condition a été formulée dans les arrêts *Quebec North Shore* et *McNamara Construction*, dans lesquels la Cour suprême a conclu que la compétence législative du Parlement ne suffisait pas: il doit exister une législation fédérale applicable sur laquelle la Cour fédérale peut fonder l'exercice de sa compétence. C'est à ce moment seulement qu'il est permis d'affirmer qu'il s'agit d'un sujet visé par l'expression «administration des lois du Canada» employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est remarquable que la Cour suprême ne se soit jamais penchée sur la notion de meilleure administration de ces lois, mais c'est là une toute autre question.

Ce critère, qui peut sembler simple, n'est facile à appliquer que dans les cas extrêmes. Lorsqu'une loi fédérale attribue un droit d'action complet, en créant une obligation et en prévoyant un recours, il n'y a pas de doute que la poursuite est fondée sur du droit fédéral. En revanche, si l'obligation et le recours sont prévus dans une loi provinciale, les arrêts *Quebec North Shore* et *McNamara* s'appliquent et la Cour fédérale n'a alors aucune compétence. Ce sont les nombreux cas qui se rangent entre ces deux extrêmes qui ont suscité et continuent de susciter des litiges au sujet de l'étendue de la compétence de cette Cour.

The question which invariably arises in these cases is the proper definition of the term "existing and applicable federal law". Counsel for the plaintiffs argued before me that the *Broadcasting Act*, pursuant to which the defendants were acting or working at the time they committed the alleged tort, is sufficient federal law to meet this second requirement.

The Federal Court of Appeal has been faced with this issue on a number of occasions in considering actions in tort against Crown servants or officers. In each case the plaintiff, just as in this case, sought to invoke the federal legislation pursuant to which the Crown servant was acting when allegedly committing the tort. In *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1980] 1 F.C. 86 (C.A.), it was held that claims in respect of the crash of an aircraft against air traffic controllers and other Department of Transport employees who had been carrying out responsibilities under the *Aeronautics Act* [R.S.C. 1970, c. A-3] and regulations could not be said to be founded on that legislation. The claims were struck for want of jurisdiction.

In *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1 (F.C.A.), the claim was against officers of Revenue Canada who were alleged to have trespassed and committed an illegal seizure, exceeding their authority under the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63]. Even though that Act would have application to questions of the validity and legal justification of the officers' actions, the Court concluded that the right to damages was created by provincial law and was beyond the jurisdiction of the Federal Court.

As previously mentioned, in *Rasmussen v. Breau*, an action was commenced against the Crown corporation based on the tort of conversion. The Federal Court held that there was no federal law to be administered against the appellant for

La question qui est inmanquablement soulevée dans ces affaires est de savoir ce que signifie l'expression «existence d'une législation fédérale applicable». L'avocat des demandeurs a soutenu devant moi que la *Loi sur la radiodiffusion*, sous le régime de laquelle les défendeurs agissaient ou travaillaient au moment où ils ont commis la faute qu'on leur reproche, constitue une législation fédérale suffisante pour que cette deuxième condition soit remplie.

La Cour d'appel fédérale a dû examiner cette question à plusieurs reprises dans des actions en responsabilité délictuelle intentées contre des fonctionnaires ou des préposés de la Couronne. Dans chaque cas, le demandeur désirait invoquer, comme en l'espèce, la législation fédérale sous le régime de laquelle le préposé de la Couronne agissait au moment de commettre le délit qu'on lui reprochait. Dans l'arrêt *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1980] 1 C.F. 86 (C.A.), la Cour d'appel a conclu que les poursuites intentées, à la suite de l'écrasement d'un avion, contre des contrôleurs aériens et d'autres employés du ministère des Transports qui avaient assumé des responsabilités en vertu de la *Loi sur l'aéronautique* [S.C.R. 1970, chap. A-3] et d'un règlement d'application de cette Loi ne pouvaient être considérées comme étant fondées sur ces dispositions législatives. Les poursuites ont été rejetées pour cause d'incompétence.

Dans l'arrêt *Stephens c. R.* (1982), 26 C.P.C. 1 (C.A.F.), il s'agissait d'une poursuite intentée contre des fonctionnaires de Revenu Canada à qui l'on reprochait d'avoir commis une violation du droit de propriété et d'avoir effectué une saisie illégale, outrepassant ainsi le pouvoir qui leur était conféré par la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63]. Même si cette Loi pouvait s'appliquer à des questions comme la validité et la justification légale des gestes posés par les fonctionnaires, la Cour a conclu que le droit de réclamer des dommages-intérêts était prévu par une loi provinciale et qu'il ne relevait pas de la compétence de la Cour fédérale.

Comme je l'ai déjà mentionné, c'est une poursuite fondée sur le délit d'appropriation illégitime qui avait été intentée contre une société d'État dans l'arrêt *Rasmussen c. Breau*. La Cour fédérale a conclu qu'aucune loi fédérale ne s'appliquait à

damages for the alleged conversion. The whole basis for relief was the law of the province of Newfoundland in which the asserted unlawful purchase and sale had taken place. Indeed in the *Rasmussen* case it was ultimately the Crown *eo nomine* which was held to have committed that tort because of its dealings with the corporation.

Two other Federal Court of Appeal decisions, which are difficult to reconcile with the *Pacific Western*, *Stephens* and *Rasmussen* cases, demonstrate how subtle the distinction may become between claims considered to be founded on federal law and those which are not. In *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511 (C.A.), the Court considered an action against the chairman and a member of the National Parole Board in tort for damages for wrongfully revoking a prisoner's release. This claim for false arrest and wrongful imprisonment was held to be founded on the federal legislation that governed the prisoner's right to be released, a finding which appears entirely contrary to the one made in *Stephens*.

Apparently, the distinction lies in the source of the right alleged to be infringed. In *Oag*, the Court said the right to freedom was derived, not from the common law, but from the federal statute whereas in *Stephens*, it was the common law right to free enjoyment of the property that was alleged to have been infringed, and the *Income Tax Act* applied, if at all, only to justify the trespass to property.

The second case is *Brière v. Canada Mortgage and Housing Corporation*, [1986] 2 F.C. 484 (C.A.), wherein the plaintiffs instituted two actions based on tort in the Federal Court, one against the Queen in Right of Canada and one against the Central Mortgage and Housing Corporation. Marceau J. writing for the Court, held that a determination as to whether the cause of action was based on federal law, required a consideration of the extent to which the *Crown Liability Act* had altered the public law rules pertaining to immuni-

l'appelant, qui était poursuivi en dommages-intérêts pour l'appropriation illégitime qu'on lui reprochait. Le fondement de la réparation résidait dans une loi de la province de Terre-Neuve, où avaient eu lieu l'achat et la vente jugés illégaux. D'ailleurs, dans l'arrêt *Rasmussen*, on a conclu que le délit avait, tout compte fait, été commis par la Couronne elle-même à cause de ses relations avec la société.

b

Deux autres décisions rendues par la Cour d'appel fédérale, mais qui sont difficiles à concilier avec les arrêts *Pacific Western*, *Stephens* et *Rasmussen*, montrent à quel point la distinction peut devenir subtile entre les demandes de réparation que l'on considère fondées sur du droit fédéral, et celles qui ne le sont pas. Dans l'arrêt *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511 (C.A.), la Cour a été saisie d'une action en dommages-intérêts intentée contre le président et un membre de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui résultait de la révocation illégale de la libération d'un prisonnier. Elle a conclu que l'allégation d'arrestation illégale et d'emprisonnement injustifié était fondée sur la loi fédérale qui régissait le droit du prisonnier d'être libéré, mais c'est une conclusion qui semble tout à fait contraire à celle qui a été tirée dans l'arrêt *Stephens*.

f

Apparemment, la distinction réside dans la source du droit qui aurait été violé. Ainsi, dans l'arrêt *Oag*, la Cour a déclaré que le droit à la liberté découlait non pas de la common law, mais d'une loi fédérale, tandis que dans l'arrêt *Stephens*, c'était le droit à la libre jouissance des biens, issu de la common law, qu'on disait violé, et la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'a été appliquée, et encore, que pour justifier la violation du droit de propriété.

h

La deuxième décision concerne l'affaire *Brière c. Société canadienne d'hypothèques et de logement*, [1986] 2 C.F. 484 (C.A.), dans laquelle les demandeurs avaient intenté devant la Cour fédérale deux actions en responsabilité délictuelle, l'une contre la Reine du chef du Canada, l'autre contre la Société canadienne d'hypothèques et de logement. Le juge Marceau, qui a rédigé les motifs du jugement au nom de la Cour, a conclu que pour déterminer si la cause d'action était fondée sur du droit fédéral, il fallait examiner dans quelle

ties and prerogatives of the Crown. At page 494 His Lordship stated:

It was not until 1953, with the adoption of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, that a major transformation of the ordinary law regarding the tortious liability of the Crown was introduced. Parliament ended the rule of Crown immunity for the wrongful acts of its servants, retaining only the purely procedural requirement of a petition of right which itself soon disappeared when the Federal Court was created. However, the *Crown Liability Act* speaks of the Crown: it is not immediately clear how and to what extent it may affect the ordinary law regarding the tortious liability of corporations which are Crown agents.

Marceau J. went on to conclude that where the wrongdoing was committed by one of the corporations's employees who was not a Crown servant, the Act precluded the corporation from relying, as an agent of the Crown, on an immunity which no longer existed (for the Crown itself). Accordingly, since the victim's remedy against the corporate body for the wrongful acts of its employees was created by the *Crown Liability Act*, the cause of action was directly associated with federal law. The requirement that the action be based, at least in part, on federal law was accordingly held to have been satisfied.

With all due respect, I am unable to agree with this reasoning. I do not think that sections 3, 15, 21 and 36 of the *Crown Liability Act* are capable of supporting the jurisdiction of this Court over any type of civil action simply because the Crown in Right of Canada or one of its agents is a party defendant to the action and, the Act itself is concerned with the Crown's tortious liability. This is not, in my view, what the Supreme Court of Canada envisioned when it spoke of "existing and applicable federal law" in the *Quebec North Shore, McNamara* and *ITO* cases; that is, a body of law essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

These sections cannot properly be construed as conferring jurisdiction on the Federal Court to entertain this type of action because they cannot properly be read as being free from all limitations.

mesure la *Loi sur la responsabilité de l'État* avait modifié les principes de droit public relatifs aux immunités et aux privilèges de la Couronne. Il a déclaré, à la page 494:

a Ce n'est qu'en 1953, avec l'adoption de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, chap. C-38, qu'est survenue la grande transformation du droit commun de la responsabilité délictuelle de la Couronne. Le Parlement, en effet, mettait fin là à l'immunité de principe de la Couronne pour les actes fautifs de ses préposés, ne maintenant que l'exigence b purement procédurale de la pétition de droit qui elle-même devait tôt disparaître avec la création de la Cour fédérale. Mais la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* parle de la Couronne; on ne voit pas tout de suite comment et dans quelle mesure elle a pu affecter le droit commun de la responsabilité délictuelle des corporations agents de la Couronne.

c Le juge Marceau a finalement conclu que lorsque la faute était commise par un employé de la société qui n'était pas un préposé de la Couronne, la Loi ne permettait pas à la société de faire appel, d en tant que mandataire de la Couronne, à une immunité qui n'existait plus (pour la Couronne elle-même). Par conséquent, comme c'est la *Loi sur la responsabilité de l'État* qui créait le recours de la victime contre la société pour la faute de ses employés, e la cause d'action se rattachait directement au droit fédéral. Le juge a donc conclu que la condition voulant que l'action soit fondée, au moins en partie, sur du droit fédéral avait été remplie.

f On me pardonnera de ne pas être d'accord avec ce raisonnement. Je ne pense pas que les articles 3, 15, 21 et 36 de la *Loi sur la responsabilité de l'État* puissent constituer le fondement de la compétence de cette Cour dans n'importe qu'elle poursuite civile, simplement parce que la Couronne du chef du Canada, ou l'un de ses mandataires, est partie défenderesse à l'action et que la Loi elle-même porte sur la responsabilité délictuelle de la Couronne. g À mon sens, ce n'est pas ce qu'a voulu dire la Cour suprême du Canada lorsqu'elle a parlé de «l'existence d'une législation fédérale applicable» dans les arrêts *Quebec North Shore, McNamara* et *ITO*, à savoir un ensemble de règles h de droit qui soit essentiel à la solution du litige et i qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

On ne saurait considérer que ces articles donnent à la Cour fédérale la compétence voulue pour connaître de ce genre d'action parce qu'on ne peut valablement les interpréter comme des dispositions

They must be confined to actions and suits in relation to some subject-matter, legislation in regard to which is within the legislative competence of the federal Parliament. That legislation must, in turn, give a complete right of action, by creating an obligation and conferring a remedy.

I conclude therefore, that the plaintiffs' action against the Canadian Broadcasting Corporation and the other defendants named cannot be tried in this Court because such a suit is not founded on federal law. Moreover, even if there was a statutory grant of jurisdiction to the Federal Court to try this case, there is no federal body of libel and slander law nourishing this grant. This issue will be addressed in the following section.

3. Legislative Competence

The third requirement for Federal Court jurisdiction is that the federal law relied upon to support the Court's jurisdiction be within the legislative competence of the Parliament of Canada. The offence in question is libel and slander, which has historical origins in the common law. Accordingly, the action is normally heard in provincial superior courts. The *Libel and Slander Act*, R.S.O., c. 237, on which this action is founded, is provincial legislation which has codified this common law tort.

As mentioned, counsel for the plaintiffs argues that the federal *Broadcasting Act*, which establishes the Canadian Broadcasting Corporation is sufficient federal law upon which to base a libel and slander suit in this Court. Without the *Broadcasting Act* it is argued, there could be no libel and slander because the CBC derives its mandate from that federal legislation.

I am not persuaded by this argument. The fact that the CBC is a federal body is ancillary, the main issue is whether its servants libelled and slandered the plaintiffs. This cause of action must be seen as existing separate and apart under the law of tort, unless such an action has been contemplated by the *Broadcasting Act*. An examination

ne comportant aucune restriction. L'application de ces articles doit se limiter aux actions et aux poursuites se rapportant à un sujet régi par une loi qui relève de la compétence législative du Parlement fédéral. Cette loi doit, à son tour, attribuer un droit d'action complet, c'est-à-dire créer une obligation et prévoir un recours.

J'en arrive donc à la conclusion que cette Cour ne peut connaître de l'action intentée par les demandeurs contre la Société Radio-Canada et les autres défendeurs nommés, parce que cette action n'est pas fondée sur du droit fédéral. De plus, même si une loi fédérale était attributive de compétence à la Cour fédérale dans la présente instance, il n'y a aucun ensemble de règles de droit fédérales sur la diffamation susceptible de constituer le fondement de cette attribution. Cette question sera analysée dans la rubrique suivante.

^d 3. Compétence législative

La troisième condition à remplir pour que l'on puisse conclure à la compétence de la Cour fédérale est la suivante: la loi fédérale invoquée comme fondement de cette attribution de compétence doit relever de la compétence législative du Parlement fédéral. En l'espèce, l'infraction reprochée est la diffamation, dont les origines remontent à la common law. Par conséquent, l'action en diffamation est normalement instruite par les cours supérieures des provinces. La *Loi sur la diffamation*, L.R.O., chap. 237, sur laquelle l'action est fondée, est une loi provinciale qui codifie ce délit de common law.

^g Comme je l'ai mentionné, l'avocat des demandeurs prétend que la *Loi sur la radiodiffusion*, qui crée la Société Radio-Canada, est une loi fédérale qui suffit à constituer le fondement de la poursuite ^h en diffamation intentée devant cette Cour. Si la *Loi sur la radiodiffusion* n'existait pas, soutient-il, il ne pourrait y avoir de diffamation parce que c'est de cette loi fédérale que la SRC tire son mandat.

ⁱ Cet argument ne me convainc pas. Il est accessoire que la SRC soit un organisme fédéral, car la question principale est de savoir si les employés de la Société ont diffamé les demandeurs. On doit ^j considérer que cette cause d'action a une existence distincte en vertu du droit des délits, à moins que la *Loi sur la radiodiffusion* ne prévoie un tel

of the Act shows this not to be the case. In my view, this is a common law tort over which the Parliament of Canada has no legislative competence and accordingly the matter belongs in the provincial superior courts. Nor, may I add, has Parliament purported to make the Crown liable for the alleged libel and slander committed by its corporation.

Since the Court lacks jurisdiction to entertain these proceedings, I am unable to grant the defendants' motion to strike out the plaintiffs' statement of claim pursuant to Rule 419. However, were I to find this Court to have jurisdiction, I would refuse to strike out the plaintiffs' statement of claim on the grounds it discloses no reasonable cause of action. The Court will dismiss an action or strike a claim on this basis only in plain and obvious cases or where it is satisfied beyond a reasonable doubt that the plaintiffs' case would not succeed. On a motion of this nature, the Court will generally exercise its discretion to refuse to strike out the statement of claim where it is not patently clear that the plaintiffs' claim is without legal justification. If there is any doubt, the matter is properly left to the Trial Judge.

Accordingly, an applicant under Rule 419(1)(a) bears a heavy onus. In the present case that onus has not been met. The plaintiffs' statement of claim alleges the tort of libel and slander, a cause of action known to law, to have been committed by the defendants. Assuming all the facts alleged in the statement of claim to be true, the plaintiffs have an arguable case. The defendants have not persuaded me that this case is "plain and obvious" nor has it succeeded in showing beyond a reasonable doubt that no cause of action exists.

The final question to be decided is the plaintiffs' motion to add the Crown in Right of Canada as a party defendant to the statement of claim. Rule 1716 of the *Federal Court Rules* provides for the addition of parties as plaintiffs or defendants. The case law which has evolved in respect of this Rule makes it abundantly clear that I am not in a

recours. L'examen de la Loi révèle qu'il n'en est rien. Selon moi, la diffamation est un délit issu de la common law, à l'égard duquel le Parlement du Canada n'a aucune compétence législative: par conséquent, ce sont les cours supérieures des provinces qui peuvent connaître de cette question. Je me permets d'ajouter que le Parlement n'a jamais prétendu tenir la Couronne responsable des propos diffamatoires que pourrait tenir sa société.

^b Comme la Cour n'a pas la compétence voulue pour connaître de cette action, il m'est impossible d'accueillir la requête des défendeurs en vue de faire radier la déclaration des demandeurs aux termes de la Règle 419. Toutefois, à supposer même que je conclue à la compétence de cette Cour, je refuserais de radier la déclaration des demandeurs au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. En effet, la Cour rejettera une action ou radiera une requête pour ce motif uniquement dans les cas patents ou lorsqu'elle est convaincue hors de tout doute raisonnable que la cause des demandeurs est vouée à l'échec. Lorsqu'elle est saisie d'une requête de cette nature, la Cour exercera généralement son pouvoir discrétionnaire et refusera de radier la déclaration s'il n'est pas manifestement clair que l'action des demandeurs n'a aucune justification légale. En cas de doute, c'est au juge de première instance qu'il revient de se prononcer.

En conséquence, celui qui présente une requête aux termes de la Règle 419(1)a) supporte un lourd fardeau. En l'espèce, la preuve n'était pas suffisamment convaincante. Dans leur déclaration, les demandeurs allèguent que les défendeurs ont commis le délit de diffamation, qui est une cause d'action connue en droit. En supposant que tous les faits allégués dans la déclaration soient vrais, les demandeurs ont une cause défendable. Les défendeurs ne m'ont pas convaincu qu'il s'agit en l'espèce d'un cas «patent», et n'ont pas réussi à prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a aucune cause d'action.

ⁱ La dernière question à trancher concerne la requête présentée par les demandeurs en vue de constituer la Couronne du chef du Canada partie défenderesse à la déclaration. La Règle 1716 des *Règles de la Cour fédérale* contient des dispositions sur la constitution de partie demanderesse ou défenderesse. Les arrêts qui ont été rendus sur

position to grant the plaintiffs' motion. It is a pre-condition to the adding of parties that the Federal Court have jurisdiction over the action as between the party to be joined and the opposite party. The applicant must show a federal law capable of supporting an action between itself and the party against whom it seeks to add.

In *Airport Taxicab (Malton) Association v. Canada (Minister of Transport) et al.* (1986), 7 F.T.R. 105 (F.C.T.D.), the Court held it improper to add a co-defendant under Rule 1716 where no cause of action based on federal law can be asserted against the proposed defendant. Likewise, in *Forde et al. v. Waste Not Wanted Inc. et al.* (1984), D.R.S. 55-027 (F.C.T.D.), the Court refused to add applicants as party defendants where it had no jurisdiction to entertain the action by the plaintiff as against the applicants. The same findings were made in *Dene Nation v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 146 (T.D.) and in *Waterside Cargo Co-operative v. National Harbours Board* (1979), 107 D.L.R. (3d) 576 (F.C.T.D.). This list is by no means comprehensive of all the cases on point.

For these reasons, the plaintiffs' motion adding the Crown in Right of Canada is denied. The defendants' motion that the plaintiffs' statement of claim be struck on the grounds that this Court lacks jurisdiction to entertain the proceedings is granted.

Costs to the defendants.

cette Règle précisent bien que je ne suis pas en mesure d'accueillir la requête des demandeurs. Pour que la constitution de partie puisse être autorisée, il faut d'abord que la Cour fédérale ait compétence pour connaître de l'action opposant la partie devant être constituée et la partie adverse. Le requérant doit prouver l'existence d'une législation fédérale pouvant soutenir une action entre lui-même et la partie dont il demande la constitution.

Dans l'arrêt *Airport Taxicab (Malton) Association c. Canada (Ministre du Transport) et autres* (1986), 7 F.T.R. 105 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a conclu qu'on ne pouvait constituer une personne codéfenderesse aux termes de la Règle 1716 parce qu'on ne pouvait faire valoir aucune cause d'action fondée sur du droit fédéral contre la partie défenderesse proposée. Par ailleurs, dans l'arrêt *Forde et al. c. Waste Not Wanted Inc. et autres* (1984), D.R.S. 55-027 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a refusé de constituer des requérants parties défenderesses parce qu'elle n'était pas compétente pour connaître de l'action intentée par le demandeur contre les requérants. Des décisions analogues ont été rendues dans les arrêts *La Nation dénie c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.) et *Waterside Cargo Co-operative c. Conseil des ports nationaux* (1979), 107 D.L.R. (3d) 576 (C.F. 1^{re} inst.). Cette liste est loin de répertorier toutes les décisions relatives à cette question.

Par ces motifs, la requête présentée par les demandeurs en vue de constituer partie la Couronne du chef du Canada est rejetée. La requête des défendeurs visant à faire radier la déclaration des demandeurs au motif que cette Cour n'a pas compétence pour connaître de l'action est accueillie.

Les défendeurs ont droit aux dépens.

T-1559-88

T-1559-88

Her Majesty the Queen (*Applicant*)**Sa Majesté la Reine** (*requérante*)

v.

c.

Subah Sadiq (*Respondent*)^a **Subah Sadiq** (*intimé*)

T-1360-90

T-1360-90

Subah Sadiq (*Plaintiff*)**Subah Sadiq** (*demandeur*)

v.

^b c.**Her Majesty the Queen** (*Defendant*)**Sa Majesté la Reine** (*défenderesse*)

INDEXED AS: CANADA v. SADIQ (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. SADIQ (1^{re} INST.)

Trial Division, Cullen J.—Calgary, November 21; Ottawa, December 3, 1990.

^c Section de première instance, juge Cullen—Calgary, 21 novembre; Ottawa, 3 décembre 1990.

Citizenship — Application to revoke citizenship as obtained on false representations — Applications for permanent resident status and citizenship not disclosing existence of deportation orders — Notice of revocation four and one-half years after citizenship granted — Revocation proceedings civil, not time-barred by Citizenship Act, s. 31 — Delay breach of duty of fairness — Revocation of citizenship serious matter calling for immediate response — Duty of officials to verify information in citizenship application — Application dismissed.

Citoyenneté — Demande d'annulation de la citoyenneté au motif qu'elle a été obtenue au moyen de fausses déclarations — Les demandes de résidence permanente et de citoyenneté ne révélaient pas l'existence de mesures d'expulsion — Envoi d'un avis d'annulation quatre ans et demi après l'attribution de la citoyenneté — Les procédures d'annulation sont de nature civile et la prescription prévue par l'art. 31 de la Loi sur la citoyenneté ne s'applique pas — Le retard constituait un manquement à l'obligation d'être équitable — L'annulation de la citoyenneté est une question grave qui exige qu'on s'en occupe sans tarder — Les fonctionnaires avaient l'obligation de vérifier les renseignements fournis dans la demande de citoyenneté — Demande rejetée.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Citizenship Act, ss. 10 and 18, governing revocation of citizenship, not invalid as contrary to Charter, s. 7 — Purpose and effect of Act relevant — No unconstitutional purpose — Intent in ensuring compliance with immigration rules supporting revocation of citizenship for misrepresentation.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Les art. 10 et 18 de la Loi sur la citoyenneté, qui régissent l'annulation de la citoyenneté, ne sont pas incompatibles avec l'art. 7 de la Charte — L'objet et l'effet de la Loi sont pertinents — L'objet n'est pas inconstitutionnel — Le but poursuivi pour assurer le respect des règles en matière d'immigration appuie l'annulation de la citoyenneté obtenue au moyen de fausses déclarations.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Nothing intrinsically cruel and unusual in revocation of citizenship — Not infringing Charter, s. 12.

^g *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Il n'y a rien d'intrinsèquement cruel et inusité dans l'annulation de la citoyenneté — L'art. 12 de la Charte n'a pas été violé.*

Estoppel — Proceedings commenced by Minister for revocation of citizenship — Respondent (plaintiff) arguing application barred as out of time, breach of Charter rights — Whether delay constituting acquiescence in fraud, estopping Minister from initiating proceedings — As equitable remedy, plaintiff must come to court with clean hands — Unable to determine whether plaintiff having made false representations without cross-examination on affidavits.

^h *Fin de non-recevoir — Procédures engagées par le ministre pour faire annuler la citoyenneté — L'intimé (demandeur) a prétendu que la demande était prescrite parce qu'elle avait été présentée trop tard et que les droits qui lui sont garantis par la Charte avaient été violés — Ce retard constituait-il un acquiescement à la fraude empêchant le Ministre d'engager des procédures? — La fin de non-recevoir est un recours en equity et celui qui s'adresse à un tribunal d'equity doit avoir un comportement irréprochable — On ne peut établir si le demandeur a fait de fausses déclarations sans le contre-interroger au sujet du contenu de ses affidavits.*

An application by the Secretary of State, under section 10 of the *Citizenship Act*, to revoke respondent's citizenship as obtained by fraud or by concealing material circumstances and an action for declarations that sections 10 and 18 of the Act were of no force and effect in that they infringed plaintiff's

ⁱ Le juge en chef adjoint a ordonné que soient entendues ensemble la demande présentée par le Secrétaire d'État sous le régime de l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* pour faire annuler la citoyenneté de l'intimé au motif qu'elle a été obtenue par fraude ou au moyen de la dissimulation intentionnelle de

sections 7 and 12 Charter rights and that the Secretary of State's application was statute-barred as made out of time, were heard together by order of the Associate Chief Justice.

Sadiq comes from Pakistan. He entered Canada in 1974 as a visitor, overstayed and his deportation was ordered in 1978. He immediately married a Canadian and voluntarily returned to his native land. In 1979, he applied for permanent residence under his wife's sponsorship. He failed to disclose that he had been under a deportation order when he departed. Sadiq was granted permanent resident status in 1980. His March, 1983 citizenship application contained a statement that he had never been the subject of a deportation order. In August, he was again ordered deported — for the misrepresentation in his permanent residence application. Yet, in December that year, Sadiq was granted Canadian citizenship. Sadiq was divorced from his sponsor in 1980. Currently, he is going through a second divorce, from a woman he married in Pakistan, and living common law with a Canadian who is pregnant with his child.

Sadiq's position is that when he applied for permanent residence — and subsequently for citizenship — he was unaware that his deportation had ever been ordered. He suggests, however, that the authorities who granted him permanent residence and later citizenship should have been aware of that circumstance. It was his submission that section 31 of the Act was a bar to revocation proceedings, that sections 10 and 18 conflict with Charter sections 7 and 12 and that his rights under the last-mentioned sections had been infringed by the delay in commencing the revocation proceedings. Relief was sought under Charter subsection 24(1) in that Sadiq had been prejudiced by the delay.

The Minister relied on Sadiq's false statements and argued that his 1980 admission was without the Minister's consent — required under subsection 55(1) of the *Immigration Act* — and that the delay was needed to investigate the case. The Minister denied that any of Sadiq's Charter rights had been infringed.

Held, the application for revocation should be dismissed.

The revocation proceedings were not barred by section 31, which is confined to criminal proceedings. Revocation of citizenship is civil in nature and there is no statutory time limit to such a proceeding.

In *Canada v. Charran* it was held that "security of the person" could encompass the right to be protected from serious hurt of a corporeal or incorporeal nature. It was held, however, that the delay in processing the revocation of citizenship did not cause serious incorporeal hurt because the longer the delay, the longer the respondent could stay in Canada. There was no prejudice to the person. The same argument applies to "cruel

faits essentiels, et l'action tendant à l'obtention de jugements déclaratoires portant que les articles 10 et 18 de la Loi sont inopérants parce qu'ils contreviennent aux droits garantis par les articles 7 et 12 de la Charte et que la demande du Secrétaire d'État était prescrite parce qu'elle a été présentée trop tard.

Sadiq est originaire du Pakistan. Il est entré au Canada en 1974 en qualité de visiteur, y est demeuré au-delà de la durée prévue dans son visa et a fait l'objet d'une mesure d'expulsion en 1978. Il a aussitôt épousé une canadienne, puis est rentré de son plein gré dans son pays natal. En 1979, il a présenté une demande de résidence permanente parrainée par sa femme. Il a omis de divulguer qu'il avait été visé par une mesure d'expulsion lorsqu'il a quitté le Canada. Sadiq a obtenu le statut de résident permanent en 1980. Dans la demande de citoyenneté qu'il a présentée en mars 1983, il affirmait n'avoir jamais fait l'objet d'une mesure d'expulsion du Canada. En août, une nouvelle mesure d'expulsion a été prise contre lui au motif qu'il aurait fait une fausse déclaration dans sa demande de résidence permanente. Pourtant, en décembre de la même année, Sadiq a obtenu la citoyenneté canadienne. En 1980, Sadiq a divorcé d'avec la personne qui l'avait parrainé. À l'heure actuelle, il est en instance de divorce, cette fois d'avec une femme qu'il avait épousée au Pakistan, et il vit en concubinage avec une canadienne qui est enceinte et donnera naissance à l'enfant de Sadiq.

Sadiq prétend qu'au moment où il a demandé la résidence permanente, puis la citoyenneté, il ignorait qu'il avait déjà fait l'objet d'une mesure d'expulsion. Il soutient cependant que les autorités qui lui ont accordé la résidence permanente, puis la citoyenneté, auraient dû être au courant de ce fait. Selon lui, l'article 31 de la Loi faisait obstacle aux procédures d'annulation de la citoyenneté, les articles 10 et 18 de la Loi contreviennent aux articles 7 et 12 de la Charte et le retard dans le commencement des procédures d'annulation a violé les droits qui lui sont garantis par ces deux articles de la Charte. La demande de réparation aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte repose sur le préjudice que Sadiq aurait subi à cause de ce retard.

Le ministre s'est appuyé sur les fausses déclarations de Sadiq et a soutenu que celui-ci avait été admis au Canada en 1980 sans l'autorisation du ministre, qui est exigée par le paragraphe 55(1) de la *Loi sur l'immigration*, et que le retard était attribuable à l'enquête qu'il a fallu faire. Le ministre a refusé d'admettre que l'un des droits garantis à Sadiq par la Charte avait été violé.

Jugement: la demande d'annulation de la citoyenneté doit être rejetée.

La prescription prévue par l'article 31 ne s'applique pas aux procédures d'annulation car cet article ne vise que les poursuites criminelles. L'annulation de la citoyenneté est une procédure de nature civile et aucun délai de prescription ne la régit.

Dans l'arrêt *Canada c. Charran*, on a statué que la «sécurité de la personne» pouvait englober le droit à la protection contre un préjudice grave, qu'il soit de nature physique ou autre. On a toutefois conclu que le retard dans l'examen de l'annulation de la citoyenneté n'avait pas causé un préjudice grave de nature autre que physique, parce que plus longtemps l'annulation était retardée, plus longtemps l'intimée pouvait demeurer au

and unusual” treatment or punishment. There is nothing intrinsically “cruel and unusual” about the revocation of citizenship.

Both the purpose and effect of legislation are relevant in determining whether a statute is in conformity with the Charter. There was no evidence of an unconstitutional purpose in the *Citizenship Act*. As to effects, the intent in ensuring compliance with immigration rules is a guide in support of the measure of revoking citizenship for misrepresentation.

There was a violation of the Charter as the duty to be fair had been breached. The long, inappropriate delay on the part of the government officials was unacceptable having regard to the Supreme Court of Canada decision in *Askov*. Citizenship officials never checked to determine if Sadiq was subject to a deportation order. Citizenship should have known that the applicant had been deported and should not have relied on the attestation in the application. Revocation of citizenship is a serious matter and called for more immediate responses. The Court has the discretion to deny revocation under *Federal Court Act*, section 18 if there has been undue delay in commencing proceedings. The same discretion applies to proceedings under the *Citizenship Act*.

The delay in initiating the proceedings could be considered an acquiescence in any fraud by Sadiq, thus estopping the Minister from initiating proceedings. Estoppel, however, is an equitable remedy and one must come to a court of equity with clean hands. If Sadiq made false representations, he could be disentitled to equitable relief. To decide whether citizenship was obtained by false representations, the Court had to examine the evidence and determine the credibility of Sadiq. Because of the seriousness of the proceedings, the standard of proof was a high level of probability. The applicant’s credibility could not be determined on the basis of reading his affidavits without cross-examination or oral evidence. He could not be found guilty of misrepresentation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12, 24(1).
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18, 31.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 900.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 55.

Canada. Il n’y a pas eu de préjudice à la personne. Le même raisonnement s’applique aux «traitements ou peines cruels et inusités». Il n’y a rien d’intrinsèquement «cruel et inusité» dans l’annulation de la citoyenneté.

a L’objet et l’effet de la Loi sont tous deux importants pour déterminer si une loi est compatible avec la Charte. Rien ne prouve que la *Loi sur la citoyenneté* a un objet inconstitutionnel. Quant aux effets de la Loi, le but poursuivi pour assurer le respect des règles en matière d’immigration est une indication à l’appui de la mesure qu’est l’annulation de la citoyenneté obtenue au moyen de fausses déclarations.

b La Charte a été violée parce qu’il y a eu un manquement à l’obligation d’être équitable. Le retard long et indû des fonctionnaires du gouvernement était inacceptable vu la décision *Askov* de la Cour suprême du Canada. Les fonctionnaires de la Citoyenneté n’ont jamais vérifié si Sadiq était visé par une mesure d’expulsion. Ils auraient dû savoir que des mesures d’expulsion avaient été prises contre lui et ils n’auraient pas dû se fier à la déclaration qu’il a faite dans sa demande. L’annulation de la citoyenneté est une question grave qui exigeait qu’on s’en occupe plus rapidement qu’on ne l’a fait ici. La Cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser l’annulation aux termes de l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* si les procédures ont été engagées avec un retard injustifié. Le même pouvoir discrétionnaire s’applique aux procédures prises en application de la *Loi sur la citoyenneté*.

c On pourrait considérer le retard dans le commencement des procédures comme un acquiescement à la fraude que Sadiq pourrait avoir commise, ce qui empêcherait le ministre d’engager des procédures. Toutefois, la fin de non-recevoir est un recours en *equity*, et celui qui s’adresse à un tribunal d’*equity* doit avoir un comportement irréprochable. Si Sadiq a fait de fausses déclarations, il pourrait se voir privé du droit d’obtenir un redressement en *equity*. Pour décider si Sadiq a obtenu la citoyenneté au moyen de fausses déclarations, la Cour devait examiner la preuve et établir la crédibilité de Sadiq. En raison de la gravité des procédures, la norme de preuve était celle d’un niveau élevé de probabilités. On ne pouvait établir la crédibilité du requérant par la seule lecture de ses affidavits, sans le soumettre à un contre-interrogatoire ou entendre son témoignage. Il ne pouvait être trouvé coupable de fausses déclarations.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12, 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 10, 18, 31.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 55.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 900.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Secretary of State) v. Luitjens, [1989] 2 F.C. 125; (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 231 (T.D.); *Canada (Secretary of State) v. Delezos*, [1989] 1 F.C. 297; (1988), 22 F.T.R. 135; 6 Imm. L.R. (2d) 12 (T.D.); *Canada (Secretary of State) v. Charran* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 138; 21 F.T.R. 117 (F.C.T.D.); *Reyes v. Attorney General of Canada*, [1983] 2 F.C. 125; (1983), 149 D.L.R. (3d) 748; 3 Admin. L.R. 141; 13 C.R.R. 235 (T.D.); *Gittens (In re)*, [1983] 1 F.C. 152; (1982), 137 D.L.R. (3d) 687; 68 C.C.C. (2d) 438; 1 C.R.R. 346 (T.D.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

REFERRED TO:

Penner v. Electoral Boundaries Commission (Ont.), [1976] 2 F.C. 614 (T.D.); *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199.

COUNSEL:

Mark A. Gottlieb for respondent/plaintiff.
D. Bruce Logan for applicant/defendant.

SOLICITORS:

Mark A. Gottlieb, Calgary, for respondent/plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for applicant/defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

CULLEN J.: This is an application by Subah Sadiq (Sadiq) for a declaration against the Crown under the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (the Act), and for an order quashing a reference to this Court by the Secretary of State. In File T-1559-88, the Secretary of State (the Minister), applied to the Governor in Council pursuant to section 10 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985 c. C-29, to revoke the citizenship of the respondent Sadiq on the ground that such citizenship was obtained "by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances". This application has been referred to the Federal Court by the Minister pursuant to section 18 of the Act. On December 19, 1989, Sadiq brought an application in T-1559-88 seeking a declaration

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens, [1989] 2 C.F. 125; (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 231 (1^{re} inst.); *Canada (Secrétaire d'État) c. Delezos*, [1989] 1 C.F. 297; (1988), 22 F.T.R. 135; 6 Imm. L.R. (2d) 12 (1^{re} inst.); *Canada (Secrétaire d'État) c. Charran* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 138; 21 F.T.R. 117 (C.F. 1^{re} inst.); *Reyes c. Procureur général du Canada*, [1983] 2 C.F. 125; (1983), 149 D.L.R. (3d) 748; 3 Admin. L.R. 141; 13 C.R.R. 235 (1^{re} inst.); *Gittens (In re)*, [1983] 1 C.F. 152; (1982), 137 D.L.R. (3d) 687; 68 C.C.C. (2d) 438; 1 C.R.R. 346 (1^{re} inst.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

DÉCISIONS CITÉES:

Penner c. La Commission de délimitation des circonscriptions électorales (Ont.), [1976] 2 C.F. 614 (1^{re} inst.); *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

AVOCATS:

Mark A. Gottlieb pour l'intimé/demandeur.
D. Bruce Logan pour la requérante/défendesse.

PROCUREURS:

Mark A. Gottlieb, Calgary, pour l'intimé/demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la requérante/défendesse.

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

LE JUGE CULLEN: Cette demande présentée par Subah Sadiq (Sadiq) tend à l'obtention d'un jugement déclaratoire contre la Couronne en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985) chap. C-29 (la Loi), ainsi que d'une ordonnance portant annulation d'un renvoi adressé à la Cour par le Secrétaire d'État. Dans le dossier n° T-1559-88, le Secrétaire d'État (le ministre) a demandé au gouverneur en conseil conformément à l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), chap. C-29, d'annuler la citoyenneté de l'intimé Sadiq au motif que cette citoyenneté avait été obtenue «par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels». Cette demande a été renvoyée à la Cour fédérale par le ministre en application de l'article 18 de la

that sections 10 and 18 of the Act are of no force and effect in that they infringe the rights of Sadiq guaranteed by sections 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). This application was adjourned *sine die* by McNair J. On May 17, 1990, Sadiq filed a statement of claim (T-1360-90) seeking:

(1) a declaration pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] that sections 10 and 18 of the *Citizenship Act* are of no force and effect on the grounds that they infringe the rights of the plaintiff guaranteed under section 7 and section 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

(2) a declaration that the application for revocation to the Governor in Council and the reference to this Court were made out of time and are therefore statute-barred because of this delay;

(3) a judgment quashing the reference or staying the proceedings in respect thereof.

Counsel for Sadiq had requested that both the Charter application in T-1559-88 and the relief requested in the statement of claim in T-1360-90 be heard at the same time and place, which request was granted by the Associate Chief Justice.

FACTS

On April 11, 1974, Sadiq entered Canada as a visitor from his native Pakistan. He remained in Canada beyond the time permitted under his visitor's visa and was ordered deported from Canada on May 9, 1978. Six days later, on May 15, 1978, Sadiq married Lucia Dizep, a Canadian citizen. He departed voluntarily from Canada at his own expense on May 20, 1978.

Loi. Le 19 décembre 1989, Sadiq a présenté une demande dans le dossier n° T-1559-88 en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que les articles 10 et 18 de la Loi sont inopérants parce qu'ils contreviennent aux droits qui lui sont garantis par les articles 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] (la Charte). Cette demande a été ajournée *sine die* par le juge McNair. Le 17 mai 1990, Sadiq a déposé une déclaration (T-1360-90) en vue d'obtenir:

(1) un jugement déclaratoire aux termes du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [Annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. 1985, Appendice II, n° 44]] portant que les articles 10 et 18 de la *Loi sur la citoyenneté* sont inopérants parce qu'ils contreviennent aux droits qui sont garantis au demandeur par les articles 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

(2) un jugement déclaratoire portant que la demande tendant à l'annulation de la citoyenneté adressée au gouverneur en conseil et le renvoi dont la Cour a été saisie ont été présentés trop tard et sont par conséquent prescrits à cause de ce retard;

(3) un jugement tendant à l'annulation du renvoi ou à la suspension des procédures engagées à cet égard.

L'avocat de Sadiq a demandé que la demande fondée sur la Charte versée au dossier n° T-1559-88 et le redressement demandé dans la déclaration versée au dossier n° T-1360-90 soient entendus ensemble. Le juge en chef adjoint a fait droit à cette demande.

FAITS

Le 11 avril 1974, Sadiq est entré au Canada en qualité de visiteur en provenance de son pays natal, le Pakistan. Il est demeuré au Canada au-delà de la durée prévue dans son visa de visiteur et a fait l'objet d'une mesure d'expulsion le 9 mai 1978. Six jours plus tard, soit le 15 mai 1978, Sadiq a épousé une citoyenne canadienne nommée Lucia Dizep. Il a quitté le Canada de son plein gré et à ses frais le 20 mai 1978.

Subsequently, on July 25, 1979, Sadiq applied for permanent residence in Canada from Pakistan on the sponsorship of his wife. In this application, Sadiq did not disclose that he had been under a deportation order when he left Canada. On January 24, 1980, Sadiq's application for permanent residence was granted, and he was granted admission to Canada as a permanent resident on February 15, 1980.

Sadiq applied for Canadian citizenship on March 8, 1983. In this application, he stated that he had never been subject to a deportation order from Canada. Sadiq was subsequently ordered deported from Canada again on August 23, 1983, on the ground that he had misrepresented his status in respect of his departure from Canada on May 20, 1978, for the purpose of obtaining permanent resident status in Canada. Sadiq appealed the deportation order to the Immigration Appeal Board, but the appeal has been stayed pending the outcome of the application by the Secretary of State to revoke the citizenship of Sadiq, which was approved by a citizenship court judge on August 30, 1983. Citizenship was granted to Sadiq on his taking of the oath of Canadian citizenship on December 15, 1983.

Sadiq is presently and has been since 1980 employed with Domtar Packaging. In December, 1980, Sadiq was divorced from Lucia Dizep. In January, 1984, Sadiq married Farida Haji Yousef in Pakistan, and sponsored her application for permanent residence in Canada, which was granted in 1985. They have a child, Omar, born January 22, 1986. They are currently being divorced. Sadiq presently has a common law relationship with a Canadian citizen who is pregnant with Sadiq's child.

SADIQ'S POSITION

The position of Sadiq is that at the time he made his application for permanent residence, he was not aware that he had been ordered deported from Canada. He also states that he was unaware of having been the subject of any deportation order at the time he applied for citizenship. In support of this claim, he states that he relied on legal advice of Mr. G. Jamieson, the fact that he was permitted to marry a Canadian citizen on May 15, 1978, and the fact that he left Canada voluntarily on May

Le 25 juillet 1979, Sadiq a présenté, du Pakistan, une demande de résidence permanente au Canada qui était parrainée par sa femme. Dans cette demande, il ne mentionnait pas qu'il avait été visé par une mesure d'expulsion lorsqu'il a quitté le Canada. Le 24 janvier 1980, la demande de résidence permanente a été approuvée et Sadiq a été admis au Canada à titre de résident permanent le 15 février 1980.

Le 8 mars 1983, Sadiq a demandé la citoyenneté canadienne. Dans cette demande, il affirmait n'avoir jamais fait l'objet d'une mesure d'expulsion du Canada. Le 23 août 1983, une nouvelle mesure d'expulsion a été prise contre lui au motif qu'il aurait fait une fausse déclaration au sujet de son statut à son départ du Canada le 20 mai 1978, afin d'obtenir le statut de résident permanent au Canada. Sadiq a fait appel de la mesure d'expulsion devant la Commission d'appel de l'immigration, mais l'appel a été suspendu en attendant que soit tranchée la demande présentée par le Secrétaire d'État pour faire annuler la citoyenneté de Sadiq, dont la demande avait été approuvée par un juge de la citoyenneté le 30 août 1983. Sadiq a obtenu la citoyenneté lorsqu'il a prêté le serment de citoyenneté canadienne le 15 décembre 1983.

Depuis 1980, Sadiq travaille chez Domtar Packaging. En décembre 1980, il a divorcé d'avec Lucia Dizep. En janvier 1984, il a épousé Farida Haji Yousef au Pakistan, dont il a parrainé la demande de résidence permanente au Canada. Cette demande a été approuvée en 1985. Un enfant appelé Omar est né de ce mariage le 22 janvier 1986. Les époux sont maintenant divorcés. Sadiq vit actuellement en concubinage avec une citoyenne canadienne qui est enceinte et donnera naissance à l'enfant de Sadiq.

POSITION DE SADIQ

Sadiq prétend qu'au moment où il a demandé la résidence permanente, il ignorait qu'il avait fait l'objet d'une mesure d'expulsion du Canada. Il prétend aussi qu'il ne savait pas qu'il avait été visé par une mesure d'expulsion lorsqu'il a présenté sa demande de citoyenneté. Pour appuyer ses dires, il déclare qu'il a demandé conseil à un avocat, M. G. Jamieson, et invoque le fait qu'il a pu épouser une citoyenne canadienne le 15 mai 1978 et qu'il a quitté le Canada de son plein gré le 20 mai 1978.

20, 1978. In essence, he states that at the material times that he was granted permanent residence status on January 24, 1980 and Canadian citizenship on August 30, 1983, both the Minister of Employment and Immigration and the Secretary of State ought to have known that he had been ordered deported on May 9, 1978 and August 23, 1983.

Sadiq also states that section 31 of the Act is a bar to any further revocation proceedings. Section 31 reads as follows:

31. Any proceedings in respect of an offence under this Act or the regulations that is punishable on summary conviction may be instituted at any time within but not later than three years after the time when the offence was committed.

Sadiq also seeks an order pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that sections 10 and 18 of the *Citizenship Act* are of no force or effect because they conflict with sections 7 and 12 of the Charter, and consequently an order staying the revocation proceedings initiated pursuant to those provisions. He seeks a further order pursuant to subsection 24(1) of the Charter staying the proceedings on the ground that his rights under sections 7 and 12 of the Charter were infringed. The essence of the alleged infringement is the prejudice that would befall Sadiq because of the delay in applying for the revocation.

THE MINISTER'S POSITION

With respect to the reference to this Court initiated by the Minister to revoke Sadiq's citizenship, the Minister's position is that Sadiq has obtained citizenship on the basis of false representations made in his application for Canadian citizenship, or by knowingly concealing material circumstances, in that he falsely stated in both his application for permanent residence and citizenship that he had never been deported from Canada. The Minister further states that when Sadiq was granted admission to Canada on February 15, 1980, such entry was without the consent of the Minister of Employment and Immigration as required in such circumstances by subsection 55(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 which reads:

En substance, il déclare que le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le Secrétaire d'État auraient dû savoir, au moment où lui ont été accordés le statut de résident permanent, le 24 janvier 1980, et la citoyenneté canadienne, le 30 août 1983, que des mesures d'expulsion avaient été prises contre lui le 9 mai 1978 et le 23 août 1983.

Sadiq affirme par ailleurs que l'article 31 de la Loi fait obstacle à toute autre procédure d'annulation de sa citoyenneté. En voici le libellé:

31. Les poursuites visant une infraction à la présente loi ou aux règlements punissable par procédure sommaire se prescrivent par trois ans à compter de sa perpétration.

Sadiq demande que soit rendue une ordonnance aux termes du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* portant que les articles 10 et 18 de la *Loi sur la citoyenneté* sont inopérants parce qu'ils contreviennent aux articles 7 et 12 de la Charte et, partant, une ordonnance suspendant les procédures d'annulation engagées en application de la *Loi sur la citoyenneté*. Il demande aussi que soit rendue une ordonnance aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte suspendant ces procédures au motif que les droits qui lui sont garantis par les articles 7 et 12 de la Charte ont été violés. La violation reprochée réside principalement dans le préjudice que subirait Sadiq à cause du retard dans la présentation de la demande d'annulation de sa citoyenneté.

POSITION DU MINISTRE

Dans le renvoi qu'il a adressé à la Cour pour obtenir l'annulation de la citoyenneté de Sadiq, le ministre déclare que Sadiq a obtenu la citoyenneté en faisant de fausses déclarations dans sa demande de citoyenneté canadienne, ou en dissimulant intentionnellement des faits essentiels, vu qu'il a faussement déclaré tant dans sa demande de résidence permanente que dans sa demande de citoyenneté qu'il n'avait jamais été expulsé du Canada. Le ministre affirme en outre que lorsque Sadiq a été admis au Canada le 15 février 1980, il n'avait pas l'autorisation du ministre de l'Emploi et de l'Immigration qui est exigée dans ces circonstances par le paragraphe 55(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985) chap. I-2. Ce paragraphe prévoit que:

55. (1) Subject to section 56, where a deportation order is made against a person, the person shall not, after he is removed from or otherwise leaves Canada, come into Canada without the written consent of the Minister unless an appeal from the order has been allowed.

The Minister states that if there was delay, the delay was necessary to investigate the circumstances of the case and to consider the consequences of revocation of citizenship upon Sadiq. With respect to the Charter issues, the Minister has denied any infringement of Charter rights.

ISSUES

1. Are the revocation proceedings barred by virtue of section 31 of the *Citizenship Act*?
2. Does the prejudice, if any, caused by the delay in initiating revocation proceedings infringe Sadiq's Charter rights under section 7 or section 12?
3. Are sections 10 and 18 of the *Citizenship Act* inconsistent with section 7 and 12 of the Charter and therefore of no force and effect to the extent of the inconsistency, pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*?

ANALYSIS

Revocation proceedings are governed by sections 10 and 18 of the *Citizenship Act*, which read as follows:

10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

- (a) the person ceases to be a citizen, or
- (b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.

55. (1) Sous réserve de l'article 56, quiconque fait l'objet d'une mesure d'expulsion ne peut plus revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre, sauf si la mesure est annulée en appel.

Le ministre soutient que si retard il y a eu, il est attribuable aux démarches qu'il a fallu faire pour enquêter sur les circonstances de l'affaire et examiner les conséquences qu'entraînerait pour Sadiq la perte de sa citoyenneté. Quant aux arguments fondés sur la Charte, le ministre refuse d'admettre que des droits garantis par la Charte ont été violés.

QUESTIONS EN LITIGE

1. L'article 31 de la *Loi sur la citoyenneté* fait-il obstacle aux procédures d'annulation?
2. Le préjudice, s'il en est, causé par le commencement en retard des procédures d'annulation viole-t-il les droits garantis à Sadiq par les articles 7 et 12 de la Charte?
3. Les articles 10 et 18 de la *Loi sur la citoyenneté* sont-ils incompatibles avec les articles 7 et 12 de la Charte et, par conséquent, inopérants dans la mesure de cette incompatibilité, aux termes du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

ANALYSE

Les procédures d'annulation sont régies par les articles 10 et 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, qui sont ainsi conçus:

10. (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre, que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l'intéressé, à compter de la date qui y est fixée:

- a) soit perd sa citoyenneté;
- b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

(2) Est réputée avoir acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne qui l'a acquise à raison d'une admission légale au Canada à titre de résident permanent obtenue par l'un de ces trois moyens.

18. (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and

(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or

(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

(2) The notice referred to in subsection (1) shall state that the person in respect of whom the report is to be made may, within thirty days after the day on which the notice is sent to him, request that the Minister refer the case to the Court, and such notice is sufficient if it is sent by registered mail to the person at his latest known address.

(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom. [Emphasis added.]

Reference must also be made to Rules 900 ff. of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663].

Thus, the task of the Court on the reference was to decide whether citizenship was obtained by false representations or fraud. This was of course, a matter of examining the evidence and determining the credibility of Sadiq. Because of the seriousness of the proceedings, the standard of proof required of such alleged civil fraud in revocation proceedings will be a high level of probability. As Collier J. held in *Canada (Secretary of State) v. Luitjens*, [1989] 2 F.C. 125 (T.D.), at page 134:

The standard of proof required in civil proceedings is a preponderance of evidence, or a balance of probabilities. But in that standard there may be degrees of the quality of the proof required.

The position I shall adopt here is that as set out by Lord Scarman in *Khawaja v. Secretary of State for The Home Dept.*, [1983] 1 All ER 765 (H.L.), at page 780. A high degree of probability is, in my opinion, required in a case of this kind. What is at stake here is very important; the right to keep Canadian citizenship, and the serious consequences that may result if that citizenship ceases.

Application of Time Limit in Section 31:

The time limit of three years referred to in section 31 of the Act relating to the initiation of proceedings in respect of offences under the Act has no application to revocation proceedings. This provision is confined to the initiation of proceedings in courts of criminal jurisdiction. The revoca-

18. (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne se soit réalisée:

a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;

b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit spécifier la faculté qu'a l'intéressé, dans les trente jours suivant sa date d'expédition, de demander au ministre le renvoi de l'affaire devant la Cour. La communication de l'avis peut se faire par courrier recommandé envoyé à la dernière adresse connue de l'intéressé.

(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel. [C'est moi qui souligne.]

Il convient aussi de faire mention des Règles 900 et suivantes des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663].

Il s'agissait donc pour la Cour saisie du renvoi d'établir si la citoyenneté a été obtenue au moyen de fausses déclarations ou frauduleusement. À cette fin, la Cour devait analyser la preuve produite et évaluer la crédibilité de Sadiq. Vu la gravité des procédures d'annulation, la norme de preuve devant être appliquée à cette prétendue fraude de nature civile sera celle d'un niveau élevé de probabilités. Comme l'a conclu le juge Collier dans l'arrêt *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens*, [1989] 2 C.F. 125 (1^{re} inst.), à la page 134:

La norme de la preuve requise en matière civile est la prépondérance de la preuve ou la prépondérance des probabilités. Mais il peut y avoir, dans cette norme, certains degrés quant à la qualité de la preuve requise.

La position que j'adopterai ici est celle que lord Scarman a exposée dans l'arrêt *Khawaja v. Secretary of State for the Home Dept.*, [1983] 1 All ER 765 (H.L.), à la page 780. Il me semble qu'il doit y avoir un niveau élevé de probabilités dans une affaire telle que la présente. C'est une question très importante qui est en jeu ici; le droit de garder la citoyenneté canadienne, ainsi que les conséquences graves qui peuvent découler de la perte de cette citoyenneté.

Application du délai prévu à l'article 31:

Le délai de trois ans dont il est question à l'article 31 de la Loi au sujet des poursuites visant des infractions à la Loi ne s'applique pas aux procédures d'annulation. Ces dispositions régissent uniquement les poursuites intentées devant des tribunaux de juridiction criminelle. L'annulation

tion of citizenship is not a criminal proceeding. In *Canada (Secretary of State) v. Delezos*, [1989] 1 F.C. 297 (T.D.), Muldoon J. held (at page 303) that a proceeding taken under the revocation provisions "is entirely civil in nature; it is not a criminal law proceeding." As there is no penal result from the outcome of a citizenship revocation proceeding, the reference to "offence" in section 31 does not contemplate application to revocation proceedings.

In any event, it should be noted that the provisions of section 10 state that the citizenship of a person is revoked as soon as the Governor in Council is satisfied that the citizenship was obtained by fraud or misrepresentation, notwithstanding any other section of this Act. It is my view that the provisions applicable to the Governor in Council apply *mutatis mutandis* to the Federal Court when the person elects to refer the matter to the Court. It would certainly be anomalous if it were possible for a person to circumvent the revocation provisions after three years had elapsed from the date of the misrepresentation by applying to the Federal Court if section 31 were to apply to it, but not the Cabinet. The time limit in section 31 was not intended to have any application to revocation proceedings either before the Governor in Council or the Federal Court, and there is no statutory time limit to such a proceeding.

The delay in initiating the proceedings could be considered an acquiescence of any fraud by Sadiq, and thus the Minister is estopped from initiating proceedings. Estoppel, however, requires a representation to be made by one party to another. The Minister makes reference in one of the motions to a memo in the Immigration Department which could found an estoppel. However, estoppel is an equitable remedy, and one must come to a court of equity with "clean hands". If Sadiq made false representations, he could be disentitled to equitable relief. The Federal Court does have the discretion to deny relief sought under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] if there has been undue delay in commencing proceedings: *Penner v. Electoral Boundaries Commission (Ont.)*, [1976] 2 F.C. 614 (T.D.) *Quaere*, however, if the same discretion applies to proceedings under the *Citizenship Act*? In my

de la citoyenneté n'est pas une procédure de nature criminelle. Dans l'arrêt *Canada (Secrétaire d'État) c. Delezos*, [1989] 1 C.F. 297 (1^{re} inst.), le juge Muldoon a conclu (à la page 303) qu'une procédure engagée sous le régime des dispositions relatives à l'annulation de la citoyenneté est une procédure «de caractère purement civil et non... une poursuite en droit pénal». Comme cette procédure ne comporte aucune conséquence pénale, le terme «infraction» mentionné à l'article 31 ne saurait s'appliquer aux procédures d'annulation.

Quoi qu'il en soit, il convient de noter que l'article 10 de la Loi précise que la citoyenneté d'une personne est annulée dès que le gouverneur en conseil est convaincu qu'elle a été obtenue par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration, sous réserve du seul article 18 de la Loi. À mon sens, les dispositions qui s'appliquent au gouverneur en conseil s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à la Cour fédérale lorsque la personne concernée demande le renvoi de l'affaire à la Cour. Il serait certainement anormal qu'une personne puisse contourner les dispositions relatives à l'annulation de la citoyenneté en s'adressant à la Cour fédérale trois ans après la date de la fausse déclaration, si l'article 31 devait s'appliquer, mais pas le Cabinet. Le délai prévu à l'article 31 n'a pas été conçu pour s'appliquer aux procédures d'annulation devant le gouverneur en conseil ou la Cour fédérale, et celles-ci ne sont jamais prescrites.

On pourrait considérer le retard dans le commencement des procédures comme un acquiescement à la fraude que Sadiq pourrait avoir commise, ce qui empêcherait alors le ministre d'engager des procédures. Or pour qu'on puisse opposer une telle fin de non-recevoir, il faut que l'une des parties ait fait une déclaration à l'autre. Le ministre fait état dans l'une des requêtes d'une note de service du ministère de l'Immigration qui pourrait servir de fondement à cette fin de non-recevoir. Toutefois, la fin de non-recevoir est un recours en equity, et celui qui s'adresse à un tribunal d'equity doit avoir un comportement irréprochable. Si Sadiq a fait de fausses déclarations, il pourrait se voir privé du droit d'obtenir un redressement en equity. La Cour fédérale a le pouvoir discrétionnaire de refuser le redressement demandé en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] si les

opinion, it does apply, as the policy considerations would be the same. In any event, the result would only be to give the Court the discretion to deny the Minister.

Infringement of Sections 7 and 12 of the Charter:

Sadiq alleges that the delay in initiating proceedings and the consequential prejudice infringe his rights under sections 7 and 12 of the Charter. The two Charter sections read as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

In *Canada (Secretary of State) v. Charran* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 138 (F.C.T.D.) Dubé J. had to consider whether the delay associated in processing the revocation of a person's citizenship infringed the right of a person not to be deprived of security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Dubé J. acknowledged [at page 144] that the term "security of the person" could encompass a wide variety of interests, including the right to be protected "from serious hurt, whether of a corporeal or an incorporeal nature". In this case, the person's passport and birth certificate had been seized, and the person claimed that she lived in fear of her status in Canada being challenged because of her lack of documentation pending the hearing. Dubé J., however, found no infringement of section 7 because of the delay as there was no prejudice to the person. His Lordship stated, at pages 144-145:

Even if I were to apply the "expansive approach", I could not come to the conclusion, in this matter, that the delay in the processing of the revocation of the citizenship of the respondent has caused her serious incorporeal hurt. It stands to reason that the longer the revocation was delayed, the longer she could stay in Canada; she would undoubtedly be happier if the delay had lasted her lifetime. The deprivation of her identity documents undoubtedly caused her much distress, but she was guilty of

procédures ont été engagées avec un retard injustifié: *Penner c. La Commission de délimitation des circonscriptions électorales (Ont.)*, [1976] 2 C.F. 614 (1^{re} inst.). On peut toutefois se demander si la Cour jouit du même pouvoir discrétionnaire à l'égard des procédures prises en application de la *Loi sur la citoyenneté*. J'estime que oui, car les considérations générales seraient les mêmes. De toute façon, cela ne ferait que donner à la Cour le pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande du ministre.

Violation des articles 7 et 12 de la Charte:

Sadiq prétend que le retard dans le commencement des procédures et le préjudice qu'il subirait contreviennent aux droits qui lui sont garantis par les articles 7 et 12 de la Charte. Ces deux articles sont ainsi libellés:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

Dans l'arrêt *Canada (Secrétaire d'État) c. Charran* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 138 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Dubé devait examiner si le retard dans l'examen de l'annulation de la citoyenneté violait le droit d'une personne de ne pas être privée de la sécurité de sa personne, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le juge Dubé a reconnu [à la page 144] que l'expression «sécurité de sa personne» pouvait englober une foule d'intérêts, y compris le droit à la protection «contre un préjudice grave, qu'il soit de nature physique ou autre». Dans cette affaire, le passeport et le certificat de naissance de l'intimée avaient été saisis et cette dernière affirmait qu'elle vivait dans la crainte d'une contestation de son statut au Canada parce qu'elle n'était pas en possession de ces documents pendant l'instance. Le juge Dubé a toutefois conclu que ce retard n'avait pas entraîné la violation de l'article 7 vu l'absence de préjudice à la personne. Il a déclaré, aux pages 144 et 145:

Même si j'utilisais «l'interprétation large», je ne pourrais conclure en l'espèce que le retard dans l'examen de la révocation de la citoyenneté de l'intimée lui a causé un préjudice grave de nature autre que physique. Il est évident que plus longtemps la révocation était retardée, plus longtemps elle pouvait demeurer au Canada; elle aurait sans doute été plus heureuse si le retard s'était prolongé sa vie durant. Elle a certes souffert beaucoup d'avoir été privée de ses documents d'identité, mais elle était

misrepresentation and impersonation and she has only herself to blame if her Canadian passport was taken away from her. As to her birth certificate, I presume that she could readily obtain a certified copy from her country of origin, as it is obviously not a Canadian document. Having entered the country under false pretences and having been caught by the authorities, she is in no position to blame them for her present anxiety.

The same argument could be made with respect to the argument on "cruel and unusual treatment or punishment". In law there is nothing intrinsically "cruel and unusual" about the revocation of citizenship. In *Reyes v. Attorney General of Canada*, [1983] 2 F.C. 125 (T.D.). Cattanach J. held that there was nothing cruel and unusual about an executive order by the Cabinet that denied a grant of citizenship pursuant to section 18 of the Act, as it then was, because the Cabinet felt that it would be prejudicial to the security of Canada. It is conceded that the applicant in the *Reyes* case could have continued to stay in Canada despite the lack of citizenship. However, in *Gittens (In re)*, [1983] 1 F.C. 152 (T.D.), Mahoney J. held that the execution of deportation orders generally do not constitute cruel and unusual treatment. His Lordship stated, at page 161:

The incidents of deportation, whatever their degree, do not render it cruel and unusual treatment of an adult.

As a norm, execution of a deportation order is not, in the abstract, cruel and unusual treatment.

Therefore, if deportation is generally not cruel and unusual treatment, it follows that revocation of citizenship that could lead to deportation is also not cruel and unusual treatment.

With respect to the declaration of invalidity sought for sections 10 and 18 of the *Citizenship Act*, it is clear from *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, that both the purpose and effect of legislation were relevant in determining whether a statute was in conformity with the Charter. In this case, there is no evidence of an unconstitutional purpose in the statute.

As to the effects, the analysis above is applicable here. The intent of the nation in ensuring compli-

coupable de fausses déclarations, de s'être fait passer pour une autre et elle n'a qu'à s'en prendre à elle-même si son passeport canadien lui a été retiré. Quant à son certificat de naissance, je pense qu'elle pourrait rapidement s'en procurer une copie certifiée de son pays d'origine puisqu'il ne s'agit évidemment pas d'un document canadien. Parce qu'elle est entrée au pays sous de faux prétextes et qu'elle s'est fait prendre par les autorités, elle ne peut en aucun cas leur reprocher son angoisse actuelle.

On pourrait tenir le même raisonnement à propos de l'argument fondé sur les «traitements ou peines cruels et inusités». En droit, il n'y a rien d'intrinsèquement «cruel et inusité» dans l'annulation de la citoyenneté. Dans l'arrêt *Reyes c. Procureur général du Canada*, [1983] 2 C.F. 125 (1^{re} inst.), le juge Cattanach a conclu qu'il n'y avait rien de cruel et d'inusité dans un décret refusant l'attribution de la citoyenneté qu'avait pris le Cabinet en application de l'article 18 de la Loi, dans sa version antérieure, parce qu'il estimait que l'octroi de la citoyenneté porterait atteinte à la sécurité du Canada. Il faut reconnaître que le requérant dans l'affaire *Reyes* aurait pu continuer de séjourner au Canada même s'il n'avait pas la citoyenneté canadienne. Toutefois, le juge Mahoney a affirmé dans l'arrêt *Gittens (In Re)*, [1983] 1 C.F. 152 (1^{re} inst.), que l'exécution des ordonnances d'expulsion en général ne constitue pas un traitement cruel et inusité. Il a ajouté à la page 161:

Peu importe les conséquences de l'expulsion, celles-ci ne sauraient constituer un traitement cruel et inusité à l'égard d'une personne d'âge adulte.

En qualité de norme, l'exécution d'une ordonnance d'expulsion ne peut, dans l'abstrait, constituer un traitement cruel et inusité.

Par conséquent, si l'expulsion ne constitue pas un traitement cruel et inusité, cela veut dire que l'annulation de la citoyenneté qui pourrait se solder par une expulsion ne constitue pas non plus un traitement cruel et inusité.

Quant au jugement déclaratoire demandé au sujet de la nullité des articles 10 et 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, il ressort clairement de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, que l'objet et l'effet de la loi sont tous les deux importants pour déterminer si une loi est compatible avec la Charte. En l'espèce, rien ne prouve que la Loi a un objet inconstitutionnel.

L'analyse qui précède s'applique également aux effets de la Loi. Le but poursuivi par le pays pour

ance with immigration rules is a guide in support of the measure of revoking citizenship for misrepresentation.

CONCLUSION

The reference by the Secretary of State to this Court is in order. The application for revocation is not statute barred. However, there is clearly a violation of the Charter. There is a duty on the part of the Citizenship officials to be fair and in my view they have failed in that responsibility due to delay.

Sadiq secured permanent resident status on January 24, 1980. On March 8, 1983 he applied to become a Canadian citizen. Although ordered deported again on August 23, 1983, his citizenship application was approved on August 30, 1983 and on December 15, 1983 he took his oath of Canadian Citizenship. The citizenship officials never checked to determine if Sadiq was subject to a deportation order. The Immigration people knew this fact May 28, 1979 and certainly by April/May 1981. Immigration did not communicate this information to Citizenship and that's not surprising but what is incredible is that Citizenship never asked. The bland response by Citizenship was that they relied on the applicant's answer. One is moved to wonder if they check with the RCMP when a person says he has no criminal record. The sequence of events after Sadiq secured Canadian citizenship also provides some insight into the almost lackadaisical approach taken by the Citizenship people. Counsel for Sadiq, after reading the affidavit by a Ms. Lane, states, and I agree:

We have an explanation that is rife with systemic delay, delay that is not justified on any kind of interpretation of the way that a government department such as the Citizenship Department ought to work; delay that would not be countenanced, my lord, by the Supreme Court of Canada having regard to the *Askov* case.

The facts, or at least the dates, are not in dispute: Sadiq's Canadian citizenship application was approved August 30, 1983 and he took his oath as a Canadian citizen December 15, 1983.

assurer le respect des règles en matière d'immigration est une indication à l'appui de la mesure qu'est l'annulation de la citoyenneté obtenue au moyen de fausses déclarations.

^a CONCLUSION

Le renvoi adressé par le Secrétaire d'État à la Cour est opportun. La demande d'annulation de la citoyenneté n'est pas prescrite. Il est cependant évident que la Charte a été violée. Les fonctionnaires de la Citoyenneté ont l'obligation d'être équitables et, à mon sens, ils ont manqué à cette obligation, compte tenu du retard.

^b Sadiq a obtenu le statut de résident permanent le 24 janvier 1980. Le 8 mars 1983, il a demandé la citoyenneté canadienne. Même si Sadiq a fait l'objet d'une nouvelle mesure d'expulsion le 23 août 1983, sa demande de citoyenneté a été approuvée le 30 août 1983 et il a prêté le serment de citoyenneté canadienne le 15 décembre 1983. Les fonctionnaires de la Citoyenneté n'ont jamais vérifié si Sadiq était visé par une mesure d'expulsion. Les fonctionnaires de l'Immigration étaient au courant de ce fait le 28 mai 1979; ils l'étaient certainement au mois d'avril ou de mai 1981. Ils n'ont pas transmis ce renseignement aux fonctionnaires de la Citoyenneté, ce qui n'est guère étonnant; en revanche, ce qui est incroyable, c'est que les fonctionnaires de la Citoyenneté n'ont jamais posé la moindre question. À ce propos, ils se sont contentés de dire qu'ils s'étaient fiés à la réponse du requérant. On peut se demander s'ils font des vérifications auprès de la GRC lorsqu'une personne affirme n'avoir aucun casier judiciaire. La suite des événements après que Sadiq a obtenu la citoyenneté canadienne aide aussi un peu à comprendre l'attitude quasiment apathique des fonctionnaires de la Citoyenneté. Après avoir fait lecture de l'affidavit de Mme Lane, l'avocat de Sadiq a déclaré, et je souscrit à cette affirmation:

^c [TRADUCTION] Nous nous expliquons la situation ainsi: les retards sont monnaie courante mais ils ne sont pas justifiés, peu importe comment on interprète la façon dont un organisme fédéral comme la Citoyenneté devrait fonctionner. Ce sont des retards que la Cour suprême du Canada n'approuverait pas, votre seigneurie, eu égard à la décision *Askov*.

^d Les faits, ou du moins les dates, ne sont pas contestés: la demande de citoyenneté canadienne de Sadiq a été approuvée le 30 août 1983 et Sadiq a prêté le serment de citoyenneté canadienne le 15

The notice of revocation, according to Ms. Lane, the Registrar of Canadian Citizenship, was signed July 21, 1987 (although the document given to the Court was dated June 7, 1988). In any event some four and a half to five years elapsed before Sadiq had any notice of revocation.

In the Lane affidavit we learn that Canada Immigration, Calgary, notified the Citizenship Department on March 21, 1984 that Sadiq had been ordered deported twice, once in 1978 and again in 1983. (Exhibit A to the affidavit of Sadiq is a two-way office memorandum confirming he had been deported, that he was allowed voluntary departure and that they had no objection to his return).

At page 19 of the transcript counsel for Sadiq states:

It's unbelievable in my respectful submission, to think that in the 1980's two government departments that are so closely allied would have such a lack of communication that it would take three years for the Citizenship Department to know that Mr. Sadiq had been deported. And certainly, sir, given the fact that he made his application in March 6, 1983 it is equally shocking to find that it took a year before a telephone call was made from Immigration to the Citizenship Department advising that Mr. Sadiq had been deported twice. And when one follows the flow of this affidavit subsequent events show an equally surprising lack of effort and performance on the part of the Citizenship Department to get this revocation application in gear.

What are the facts according to Lane?

1. March 21, 1984 — Citizenship received notice of deportation order;
2. July 17, 1984 (four months later) — the case was referred to a Programme Officer for review and action;
3. November 16, 1984 (another four months) — the case was referred to the department's legal services unit for an opinion;
4. Three months later, a legal opinion was secured and advice received that the case was being referred to the Department of Employment and Immigration (C.E.I.C.);

décembre 1983. Selon Mme Lane, greffière à l'enregistrement de la citoyenneté, l'avis d'annulation a été signé le 21 juillet 1987 (bien que le document remis à la Cour soit daté du 7 juin 1988). Quoiqu'il en soit, au moins quatre années et demie, sinon cinq se sont écoulées avant que Sadiq reçoive un avis d'annulation.

L'affidavit de Mme Lane nous révèle que les bureaux d'Immigration Canada à Calgary ont averti les fonctionnaires de la Citoyenneté le 21 mars 1984 que des mesures d'expulsion avaient été prises contre Sadiq à deux reprises, la première fois en 1978 et la seconde en 1983. (La pièce A jointe à l'affidavit de Sadiq est une note aller-retour confirmant qu'il avait été expulsé, qu'on lui avait permis de quitter le Canada de son plein gré et que rien ne s'opposait à son retour).

À la page 19 de la transcription, l'avocat de Sadiq dit ceci:

[TRADUCTION] À mon humble avis, il est incroyable de constater qu'un tel manque de communication a pu exister, au cours des années 80, entre deux ministères fédéraux qui ont des relations si étroites, et qu'il a fallu trois ans pour que les fonctionnaires de la Citoyenneté apprennent que M. Sadiq avait été visé par une mesure d'expulsion. Et certainement, Monsieur, compte tenu du fait qu'il a présenté sa demande le 6 mars 1983, il est tout aussi scandaleux de voir qu'il a fallu un an avant que quelqu'un à l'Immigration téléphone aux fonctionnaires de la Citoyenneté pour leur dire que des mesures d'expulsion avaient été prises contre M. Sadiq à deux reprises. Et quand on voit la suite des événements relatés dans cet affidavit, on remarque chez les fonctionnaires de la Citoyenneté une apathie et un manque d'empressement tout aussi étonnants pour demander l'annulation de la citoyenneté.

Quels sont les faits selon Mme Lane?

1. 21 mars 1984 — Les fonctionnaires de la Citoyenneté sont avertis des mesures d'expulsion.
2. 17 juillet 1984 (quatre mois plus tard) — L'affaire est soumise à un agent de programme qui est chargé de l'examiner et d'y donner suite.
3. 16 novembre 1984 (après quatre autres mois) — On demande aux Services juridiques du Ministère de fournir un avis juridique.
4. Trois mois plus tard, un avis juridique est obtenu et on apprend que l'affaire est soumise au ministère de l'Emploi et de l'Immigration (EIC).

5. Five months later, Lane was provided with the position of C.E.I.C. as well as other cases where revocation was being considered;

(Thus, seven years elapsed from the first time Sadiq was deported and a year and a half after he applied for citizenship, for C.E.I.C. to notify Citizenship of its position on Sadiq.)

6. November 17, 1985 (five months later) — in response to a request from one Programme Officer, Canada Immigration in Calgary provided Sadiq's last known address;

7. March 10, 1986 — the case was being prepared for consideration by the Minister together with six other cases;

8. October 24, 1986 (six months later) — a memorandum was prepared for the Minister concerning seven persons who obtained citizenship allegedly in the same fashion as Sadiq which memorandum had legal opinions;

9. July 21, 1987 (nine months later) — A notice of revocation was signed. It was mailed to Sadiq and returned as undeliverable. (How long did it take to get back from Canada Post — weeks, 2 weeks?);

10. September 3, 1987 — the RCMP were asked to locate Sadiq;

11. January 5, 1988 — RCMP provided Sadiq's address;

12. January 7, 1988 — a second notice of revocation was signed, and mailed to Sadiq.

Lane attests there is no way she ought to have known on or before December 15, 1983 of the two deportation orders. Might I be so bold as to suggest a phone call, a letter, a two-way memorandum, could have been sent to C.E.I.C. and not to rely on the attestation in the application. If Citizenship didn't know shortly after the application was made March 15, 1983 that Sadiq had been ordered deported, then it should have. I read the

5. Cinq mois plus tard, Mme Lane est mise au courant de la position de EIC ainsi que de l'existence d'autres cas au sujet desquels l'annulation de la citoyenneté est envisagée.

^a (Par conséquent, EIC a fait connaître aux fonctionnaires de la Citoyenneté sa position au sujet de Sadiq sept ans après que la première mesure d'expulsion a été prise contre celui-ci et un an et demi après qu'il a demandé la citoyenneté.)

^b 6. 17 novembre 1985 (cinq mois plus tard) — En réponse à une demande d'un agent de programme, les bureaux d'Immigration Canada à Calgary fournissent la dernière adresse connue de Sadiq.

^c 7. 10 mars 1986 — On se prépare à soumettre le cas de Sadiq et de six autres personnes à l'attention du Ministre.

^d 8. 24 octobre 1986 (six mois plus tard) — Un document est rédigé à l'intention du ministre au sujet de sept personnes qui auraient, à ce que l'on prétend, obtenu la citoyenneté de la même façon que Sadiq. Ce document contient des avis juridiques.

^e 9. 21 juillet 1987 (neuf mois plus tard) — Un avis d'annulation est signé, puis envoyé à Sadiq. Il est retourné avec la mention «Non distribuable». (Combien de temps a-t-il fallu pour que Postes ^f Canada retourne l'envoi — des semaines, deux semaines?)

10. 3 septembre 1987 — On demande à la GRC de localiser Sadiq.

^g 11. 5 janvier 1988 — La GRC fournit l'adresse de Sadiq.

12. 7 janvier 1988 — un deuxième avis d'annulation est signé et expédié à Sadiq.

^h Selon Mme Lane, il n'y avait pas moyen de savoir le 15 décembre 1983 ou avant cette date que Sadiq avait fait l'objet de deux mesures d'expulsion. Je me permets de faire remarquer qu'elle aurait pu donner un coup de fil, ou envoyer une lettre ou une note aller-retour à EIC, au lieu d'ajouter foi à ce qu'affirmait Sadiq dans sa demande. Si les fonctionnaires de la Citoyenneté ignoraient, peu de temps après que Sadiq a présenté sa demande le 15 mars 1983, qu'une mesure d'expulsion avait été prise contre lui, ils auraient dû le savoir. Je pris connaissance des autres

other "reasons" for delay but they are just not credible.

What really occurred here was an interminable delay by officials, and during that time Sadiq was getting established. This case was not given the priority it deserved. Revocation of one's Canadian citizenship is a serious matter and called for more immediate responses than are evident here.

On another matter, I do not believe one can truly determine the credibility of Sadiq on the basis of reading his affidavits, with no cross-examination or oral evidence. What is clear, however, is that, had Sadiq, after one year sought Ministerial approval as required by the *Immigration Act*, that approval most assuredly would have been given. The document filed by counsel for Sadiq clearly establishes the Department had no objections to his returning to Canada and that Immigration officials considered his marriage as valid, and not one of convenience. In his affidavit, Sadiq attests that he sought a legal opinion, names the lawyer and states he voluntarily left, paid his own expenses and that officials permitted him to marry before he left Canada. Sadiq was not cross-examined on his affidavit, and that option was open to Sadiq for the revocation but not initiated. On balance, I believe the long, inappropriate delay did not give Sadiq that to which he was entitled — a duty of fairness. Dubé J., in *Canada v. Charran* (*supra*) found the applicant guilty of misrepresentation. I cannot so find here, given Collier J.'s direction in *Canada v. Luitjens* (*supra*).

Therefore, the officials at Citizenship having failed in their responsibility to Sadiq, it is my decision that the application for revocation is dismissed. There will be no order as to costs.

«motifs» du retard, et ils ne m'apparaissent tout simplement pas plausibles.

Ce qui s'est vraiment passé en l'espèce, c'est que les fonctionnaires ont beaucoup trop tardé à agir et, pendant ce temps, Sadiq en a profité pour s'établir au Canada. L'affaire n'a pas été traitée avec toute la diligence voulue. L'annulation de la citoyenneté canadienne est une question grave et exigeait qu'on s'en occupe plus rapidement qu'on ne l'a fait ici.

D'autre part, je ne pense pas qu'on puisse arriver à établir la crédibilité de Sadiq par la seule lecture de ses affidavits, sans le soumettre à un contre-interrogatoire ou entendre son témoignage. Toutefois, il ne fait aucun doute que si Sadiq avait demandé, après un an, l'approbation ministérielle exigée par la *Loi sur l'immigration*, il l'aurait très certainement obtenue. Le document déposé par l'avocat de Sadiq montre nettement que le Ministère ne s'opposait pas à son retour au Canada et que les fonctionnaires de l'Immigration ne considéraient pas qu'il s'était marié pour la forme, mais jugeaient son mariage valide. Dans son affidavit, Sadiq affirme qu'il a demandé un avis juridique, donne le nom de l'avocat à qui il s'est adressé, et déclare qu'il a quitté le Canada de son plein gré et à ses frais, et que les fonctionnaires lui ont permis de se marier avant de partir. Sadiq n'a pas été contre-interrogé au sujet du contenu de son affidavit; c'est un choix qu'il pouvait exercer relativement à l'annulation de la citoyenneté, mais il ne l'a pas fait. Tout compte fait, j'estime qu'en raison d'un long et malencontreux retard, Sadiq n'a pas été traité comme il aurait dû l'être, c'est-à-dire de manière équitable. Dans l'arrêt *Canada (Secrétaire d'État) c. Charran* (précité), le juge Dubé a conclu que l'intimée avait fait de fausses représentations. Je ne puis arriver à la même conclusion dans la présente espèce, vu les directives du juge Collier dans l'arrêt *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens* (précité).

Par conséquent, comme les fonctionnaires de la Citoyenneté ont manqué à leur obligation envers Sadiq, je suis d'avis de rejeter la demande d'annulation, sans adjudication des dépens.

DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

AGRICULTURE

Application to: (a) prevent evaluation team entering plaintiff's premises to check for presence of brucellosis; (b) give plaintiff's representatives opportunity to evaluate animals; (c) prevent killing of animals before trial—Since plaintiff failed to comply with defendants' request to provide convenient date for evaluation, defendants unilaterally assembled evaluation team in North Bay containing persons who travelled there from Montréal and Calgary—Plaintiff would not suffer any substantial prejudice in not having her representatives present at evaluation—Plaintiff failed to establish good claim to stop evaluation procedure—First aspect of application therefore dismissed—Order granted requiring animals not to be destroyed before plaintiff's evaluation, provided it is conducted before November 13, 1990—Third aspect of application dismissed as plaintiff seeking to reargue previously dismissed application and affidavit insufficient—Plaintiff's credibility undercut by her uncooperative conduct.

TURNER V. CANADA (T-2103-90, Reed J., order dated 26/10/90, 3 pp.)

ANTI-DUMPING

Application to set aside Canadian International Trade Tribunal decision dumping of padded hangers from Taiwan not causing material injury to domestic production—Tribunal erred in finding ratio of gross profits to net sales increased in 1986-1987 from previous period—Although gross margin for total operations increased, gross margin for subject goods decreasing by 25%—Improving or stable gross margins for total corporate operations not supporting any inference that dumping of subject goods not having any adverse influence on profitability—Conclusion inability to increase prices and improve profitability resulting primarily from substantial difference between price of Canadian product and landed prices of Taiwanese product, not rationally supported—Despite substantial difference between price of domestic and imported products, found as fact latter exerted downward price pressure on former—Fact difference "exceeds margin of dumping" not supporting finding of absence of injury—Decision set aside and matter referred back to Tribunal—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

LNK MANUFACTURING AGENCIES INC. V. CANADA (INTERNATIONAL TRADE TRIBUNAL) (A-202-89, Hugessen J.A., judgment dated 25/9/90, 3 pp.)

ARMED FORCES

Application for injunction restraining transfer of plaintiff member of Canadian Armed Forces from posting in position sought to be extended—Interim injunction granted pending hearing—Posting expired—Application for extension denied—Normal operational conditions changed after grievance commenced when Forces got involved in concerted U.N. actions in Middle East—Plaintiff must overcome hurdles that National Defence Act is complete code of relief and that member of Armed Forces is there at pleasure of Crown—Since statutory grievance procedures exist, which plaintiff had commenced but not finalized, inappropriate for Court to intervene and impose judgment, particularly by way of motion—Interlocutory injunction exceptional remedy confined to cases where great likelihood of success at trial—Facts in present case not exceptional and law weighs against plaintiff—Interim injunction vacated—Application denied—No order as to costs.

GIBSON V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-2219-90, Jerome A.C.J., order dated 17/10/90, 3 pp.)

COMBINES

Ex parte application for orders pursuant to Competition Act, s. 11(1)(b) and (c) requiring production of records and provision of written return—Most evidence inadmissible—Applicant not authorized representative of Director of Investigation and Research under Competition Act—No Act s. 10 inquiry—No person having or likely to have information relevant to alleged inquiry—Application dismissed without prejudice to further application upon filing of better information—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 10, 11(1)(b),(c) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19 ss. 23, 24).

BRANTZ (RE) (T-2605-90, Muldoon J., order dated 3/10/90, 2 pp.)

Motion in appeal under Competition Tribunal Act, s. 13 against Competition Tribunal's decision it had no jurisdiction to entertain applicant's application to intervene in proceeding which had been disposed of by consent order—Proceeding concerned with acquisition by Imperial Oil Ltd. of shares of Texaco Canada Inc.—Appellants operate service stations on lands leased from companies and which Imperial required to divest—In present motion, appellants seek certificates of pending litigation on sites concerned in Ontario, extension of time to bring appeal under Act, s. 13 and extension of time to bring s. 28

COMBINES—Concluded

application—Application for extension of time with respect to s. 28 application dismissed as Court without jurisdiction to entertain s. 28 application in view of comprehensive right of appeal provided for in Competition Tribunal Act—Extension of time to bring appeal under Act, s. 13 should have been sought from Tribunal—Unnecessary for Court to reach concluded opinion as to whether interest in land is in question in proceeding—Issue and registration of certificate of pending litigation not simply matter of practice and procedure—Application dismissed.

D. J. LEGER HOLDINGS INC. v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH, COMPETITION ACT) (A-540-90, Mahoney J.A., order dated 18/7/90, 6 pp.)

COPYRIGHT**PRACTICE**

Motion to dismiss action against The Really Useful Theatre Co. (Canada) Limited and to strike certain paragraphs from statement of claim—Action based on use of sculpture of head of leading actor in *The Phantom of the Opera*—Alleging sculpture intended for use by sculptors and employer to make molds and prosthetics which corporate plaintiff would use to make up leading actor—Defendants had molds made of sculpture and had other than plaintiffs employ materials to make up leading actor—Action not struck as notice in theatre program stating prosthesis supplied by “The Nightmare Factory” (unregistered trade mark of corporate plaintiff) raising possibility of cause of action to restrain passing off—Contract pursuant to which sculpture provided dealing with more than materials subject to copyright—Claim for breach of contract broader than relief for breach of copyright and struck as outside Court’s jurisdiction—Paragraph alleging deprivation of right to reproduce sculpture struck as not action for which relief provided in Copyright Act—Paragraph alleging willingness and readiness to perform under contract struck as proper to allegation of breach of contract, not breach of copyright—Paragraphs alleging false ascription of paternity struck as no such cause of action under Act—Allegation individual plaintiffs licensed their copyright to corporate plaintiff in writing reference to document which must be produced—Motion for particulars dismissed without prejudice to defendants’ right to bring more specific motion for particulars—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3, 28.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 6), 28.2 (as enacted *idem*)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7.

682330 ONTARIO INC. v. CINEPLEX ODEON CORP. (T-2466-89, Giles A.S.P., order dated 12/10/90, 7 pp.)

CROWN**TORTS**

Action alleging loss under Competition Act, s. 36 due to malicious acts of Crown servant Brian Mulroney—Crown not liable for unlawful acts of servants—Other defendants cannot be sued in tort in Federal Court—Many allegations scandalous, frivolous and vexatious—Prayer for relief claiming 50 billion

CROWN—Concluded

dollars and requesting *certiorari* requesting House of Lords to adjudicate plaintiff’s claim to Crown of England and abdication of Crown servant Elizabeth II in favour of plaintiff beyond Court’s jurisdiction—Action dismissed—Although solicitor-client costs denied, plaintiff warned against launching similar action again without assistance of counsel—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 36.

LEVESQUE v. ROCKEFELLER (T-1616-90, Dubé J., order dated 2/10/90, 3 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Action by way of stated case appealing M.N.R.’s decision disallowing plaintiff’s application for refund for tax paid under Excise Tax Act, Part V on materials used in construction project for high school in plaintiff’s school district—Action considered test case to provide Department of National Revenue with some guidance as to proper interpretation of Act, s. 44.27—Between January, 1986 and November, 1987, work conducted pursuant to construction contract entered into by plaintiff entitled “Renovation and Addition” to, and portable classrooms for, high school (“project”)—Plaintiff’s application for tax refund under s. 44.27 allowed for additions to building envelope but denied for tax paid on materials used for renovations—Refund to be granted under s. 44.27 only if: (1) materials upon which sales tax paid purchased by or on behalf of qualifying institution; and (2) materials for use exclusively in construction of building for institution—No dispute first condition met—Issue: whether plaintiff’s actions constitute “construction of a building” within meaning of s. 44.27—Phrase encompasses construction of new entire buildings and additions for such institutions; also includes work not entailing renovation, repair or maintenance but necessary for such additions to become operational—Minister’s determination exemption to be confined to construction as opposed to renovations or repairs consistent with language of statute—Action dismissed—No award of costs—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13 (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 34).

CALGARY SCHOOL DISTRICT NO. 19 v. CANADA (T-2364-87, Jerome A.C.J., judgment dated 30/10/90, 18 pp.)

Appeal from M.N.R.’s disallowance of claim for refund of federal sales and excise taxes paid on diesel fuel purchased and used in generation of electricity required to operate ore haulers used for removing overburden and transporting raw ore to conveyor belt system in open pit mining operation—\$1,300,276 refund claimed for taxes paid on diesel fuel consumed from October 1, 1983 to September 30, 1987—Excise Tax Act, ss. 21(3.1)(c), 4, Sched. III, Part VI: diesel fuel used to generate electricity not primarily used in operating vehicles exempt from federal excise and sales taxes—Issue: whether ore haulers “vehicles” within meaning of charging provisions of Act—Brief review of modern rule of construction for taxing statutes: words-in-total-context approach proper principle of interpretation—Ore haulers used primarily as vehicles within ordinary meaning of word—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C.,

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

1970, c. E-13, ss. 21(3.1) (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 11), 4 (Sched. III, Part VI).

WESTAR MINING LTD. v. CANADA (T-1115-89, McNair J., judgment dated 26/9/90, 11 pp.)

EXPROPRIATION

Application for determination of state of title to land and water lots, located in Chéticamp, Nova Scotia, expropriated for harbour improvements—Claimants establishing good title through title documents, statutory declarations and oral evidence or colour of title or adverse possession for more than sixty years—Claims not challenged—Expropriation Act, R.S.C., 1985, c. E-21, ss. 18, 36.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CHÉTICAMP FISHERMEN'S CO-OPERATIVE SOCIETY LTD. (T-1002-90, Dubé J., determination dated 11/10/90, 6 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Plaintiff settling out of court with owners of vessel damaged in collision between plaintiff's floating dry dock while under tow—Commencing action against tug and owners—Towage contract providing disputes to be adjudicated by High Court of Justice in London—Application to stay proceedings in Federal Court for want of jurisdiction—According to case law, Federal Court retaining jurisdiction notwithstanding contractual undertaking to submit disputes to foreign court—Discretion to stay proceedings, but generally in interest of justice contractual undertakings be honoured—Must be some serious reason to override terms of agreement—Although more convenient to have dispute settled in Canada as parties Canadian, towing voyage within Canada, collision occurring in Canada, and witnesses of fact from Canada, mere convenience not "strong reason" to override contract—Application denied—Strong possibility pilots and third party representatives, without whom plaintiff could not prove case, would not go to England as no interest in outcome and not subject to subpoena by English court while in Canada—Serious prejudice to plaintiff.

COROSTEL TRADING LTD. v. SECUNDA MARINE SERVICES LTD. (T-2388-89, Teitelbaum J., order dated 4/10/90, 9 pp.)

Issue whether jurisdiction in Court to hear action for patent infringement against alleged three defendant Crown corporations: Ontario Hydro, Hydro-Québec and New Brunswick Electric Power Commission—Jurisdiction in Trial Division re patents: Federal Court Act, s. 20—Concurrent jurisdiction of provincial and federal courts in matters of patent infringement: Patent Act, s. 54—Plaintiff seeking to avoid multiplicity of actions arising from same cause of action in three separate provincial venues—Convenience, however, not creating jurisdiction—Federal Court jurisdiction entirely statutory and must be clearly expressed by way of federal legislation—Also, at common law, Crown enjoying judicial immunity against actions in

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

tort unless federal or provincial legislation providing otherwise—Challenge *ratione personae*: defendants claiming may only be sued in tort (patent infringement) in own respective supreme courts—Defendants, provincial Crown corporations, may benefit from Crown immunity only if Crown agents—Clear from New Brunswick legislation no proceeding may be brought against New Brunswick Electric Power Commission, Crown corporation and Crown agent, except in Court of Queen's Bench of province—Would take express provision to bring Crown agent NBEPIC within Court's ambit—Under Ontario legislation, Ontario Hydro cannot claim Crown immunity as not Crown nor Crown agent—Jurisdiction in Court with respect to Ontario Hydro—Under Quebec legislation, Hydro-Québec Crown corporation and Crown agent—No jurisdiction in Federal Court—Action dismissed as against Hydro-Québec and New Brunswick Electric Power Corporation—Action against Ontario Hydro stands.

DABLEH v. ONTARIO HYDRO (T-1422-90, Dubé J., order dated 4/10/90, 9 pp.)

IMMIGRATION

Application for *certiorari* quashing refusal of application for permanent residence and *mandamus* requiring respondents to determine whether contrary to Act or Regulations to grant landing to applicant—Application listing intended occupation in Canada as librarian—Canadian Classification and Dictionary of Occupations (CCDO) specifying librarians normally require university degree and degree in library science—Applicant, native of People's Republic of China, graduating from Chinese university in English and English Teacher Training—Worked eleven years in University library during which took formal full-time two-year librarian program—Although passed examinations, certificates of graduation not issued because of revolution—Application refused as not qualifying nor expecting to pursue occupation of librarian based on failure to meet entry requirement into occupation of librarian and not employed in library since 1980—Application dismissed—Reference to normal training requirements not fettering immigration officer's discretion nor indicating considered university degree in library science mandatory—That, directly coupled with statement of lack of experience in any library setting since 1980 demonstrating seeking to assess any experience in relation to libraries, even though lack of such experience could not be considered relevant in assessing experience—Actual experience not replacing Regulations requirement for assessing "specific vocational preparation"—Absent such preparation, experience itself of no significance in assessing process—Without any basis for evaluation of implied claim to equivalency in training, decision applicant lacked qualifications for entry to occupation of librarian in Canada not questionable by judicial review—Process not unfair because of officer's failure to express concerns arising from Act and Regulations—Act and Regulations available to applicants, who must establish to visa officer's satisfaction they meet criteria and admission to Canada not contrary to Act—Although decision not setting out units assessed in relation to each of factors to be assessed under Regulations, s. 8(1)(a) and Schedule I, does set out in preliminary paragraph required criteria to be

IMMIGRATION—Continued

assessed and main reasons why applicant failed to meet criteria—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 6, 8, 114—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 8, Schedule I.

YU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1550-90, MacKay J., order dated 10/8/90, 14 pp.)

Application for permanent resident status denied based on invalidity of marriage under Hindu law (applicant married wife of deceased brother), previous deportation, and absence of Minister's consent pursuant to Immigration Act, 1976, s. 57—Immigration Appeal Board dismissing appeal based on invalidity of marriage—Not finding sufficient humanitarian and compassionate grounds warranting special relief needed to overcome deportation order and absence of Minister's written consent—Appellant seeking declaration marriage valid and to have matter referred back to Board for fresh examination of issue of special relief on basis of humanitarian considerations—As Board already addressed issue of humanitarian and compassionate considerations, conclusion cannot be set aside without reason—Requirement of Minister's written consent cannot be replaced by favourable decision of Board based on Board's "equitable jurisdiction"—S. 57 requiring Minister's consent be obtained before person returns to Canada—*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Narwal*, [1990] 2 F.C. 385 (C.A.), holding capacity to marry governed by law of intended matrimonial home i.e. Ontario, wherein no impediment to marriage, distinguished—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 57 (as am. by S.C. 1984, c. 40, s. 36).

KAUR V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-405-89, Marceau J.A., judgment dated 11/10/90, 5 pp.)

DEPORTATION

Application for leave to appeal pursuant to *Immigration Act*, s. 82.1 and application for extension of time—Applicant really seeking stay of deportation measures taken against him on ground intends to begin action to have reciprocity agreement between Canada Employment and Immigration Commission and U.S. Immigration and Naturalization Service regarding exchange of persons deported declared unconstitutional and invalid—Well-established such declaration cannot be obtained through motion but only through action—Applicant's intent to challenge arrangement's constitutionality in no way affects binding character of deportation order in respect of which Federal Court of Appeal has already dismissed applicant's application for leave to appeal—Application dismissed with costs.

ABDULLAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2434-90, Dubé J., order dated 1/10/90, 3 pp.)

IMMIGRATION—Continued

REFUGEE STATUS

Application for leave to make motion for prohibition and *certiorari* to prevent Jean-Claude Desmarais from sitting on inquiry into file of applicant, Polish national, for having told program *Le Point* almost no more danger of persecution in Eastern European countries—Also, application for extension of time for making the motion—None of special reasons provided for in Act for extensions of time present—Motions dismissed.

JEZEWSKI V. DESMARAIS (90-T-656, Teitelbaum J., order dated 26/9/90, 3 pp.)

S. 28 application to review and set aside Tribunal's unfavourable credible basis decision—Columbian citizen relied on three specific incidents to support claim to refugee status: (1) accidental witnessing of beating; (2) assassination of brother; (3) disappearance and kidnapping of another brother—Continuing threat of extortion by "militaries" and military's search of applicant's house also relied on—Issue: whether tribunal erred in failing to find applicant and family targets of persecution by military in Columbia—*Per* Heald J.A.: Tribunal's conclusion no incident, including extortion attempts and search, connected or related in any way to applicant's political opinion supportable on evidence—Tribunal's decision demonstrates careful review of totality of evidence before it and shows "grasp of the issues" raised by evidence—No credible evidence before Tribunal on which Refugee Division might determine well-founded fear of persecution—No reviewable error committed—Application dismissed—*Per* Stone J.A. (dissenting): Tribunal failed to take important evidence into account and decision should be set aside.

MEDINA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-93-90, Heald J.A. (Stone J.A. dissenting), judgment dated 11/10/90, 12 pp.)

S. 28 application to review unfavourable credible basis decision—Although Tribunal's comments re: test to be applied by credible basis tribunal leave something to be desired, no real doubt that proper test applied—Application dismissed.

KUEN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-126-90, Iacobucci C.J., judgment dated 13/9/90, 1 p.)

S. 28 application to review and set aside unfavourable credible basis decision—Tribunal erred in evaluating merits of applicant's claim and in requiring applicant to establish causal link element of definition of Convention refugee and to persuade Tribunal causal link exists—Applicant only required to show there might be causal link—Tribunal placed too high a burden on applicant and, therefore, did not properly evaluate evidence—Application allowed—Decision set aside and matter referred back to differently constituted Tribunal for redetermination.

OSEI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-145-90, Décary J.A., judgment dated 16/10/90, 3 pp.)

S. 28 application to review and set aside unfavourable credible basis decision—Tribunal applied wrong tests and erred in weighing and assessing evidence in manner more appropriate

IMMIGRATION—Concluded

for Refugee Division hearing—Correct test set out in Immigration Act, ss. 2 and 46.01(6)—Application granted—Decision set aside and matter referred back to differently constituted panel.

KUMIH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-178-90, Urie J.A., judgment dated 16/10/90, 2 pp.)

S. 28 application to review and set aside unfavourable credible basis decision—Tribunal found applicant's evidence arrested and beaten by police in India because of his participation in activities of Sikh organization credible but decided against him on ground there was, in their view, no evidence linking alleged persecution to Indian government—Both members of Tribunal misconceived their role—Instead of considering evidence to determine whether Refugee Division might infer from it alleged persecution linked to government of India, they weighed evidence and concluded, in their view, such an inference should not be made—Tribunal made further error in giving weight to irrelevant fact Belgian authorities had found applicant not to be refugee—Application granted—Tribunal's decision set aside and matter referred back for redetermination.

MEHE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-250-90, Pratte J.A., judgment dated 15/10/90, 3 pp.)

INCOME TAX

Appeal from Trial Division decision ((1989), 23 F.T.R. 100) limiting scope of taxpayer's election under Income Tax Act, s. 85 in 1975 tax year to properties owned by taxpayer on December 31, 1971—Although taxpayer allegedly intended to include in election other properties acquired between December 31, 1971 and election date, only those properties owned as at December 31, 1971 actually included—Alleged intention only disclosed to Minister upon filing of amended statement of claim in Trial Division almost nine years after election made—Intention to make s. 85 election not sufficient—Election must actually be made—Minister did not err in assessing taxpayer on basis of election made—Appeal dismissed.

DECONINCK V. CANADA (A-946-88, Hugessen J.A., judgment dated 12/10/90, 2 pp.)

INCOME CALCULATION

Appeal from Tax Court decision dismissing appeal from reassessment ordering inclusion of \$55,000 loan in taxpayer's 1981 income—Taxpayer, Norwegian resident, hired by Norwegian company ("Musnor") to establish and conduct company's business in Canada—Prior to taxpayer's relocation to Canada, Musnor agreed to provide housing assistance to taxpayer to help him obtain housing in Canada—Canadian subsidiary ("Muscan") incorporated June, 1979 with two-thirds shares owned by Musnor and one-third owned by taxpayer—Taxpayer moved to Canada August, 1979—Taxpayer found house April, 1980—Since house encumbered by existing mortgage at reasonable rate of interest with penalty for repayment before

INCOME TAX—Continued

June, 1982 expiry date, Musnor agreed to allow existing mortgage to expire before advancing money to taxpayer—Taxpayer bought house April, 1980 and assumed existing mortgage—Musnor advanced \$55,000 to Muscan which advanced money to taxpayer as employee housing assistance to pay off existing mortgage on following terms: loan to be secured by first mortgage on taxpayer's house; interest payable quarterly at seven percent interest per annum; loan repayable if taxpayer left Musnor's employ or if property resold or transferred; taxpayer required to purchase fire and life insurance for mortgagee's benefit—Mortgage registered October 5, 1981 and existing mortgage discharged June, 1982—Taxpayer made interest payments pursuant to terms of mortgage and Muscan declared interest payments in its taxable income—Loan eludes definition of "housing loan" in Income Tax Act, s. 80.4(2)(b)—Deliberate switch of terminology from "the particular corporation" or "a corporation to which [it] is related" in s. 15(2) to "the lender" in s. 15(2)(a)(ii) enables taxpayer's situation to fit exactly within s. 15(2)(a)(ii): taxpayer always remained an employee of Musnor and at company's request became shareholder and probably officer and employee of Muscan; Musnor, as real lender of money, was equitable mortgagee and Muscan merely legal mortgagee; *bona fide* arrangements made for repayment of loan when made and repayment to occur within reasonable time—Alternative finding: neither s. 15(2)(a)(ii) nor 80.4 applies to taxpayer—Appeal allowed—Matter returned to Minister with directions to reassess taxpayer's income tax liability for 1981 by deducting \$55,000 from income—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 15(2) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 8; 1980-81-82-83, c. 48, s. 7), 80.4 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 35; c. 32, s. 16; 1979, c. 5, s. 25; 1980-81-82-83, c. 48, s. 42).

SILDEN V. M.N.R. (T-696-89, Muldoon J., judgment dated 28/9/90, 15 pp.)

Appeal from Trial Division decision ([1990] 2 F.C. D-10) excluding certain amounts from respondent's 1982 and 1983 income—Respondent involved in construction of natural gas pipeline to transport Alaska gas through Canada to United States—Southern portions of pipeline completed in 1982 ("Phase I") to transport Alberta gas to United States—Completion of mainline delayed—Expenses not specifically related to costs of Phase I incurred in respect of studies, submissions, planning and design of whole pipeline project ("preliminary expenditures")—National Energy Board approved inclusion of amount for preliminary expenditures in rates for transportation services respondent provided to shippers using Phase I pipeline as "special charges"—Respondent provided federal government with commitment to repay Alberta producers for special charges when mainline completed—If mainline not completed, respondent not entitled to retain special charges without Board's approval—Issue: did Trial Judge err in finding respondent had legal obligation in 1982 and 1983 to repay amounts received as special charges?—Amounts taxable as income only if they exhibit nature and quality of income at time of receipt—If amount received in nature of income, character of receipt not changed to liability because recipient may be obligated to repay amount in future—Possibility of liability

INCOME TAX—Continued

arising out of special changes uncertain—Not possible to establish date of repayment, quantum of liability, identity of recipients of repayments in 1982 and 1983, or method of repayment—Respondent's liability therefore contingent, not present or deferred—Liability not deductible in computation of respondent's profits notwithstanding such deductions may, for financial reporting purposes be in accordance with generally accepted accounting principles—Special charges therefore represented income to respondent in 1982 and 1983—Appeal allowed.

FOOTHILLS PIPE LINES (YUKON) LTD. v. CANADA (A-306-90, Urie and Marceau J.J.A., judgment dated 11/10/90, 23 pp.)

Capital Cost Allowance

(1) Appeal from reassessment disallowing deduction of capital cost allowance for machinery being built and developed in Switzerland for use in taxpayer's manufacturing business—Property acquired for purposes of capital cost allowance when title has passed to taxpayer or taxpayer has obtained all incidents of title such as possession, use and risk: *Kirsh Construction Ltd. v. The Queen* (1988), 88 DTC 6503 (F.C.T.D.)—Machines not substantially complete and title, for income tax purposes, had not passed to taxpayer—Action dismissed—(2) Appeal from reassessment imposing penalty for knowingly making false statement or omission in return—Minister failed to discharge burden in s. 162(3) of Act to establish facts justifying assessment of penalty—Finding of fact there was no knowing misstatement or suppression of reporting of income and no circumstances amounting to gross negligence on taxpayer's part—Action allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 162(1),(3), 163(1),(2),(3).

CROWN CORK & SEAL CANADA INC. v. CANADA (T-563-86, T-564-86, Muldoon J., judgment dated 21/9/90, 37 pp.)

Deductions

Appeal from Trial Division decision [(1989), 30 F.T.R. 309] allowing deduction for repayment made by taxpayer in 1978 tax year to extinguish Stock Option Plan held in favour of its preferred officers and employees—Pursuant to July 11, 1978 agreement with U.S. oil and gas company ("Ashland U.S."), taxpayer agreed to purchase shares in Ashland U.S.' Canadian subsidiary ("Ashland Canada") for \$33.50 per share ("sale agreement")—Ashland Canada had Stock Option Plan ("Plan") in force at date of sale agreement—Terms and conditions of each option granted under Plan set out in executed written option agreement between Ashland Canada and each optionee—Sale agreement provided each optionee with opportunity to cancel option upon payment of difference between exercised price and \$33.50 Canadian per share—After paying \$2,772,317 to optionees pursuant to sale agreement Ashland Canada cancelled Plan—\$2,772,317 included in Ashland Canada's 1978 tax return as current and deductible expense—Issue: whether payment made to extinguish Plan deductible

INCOME TAX—Concluded

expense under Income Tax Act, s. 9(1) or outlay of capital within meaning of s. 18(1)(b)—Payment constitutes outlay of capital: payment was once and for all transaction which shaped taxpayer's capital structure—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1)(b).

CANADA v. KAISER PETROLEUM LTD. (A-8-90, Desjardins J.A., judgment dated 10/10/90, 10 pp.)

SEIZURES

Objection by third party to seizure in execution carried out herein—Objector claims to own two seized vehicles—Objector has proven sole owner of both seized vehicles and has right to release of vehicles from seizure in execution in question—Fact debtor company and objector company have almost same corporate name does not, when fraud not at issue, authorize Court to raise corporate veil—Sale of vehicles to objector took place well before seizure—Fact objector delayed having vehicles' registration certificates corrected can in present proceedings only affect costs—Objection therefore upheld; objector declared sole owner of both vehicles, and release from seizure in execution granted.

M.N.R. v. PLOMBERIE CHAUFFAGE ALMA INC. (ITA-580-87, Pinard J., order dated 2/10/90, 5 pp.)

JUDICIAL REVIEW**APPLICATIONS TO REVIEW**

Application to set aside deportation order—Adjudicator erred in refusing adjournment to allow applicant to retain counsel because numerous previous adjournments granted for same reason—Required to consider all circumstances—Applicant had done everything possible to retain legal counsel and only short adjournment necessary—Application allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CALLES v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-386-89, Pratte J.A., judgment dated 4/10/90, 2 pp.)

LABOUR RELATIONS

S. 28 application to review Adjudicator's decision under Canada Labour Code with respect to unjust dismissal—Application allowed in one respect: Adjudicator erred in awarding solicitor-client costs without reference to principles in *Banca Nazionale del Lavoro of Can. Ltd. v. Lee-Shanok* (1988), 22 C.C.E.L. 59 (F.C.A.)—Matter referred back to Adjudicator for reconsideration of question of costs in light of *Banca*.

ALBERTA WHEAT POOL v. KONEVSKY (A-96-89, Iacobucci C.J., judgment dated 11/9/90, 2 pp.)

S. 28 application to set aside Canada Labour Relations Board's order designating respondent bargaining agent for group of applicant's employees—Issue: whether Board acted within jurisdiction and according to rules of natural justice in

LABOUR RELATIONS—Concluded

accepting amendment to respondent's application for certification—Respondent amended name of employer in application to that of applicant after registrar sent application and instructions on procedures to be followed to employer named in original application at applicant's address—Soon after receiving respondent's request for amendment, registrar sent applicant copy of application, amendment and instructions on procedures to be followed—Applicant ignored prescribed written procedure by: (1) failing to make detailed disclosure as to why amendment so fundamental as to allow Board to be fully informed and determine whether special circumstances existed warranting change in fundamental procedure; (2) insisting on oral hearing to determine whether new application required to be filed—Board proceeded with application in accordance with announced procedure and entitled to act as it did—Application dismissed.

WOODWARD'S LTD. v. INTERNATIONAL ASSN. OF MACHINISTS AND AEROSPACE WORKERS (A-138-90, Desjardins J.A., judgment dated 29/10/90, 7 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Pleadings—R. 419(1)(a) application to strike out statement of claim for failure to disclose action *in rem*—Pursuant to Federal Court Act, s. 43, pleading must involve one of claims under maritime law described in Act, s. 22—Only relevant claims argued by plaintiff those with respect to "use of a ship" (s. 22(2)(i)) and "services" provided for operation of ship (s. 22(2)(m))—Neither claim specifically alleged in statement of claim—Statement of claim struck out with leave to plaintiff to file amended pleading properly describing claim within s. 22 by November 1, 1990, failing which action dismissed—Arrest to continue until November 1, 1990 and thereafter if plaintiff files suitably amended statement of claim.

OCEAN DIMENSIONS FISHERIES INC. v. COMMON BROTHERS LTD. (T-2738-90, Strayer J., order dated 24/10/90, 3 pp.)

PATENTS

Injunctions—Application for interlocutory injunction and preservation order in patent infringement action—First applicant ("ICI") owner of patent which includes process for manufacture of leading heart medicine known generically as "Atenolol"—Arrangements between second applicant ("ICI Pharma") and ICI for exclusive sale of ICI's atenolol product in Canada—First respondent ("Apotex") granted compulsory licence to use ICI's patent but not permitted to import atenolol for sale in Canada following court order in earlier action based on amendments to Patent Act effective December 7, 1987—Atenolol prepared and manufactured for Apotex by second respondent ("ACIC")—Present application seeks to restrain Apotex from selling its drug made from atenolol produced in Canada under arrangements between Apotex and ACIC—Issue: whether requirements for interlocutory injunction met—Serious issue to be tried: validity of respondents' defence based

PATENTS—Concluded

on Apotex' compulsory licence—No evidence or persuasive argument presented at hearing or as a result of either Court of Appeal order varying injunction order in earlier action so as not to apply to sale of drugs incorporating atenolol imported into Canada by Apotex before December 7, 1987 or granting of compulsory licence to ACIC that applicants would suffer irreparable harm if injunction not granted—Any damage or loss to applicants before trial readily calculable and compensable—Application dismissed.

IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC v. APOTEX INC. (T-252-89, MacKay J., order dated 22/10/90, 16 pp.)

INFRINGEMENT

Plaintiffs registered owners of Canadian and U.S. patents relating to additives for lubricating compositions and concentrates containing high molecular weight dispersants—Parties competitors in sale of lubricating oil additives and two largest manufacturers in lubricating oil additive industry—Action for: (1) declaration certain claims of patent valid and infringed by defendant; (2) damages or accounting of profits; (3) exemplary or punitive damages; (4) delivery up or destruction of all defendant's lubricants and concentrates containing high molecular weight dispersants and any products containing such concentrates—Defendant alleges its activities covered by non-exclusive Licence Agreement or patent invalid on grounds of obviousness, anticipation, failure to meet Patent Act, s. 36 requirements, lack of utility—Patent in suit not included in Licence Agreement which was terminated by defendant's breach in failing to pay royalties—Plaintiff's corresponding U.S. patent held valid and enforceable in U.S. action—Act s. 45 presumption of validity not rebutted—Defendant failed to prove allegations of invalidity—Infringement established on balance of probability through expert testimony—Declaration granted—Reference directed re: extent of infringement, accounting of profits, interest and other related issues—Lack of evidence for exemplary damages—Delivery up ordered—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 28, 36, 47, 63(1).

LUBRIZOL CORP. v. IMPERIAL OIL LTD. (T-577-87, Cullen J., judgment dated 17/9/90, 57 pp.)

Plaintiff owner of patent for method of testing quality of cement plugs in boreholes—Both parties in business of placing cement plugs in boreholes of abandoned oil or gas wells to isolate geological strata and zones within ground—Plaintiff claims defendant infringing patent in using method protected by patent for its own benefit to determine density, quality, existence of contamination and position of cement plugs in boreholes in Western Canada—Defendant denies infringement and attacks validity of patent on grounds of ambiguity and obviousness—Essence of plaintiff's patent method for testing quality of cement plugs while defendant's method for determining position of cement plugs—Although method protected by patent may be used to locate plugs, not pith and substance of patent—Parties' objects and methods used to achieve them different—Patent valid and not infringed by defendant—Action dismissed.

COMPUTALOG LTD. v. COMTECH LOGGING LTD. (T-413-89, Dubé J., judgment dated 17/10/90, 20 pp.)

PRACTICE**APPEARANCE**

Applicant, penitentiary inmate, seeking *mandamus* with respect to procedures relating to telephone calls—Determination on basis of written record pursuant to R. 324 not available unless applicant so agrees—No consent evident—Where applicant incarcerated, and no extraordinary circumstances requiring personal appearance, must either agree to representation by counsel or to application being dealt with under R. 324—Application to be disposed of at oral hearing at which applicant represented by counsel—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

OLSON v. CANADA (T-2603-89, Strayer J., order dated 12/10/90, 3 pp.)

CONTEMPT OF COURT

Application for show cause order on ground respondent failed to comply with Court order for return of passport, seized by immigration officers and surrendered to West German authorities for cancellation—Reasons for order reflecting Judge's awareness passport already subject of confiscation proceedings by West German authorities—Referring to possibility only cancelled passport might be obtained—When passport finally returned no longer valid—Application dismissed—As passport had been returned, applicant not making out *prima facie* case justifying issue of show cause order—Return of passport sufficient compliance with order and with reasons therefor.

GASSMANN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1559-90, Joyal J., order dated, 5/10/90, 3 pp.)

COSTS

Submission of bill of costs in amount of \$1,718.50 for taxation on party and party basis pursuant to judgment in present case—Action designated as representative case; judgment applied to four other cases—What fair method of dividing costs of five actions?—Considering importance and complexity of case (determination and allocation of vacation pay in construction industry), maximum amounts in Tariff B items allowed—Costs taxed and allowed apply to all related cases; only disbursements may vary—Respondent's bill of costs taxed and allowed in amount of \$488.50.

PORTELANCE v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (T-1765-89, Daoust T.O., taxation dated 27/9/90, 5 p.)

Taxation—Bill of costs for Tariff B s. 1(1)(a),(e) and (j) fees from related trial file—Action neither tried nor settled—Interlocutory order which was subject of appeal not dealing with substantive issues of action and awarding costs in the cause—Tariff B s. 1(1)(a) and (j) fees, payable once in life of action, not yet awarded—Tariff B s. 1(1)(e) fees relating to costs of interlocutory order not yet payable—Taxing officer not vested

PRACTICE—Continued

with jurisdiction to award costs, therefore precluded from taxing costs associated with trial file.

M.N.R. v. SAJIM (A-246-89, Stinson T.O., taxation dated 9/10/90, 2 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Motion for order compelling plaintiffs to answer questions objected to on examination for discovery on grounds questions involved privileged material prepared in contemplation of litigation or involving solicitor-client communications—No affidavit supporting claim of privilege—Disclosure ordered.

SARCEE BAND OF INDIANS v. CANADA (T-1627-82, Strayer J., order dated 19/10/90, 2 pp.)

Motion for production of document referred to in document listed and produced for discovery for which privilege claimed—Document prepared as report on testing done to determine infringement for purpose of obtaining legal advice ("first document")—First document privileged—Summary of first document prepared by counsel ("second document")—Summary similar to second document ("third document") attached to letter sent by senior officer of one party to counterpart of other party ("letter")—Some words from second document deleted in third document and attachments mechanically reproduced from first document contained in third document but not second document—Attachments to third document not necessarily revealing existence of first document on their face—Transaction sought to be described by producing third document was fact settlement negotiations under way at date of letter—Third document need not have been produced to fulfill purpose of producing letter—Third document whole document of which second document merely draft—Privilege in first and second documents not waived by production of third—Motion denied—Production of first and second documents not ordered.

UNILEVER PLC v. PROCTER & GAMBLE INC. (T-2534-85, Giles A.S.P., order dated 25/9/90, 4 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS*Want of Prosecution*

Income tax appeal—Plaintiff acting on own behalf—Filing, but not serving, motion indicating desire to have case heard—Plaintiff not replying to defendant's letter attempting to arrange discoveries—Alleging non-receipt—Motion dismissed without prejudice to move again for dismissal if plaintiff not contacting defendant to arrange discovery of plaintiff within one month—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

FERGUSON v. CANADA (T-501-86, Giles A.S.P., order dated 12/10/90, 3 pp.)

PRACTICE—Continued

PARTIES

Standing

Appeal from order ([1990] 2 F.C. D-56 (T.D.)) adding appellant as respondent in s. 18 proceedings on strict conditions—Relief sought in s. 18 proceedings: *certiorari* and *mandamus* against various Ministers re: decisions made pertaining to construction and operation of pulp mill owned by appellant and related facilities on Peace River, Alberta—Appeal allowed for reasons in *Alberta v. Edmonton Friends of the North Environmental Society* (A-224-90, Stone J.A., judgment dated 28/9/90, F.C.A., not yet reported)—Additional reasons for allowing appeal: mill costing \$600 million already in operation; construction and operation of mill authorized by federal and provincial authorities; since appellant's rights directly affected by outcome of s. 18 proceedings, it should enjoy full respondent status free of conditions which order imposes.

DAISHOWA CANADA CO. V. EDMONTON FRIENDS OF THE NORTH ENVIRONMENTAL SOCIETY (A-211-90, Stone J.A., judgment dated 28/9/90, 3 pp.)

DAISHOWA CANADA CO. V. LITTLE RED RIVER BAND OF INDIANS (A-212-90, Stone J.A., judgment dated 28/9/90, 3 pp.)

Appeal from order ([1990] 2 F.C. D-56 (T.D.)) adding appellant as respondent in s. 18 proceedings on strict conditions—Relief sought in s. 18 proceedings: *certiorari* and *mandamus* against various Ministers re: decisions made re: construction and operation of pulp mill and related facilities on Peace River, Alberta—Appeal allowed for reasons in *Alberta v. Edmonton Friends of the North Environmental Society* (A-224-90, Stone J.A., judgment dated 28/9/90, F.C.A., not yet reported)—Additional reasons for allowing appeal: operation of mill authorized by Minister of Transport; appellant issued permits and licenses to mill owner re: construction of mill and intake/outfall facilities; appellant owner of railway spur and bridge constructed for use in association with mill; construction of bridge authorized by Minister of Transport; since appellant's rights directly affected by outcome of s. 18 proceedings, appellant should enjoy full respondent status free of conditions which order imposes.

ALBERTA V. LITTLE RED RIVER BAND OF INDIANS (A-225-90, Stone J.A., judgment dated 28/9/90, 3 pp.)

PLEADINGS

Motion to Strike

Passages in amended statement of claim sought to be struck out relevant to matters in issue and not abuse of process of Court—Disputed portions of pleading seemingly acceptable to defendant at earlier motion with respect to other disputed amendments—Extensive examination for discovery held and evidence taken on commission—Defendant twice pleaded to pleading containing disputed assertions—Motion denied.

SARCEE BAND OF INDIANS V. CANADA (T-1627-82, Strayer J., order dated 19/10/90, 2 pp.)

PRACTICE—Concluded

SERVICE

Ex juris—Following grant of leave to enter conditional appearance, U.S. defendants seeking order rescinding *ex parte* order allowing service of notice of statement of claim out of jurisdiction of Court—Federal Court R. 307, permitting service *ex juris*, requiring affidavit or other evidence showing that in belief of deponent, plaintiff having good cause of action—Affidavit must contain evidence establishing facts justifying grant of relief requested; grounds of belief must be stated; and allegations in statement of claim neither evidence nor facts, but mere allegations of fact: *American Cyanamid Co. et al. v. Ethicon Inc. et al.* (1975), 22 C.P.R. (2d) 75 (F.C.T.D.)—Action claiming infringement of plaintiffs' patents relating to vacuum cleaners—Statement of claim containing mere allegations of fact—Supporting affidavit reiterating allegations of misconduct contained in statement of claim and concluding with deponent's belief that facts set out disclosing good case against defendants—Deponent not setting out facts, but allegations made by plaintiffs—Affidavit insufficient to support arguable case against U.S. defendants—Order for service *ex juris* set aside—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 307, 337(2)(b).

IONA APPLIANCES INC. V. AMWAY OF CANADA, LTD. (T-1126-89, Martin J., order dated 7/9/90, 5 pp.)

PRIVACY

Application to obtain originals of documents, including "in basket" test and related correction grid—Test to assess management skills of applicants for certain federal Public Service positions—Test always kept confidential because of use as selection tool across country—Anticipated test will continue to be used with increasing frequency—Only one version of middle management test exists—Application dismissed—Access to Information Act s. 22 applies and authorizes federal institutions to protect confidentiality of information relating to tests such as "in basket" test and correction grid—Argument test and correction grid represent "support" for personal information disclosure of which being sought dismissed—To be covered by Privacy Act, information supporting personal information must itself be of personal nature—Nothing personal about test or correction grid—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 22.

BOMBARDIER V. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION) (T-2215-89, Addy J., order dated 29/6/90, 6 pp.)

PUBLIC SERVICE

LABOUR RELATIONS

S. 28 application to set aside PSSRB's decision awarding overtime pay throughout 48 days employee of Canada Employment and Immigration Commission available to respond to queries by cellular telephone 24 hours a day on special assignment during 1988 Calgary Winter Olympics—Respondent worked regular eight-hour shift at office and required to stay close to phone for 16 hours each day after office hours to

PUBLIC SERVICE—Continued

respond to calls—Total of 19 calls of less than 15 minutes each during 48-day period—Respondent returned to office twice for five to 10 minutes for which he received “reporting pay”—Pursuant to Collective Agreement, employee required to be available on standby during off-duty hours entitled to \$7 for each eight hours on standby and, if required to report for work, also entitled to greater of overtime pay for time worked or minimum of four hours pay—Standby pay not meant to cover situation where employee required to, and did, work during standby period—Full overtime pay not appropriate where employee not working during entire time—Appropriate compensation for respondent: standby rate of \$14 per 16-hour day for 48 days and four-hour minimum pay for each day respondent responded to phone call, whether he went to office or not since respondent “required to report for work” each time he answered a call—Application allowed and matter remitted to Board for reconsideration and disposition.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. REDDEN (A-531-89, Linden J.A., judgment dated 18/10/90, 5 pp.)

S. 28 application to review and set aside PSSRB’s decision respondents entitled to overtime pay for all hours spent on board ship outside their regularly scheduled work hours on day ship had been scheduled to sail, but did not due to mechanical problems—Under provisions of Collective Agreement, employees required to report to ship in home port in contemplation of sailing entitled to be paid for “work performed on that day” or for minimum one hour straight time—Board’s interpretation of words “work performed” as including “down-time” incorrect—Since respondents all performed, and were paid for, more than one hour’s work on scheduled sailing date, not entitled to any further pay for time spent waiting on that day—Application allowed—Decision set aside and matter referred back to Board for reconsideration.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BOYD (A-561-89, Hugessen J.A., judgment dated 16/10/90, 3 pp.)

S. 28 application to review and set aside Adjudicator’s decision dismissing grievance—Applicant, Park Warden employed by Canadian Parks Service, Department of the Environment, at Banff National Park, required to perform scheduled “back-country patrols” on horseback of remote areas of Park several times a year requiring him to be away from home for as many as nine consecutive days—Substance of grievance: while on patrols, applicant captive employee for 24 hours a day and, therefore, should be entitled to overtime pay—Adjudicator’s conclusion in dismissing grievance that all of applicant’s experiences part of normal routine for which he was hired fully supported by evidence—Application dismissed.

MARTIN v. CANADA (TREASURY BOARD) (A-568-89, Mahoney J.A., judgment dated 16/10/90, 2 pp.)

Application to review and set aside Adjudicator’s decision employer failed to meet obligations under collective agreement between Treasury Board and Canadian Air Traffic Control Association in failing to grant employee’s request for leave—Respondent’s shift schedule including in days of rest December 25, designated holiday under agreement—Collective agreement, art. 16.02 providing holiday shall be moved to first scheduled working day following day of rest—Requesting leave for

PUBLIC SERVICE—Concluded

first scheduled working day subsequent to day of rest (December 28)—Art. 16.05(d) providing consistent with operational requirements, employer shall make every reasonable effort to schedule lieu days at times desired by employee—Leave refused on basis of policy first scheduled day of work following designated holiday coinciding with day of rest considered holiday—Employer argued as employee no longer forced to work that day, art. 16.05 not applicable—Policy adopted by employer cannot alter meaning of collective agreement nor circumvent effects—As December 28 scheduled working day when request for leave made, respondent had to show up for work unless had obtained leave not requiring him to do so—Art. 16.05 applies—As no evidence of operational requirements precluding granting of leave, employer should have made every reasonable effort to grant leave—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. WARKENTIN (A-606-89, Urie, Décaré and Linden J.J.A., judgment dated 14/9/90, 4 pp.)

S. 28 application to review and set aside decision of PSSRB respondent entitled to sick leave with pay solely on basis of delivery of statement signed by respondent unable to perform duties because of illness as required under Collective Agreement—Employer neither disputed respondent ill on day in question nor respondent’s claim to sick leave fraudulent—No error made in relying on delivery of statement as conclusive of respondent’s entitlement to sick leave with pay—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KUDERIAN (A-71-90, Mahoney J.A. judgment dated 30/10/90, 2 pp.)

TRADE MARKS

Trade Marks Act, s. 4(3) meaning of deemed use in export trade—Appeal from decision of Registrar expunging from register appellant’s trade marks pursuant to s. 44(3) of Act for non-use—Whether use meeting requirements of s. 44(1),(3)—Appeal allowed—S. 4(3) to be interpreted independently of s. 4(1)—Term “use” in s. 4(3) not specifically referring to conditions set out in s. 4(1) for use—Under s. 4(3) for use to be deemed use in Canada wares or packages to which trade mark affixed in Canada must be sent out of Canada to another country in commercial transaction—Term “exported” in s. 4(3) meaning “sent from Canada to another country in the way of commerce” or “transported from Canada to another country in the course of trade”—Construction consistent with *National Sea Products Ltd. v. Scott & Aylen* (1988), 19 C.P.R. (3d) 481 (F.C.T.D.)—On evidence appellant meeting standard of proof under s. 4(3) for recognition as deemed user—S. 44(1),(3) requirements met—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 4(1),(3), 44(1),(3)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4(1),(3), 45(1),(3).

MOLSON COMPANIES LTD. v. MOOSEHEAD BREWERIES LTD. (T-428-84, MacKay J., order dated 5/7/90, 22 pp.)

TRADE MARKS—Continued

INFRINGEMENT

Application for interlocutory injunction restraining defendant (respondent) from continuing to use, circulate and distribute advertising brochure displaying plaintiff's trade marks, containing information regarding plaintiff's services and comparative rates offered by defendant and plaintiff—Both parties performing courier and delivery services—Respondent arguing (1) s. 7(a) of Act not infringed since brochure's statements neither false nor misleading; (2) s. 7 *ultra vires* Parliament as constituting statutory statement of tort of defamation and (3) no violation of s. 22 of Act—Application granted—Serious question of law not to be resolved on application for interlocutory injunction: *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.)—S. 7(a) assumed constitutionally valid—Serious issue to be tried existing—Balance of convenience favouring applicant: *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.)—Impossibility of calculating applicant's damages—Respondent's damages calculable—Status quo prior to attempt to circulate brochure maintained—Respondent not deprived of right to compete—Only denied right to use one comparative advertisement—Trade Marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(a), 22.

PUROLATOR COURIER LTD. v. MAYNE NICKLESS TRANSPORT INC. (T-1412-90, Jerome A.C.J., order dated 25/9/90, 7 pp.)

PRACTICE

Appeal from order granting leave to applicant under R. 704(7) to cross-examine on respondent's affidavits in expungement proceeding—No restrictions as to scope of cross-examination imposed and no reasons for order given—Several affiants already cross-examined on affidavits sworn in previous opposition proceedings—R. 704 intended as summary procedure—Party seeking leave to cross-examine must show special circumstances, i.e. ambiguities in affidavit or opinions requiring clarification or for which no basis given—Cross-examination not permitted where within capability of examining party to obtain information—Appeal allowed in part—Full cross-examination on all affidavits contrary to intended summary nature of R. 704—Much of information part of public record—Cross-examination allowed in accordance with special circumstances existing with respect to portions of affidavits—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 336(5), 704 (as am. by SOR/79-57, s. 16)—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 57 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64).

BUREAU LAITIER DU CANADA v. SWIFT-ECKRICH, INC. (T-2438-88, Rouleau J., order dated 9/10/90, 4 pp.)

REGISTRATION

Appeal from Registrar's decision rejecting opposition to register trade mark "Seagram Real Estate Ltd."—Central issue: allegation of confusion between trade mark "Seagram Real Estate Ltd." and "S" design used in association with respondent's real estate brokerage and mortgage business and various

TRADE MARKS—Continued

trade marks and trade names used in association with appellant's business of manufacturing and selling alcoholic beverages, each of which contains word Seagram or Seagram's and/or registered "S" design mark—Confusion to be determined on basis of all surrounding circumstances including those set out in Act s. 6(5)—No reasonable likelihood of confusion—Difference in prominence of "S" in design marks and manner in which each design incorporates word Seagram—Appellants' use of possessive form of word Seagram and corporate name based upon individual's name would lead average person encountering appellants' products bearing trade mark to assume Seagram is a surname—Word Seagram not inherently distinctive and only distinctiveness appellants' can successfully claim lies in relation to manufacturing and sale of alcoholic beverages—Appellants' marks not entitled to extended protection simply because they have become famous—Goods and services offered for sale by parties significantly different—"Ordinary Canadian of average intelligence" unlikely to choose real estate broker on basis of trade mark—Consideration of future events and possibilities of diversification not to include speculation as to diversification into entirely new ventures involving new kinds of wares, services or businesses—Only element of respondent's trade mark and trade name likely to lead to inference services offered by respondent emanate from same source as products offered by appellants is word Seagram—Use of word not identical, however, as appellants consistently use possessive form of word on their products—Affidavits of persons connecting respondent's trade mark with appellants' companies of little probative value after cross-examination—Evidence of public opinion survey conducted on one day at four shopping centres in one area in Canada 12 years after pertinent dates for assessing likelihood of confusion admissible but of little probative value—Survey evidence included in affidavit of marketing professor and consultant to marketing research firms and manufacturers who helped design and supervise survey and affidavit of president of company who conducted survey—No affidavits from persons actually present during survey or involved in its completion and no direct evidence of manner in which questionnaires completed or accuracy of completed returns—Questions and responses given in artificial environment not reflective of reality—Results of survey not representative of response of average Canadian of ordinary intelligence—No reasonable likelihood incorporation of surname Seagram in respondent's trade mark and design could lead to inference real estate brokerage services with which mark associated offered or performed by same person as manufactures and sells alcoholic beverages under appellants' trade marks and trade names—Respondent's trade mark therefore registrable, distinctive and not specifically confusing with appellants' trade mark—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 6, 12(1)(d), 56.

JOSEPH E. SEAGRAM & SONS LTD. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (T-183-85, MacKay J., judgment dated 4/10/90, 25 pp.)

Appeal from decision of Registrar of Trade Marks rejecting application to register trade mark "Sécurité & Design"—Appellant argued Registrar erred in ruling trade mark not registrable because could create confusion with respondent's trade marks "Security" and "Security Muffler"—Both parties' trade

TRADE MARKS—Concluded

marks apply to wares and services in automobile sector—Appellant has failed to demonstrate that Registrar erred in deciding as he did—Appeal dismissed.

GARANTIE UNIVERSELLE (QUÉBEC) LTÉE V. PRONTO AUTO REPAIR DEALERSHIP INC. (T-1111-90, Dubé J., judgment dated 1/10/90, 5 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

S. 28 applications against Tax Court of Canada decisions holding respondents held insurable employment—Respondents hired by wood-cutting contractor to work recently acquired cutting right—Contractor not needing wood immediately—Employment of convenience designed to allow respondents to qualify for unemployment insurance benefits—Consideration of tests established by case law, especially *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553 (C.A.), to determine if person really employed under contract of service, and therefore if employment insurable—Tax Court of Canada judge misunderstood meaning of “control” factor and incorrectly found weekly control alone sufficient—Employer provided no tools; respondents even had to rent piece of heavy machinery to remove wood from forest—Respondents also bore some risks of loss—Finally, respondents’ work in no way integrated or co-ordinated with operations of employer’s undertaking—Trial Judge incorrectly found respondents held insurable employment—Applications allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ROUELLE (A-1243-88, A-1244-88, A-1246-88, Hugessen J.A., judgment dated 31/10/90, 8 pp.)

Vacation pay—S. 28 application to review and set aside Umpire’s decision application of deemed trust provision in Ontario Employment Standards Act, s. 15 sufficient in itself to characterize vacation pay received on lay off as “savings” in accordance with requirements established in *Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1982] 1 S.C.R. 443—Application allowed—For vacation pay to lose its normal character of earnings and acquire that of savings, moneys must clearly be set aside at each pay period, after deduction of

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

income tax and unemployment insurance premiums, thereafter must be kept separate and beyond needs and control of employer’s operations—Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, s. 15.

CANADA (ATTORNEY-GENERAL) V. MUIR (A-30-90, Marceau J.A., judgment dated 21/9/90, 4 pp.)

CANADA (ATTORNEY-GENERAL) V. JOHNSON (A-45-90, Marceau J.A., judgment dated 21/9/90, 4 pp.)

CANADA (ATTORNEY-GENERAL) V. NIELD (A-46-90, Marceau J.A., judgment dated 21/9/90, 4 pp.)

CANADA (ATTORNEY-GENERAL) V. HAYCOCK (A-47-90, Marceau J.A., judgment dated 21/9/90, 4 pp.)

S. 28 application against Umpire’s decision upholding dismissal by both Commission and board of referees of applicant’s application asking first for cancelling of benefit period that had run from July 1985 to July 1986 and second for post-dating to December 31, 1985, of claim for benefits he had made in July 1985—First, Act does not authorize Commission to cancel benefit period when, as herein, applicant has already received benefits for period—Second, Act does not authorize Commission to postpone implementation of claim for benefits until December—Nor does Act authorize Commission to treat this as new claim for benefits that could be given effect retroactively—Application dismissed.

TAYLOR V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-84-90, Marceau J.A., judgment dated 4/10/90, 3 pp.)

S. 28 application attacking Umpire’s decision confirming Board of Referees’ characterization of unpaid vacation pay as loan—Both board of referees and Umpire erred in law—Although unpaid vacation pay obligation owed by employer, it does not possess attributes of loan—No document exists evidencing “loan”—No details provided on matters such as term of loan, interest and other conditions—Application allowed—Umpire’s decision set aside and matter referred back for reconsideration.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PRESCOD (A-258-90, Iacobucci C.J., judgment dated 30/10/90, 2 pp.)

DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

ACCESS TO INFORMATION

National security—Affidavits—Cross-examination—Motion for order compelling Director General of Canadian Security Intelligence Service to attend before Federal Court Trial Division to be cross-examined on his affidavit filed as a result of proceedings taken by appellant under Privacy Act, s. 41—Affiant claims disclosure of information sought could reasonably be expected to be injurious to conduct of international affairs or efforts of Canada towards detecting subversive activities or conduct of lawful investigations under Access to Information Act—Most questions objected to on cross-examination of affiant before Official Examiner—Usual procedure in similar motions is to compel affiant to re-attend before Official Examiner to answer specific questions—Present situation, however, not usual—Justice would be better served if affiant examined before judge who would be in better position than Official Examiner to weigh situation and achieve proper balance between private rights of individual and public interest in matters of security—Motion granted—Judge granted discretion to hold hearing *in camera*, if necessary.

GOLD v. M.N.R. (T-836-85, Dubé J., order dated 23/10/90, 4 pp.)

ANIMALS

Appeal to Assessor under Animal Disease and Protection Act, s. 14—Issue: whether amount of compensation reasonable—After tests showed appellant's bison herd affected by brucellosis, Minister ordered herd destroyed in accordance with Act, s. 11(1)(a)—Number of bison, classifications and amount of compensation established on basis of evaluation prepared for Minister following visual inspection—According to licenses issued under Act and completed on site, number and classification of bison removed for slaughter different from those determined at evaluation—Compensation based on classification at evaluation—Manner in which animals to be counted or classified not outlined in Act or Regulations—Minister's practice of sending evaluation team to observe animals and determine market value of animals following consultation and negotiation with owner reasonable system by which to calculate appropriate compensation—Errors of classification made at time of licensing and loading for slaughter—Classification of herd altered by Court—Compensation awarded in accordance with Court's

ANIMALS—Concluded

classification—Animal Disease and Protection Act, R.S.C., 1985, c. A-11, ss. 11(1)(a), 14.

RESTORICK v. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (P-1-89, Rouleau J., judgment dated 16/11/90, 7 pp.)

ANTI-DUMPING

Ex parte application for order for retention of certain records pursuant to Competition Act, s. 17(3) on grounds (1) records not susceptible to photographic or other mechanical reproduction due to physical condition (2) colour-coded records not readily identifiable (3) originals required as may be subject to cryptic and typographical examination—*Ex parte* order within area of judicial discretion—Court may refuse to deal with application without notice if not satisfied order should issue—Consistent with judicial doctrine no explicit right to notice while not precluding notice if proper—Application allowed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), s. 17(3) (as am. *idem*, s. 24).

DAVIS WIRE INDUSTRIES LTD. (RE) (T-93-90, T-163-90, T-230-90, Joyal J., order dated 2/11/90, 3 pp.)

CITIZENSHIP

KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from Citizenship Judge's disapproval of application for citizenship on grounds of inadequate knowledge of Canada and responsibilities and privileges of citizenship—Knowledge adequate on appeal—Appeal allowed—Application for citizenship approved.

ROBERTSON (RE) (T-2465-89, Pinard J., order dated 22/11/90, 2 pp.)

COPYRIGHT

PRACTICE

Motion for leave to file amended statement of claim to add paragraph alleging conduct calculated to make profit and to claim (1) damages and profits instead of damages or profits (2)

COPYRIGHT—Concluded

punitive damages (3) costs on solicitor and client basis—Explanation of use of aggravated damages, punitive damages, exemplary damages—R. 427 providing amendment permissible notwithstanding addition or substitution of new cause of action if arising out of same facts—Amending prayer for relief to claim both damages and profits perhaps adding new cause of action but relief based on same facts—Length of time since original statement of claim filed not increasing prejudice defendant might suffer as aware of exposure to possibility of award of damages and profits from start of action—Addition of paragraph denied because irrelevant to cause of action for punitive damages in any sense other than sense of exemplary damages—As plaintiff able to obtain both actual damages and profits, not entitled to exemplary damages on ground related to profit—Profit cannot exceed compensation payable to plaintiff which will include profit as well as damages—As some cases have required pleading of aggravated (punitive) damages, although not strictly necessary, amendment permitted—No facts pleaded supporting claim for costs on solicitor and client basis—Denial of amendment not preventing award of such costs should defendant's conduct in action justify same—Because of simple nature of amendment and possibility of early trial date, time for filing amended defence abridged—Amended reply to be filed within 15 days thereafter—As no objection to failure to file defence to counterclaim, may be filed within two weeks—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 402, 427.

JELIN INVESTMENTS LTD. v. SIGNTECH INC. (T-5486-79, Giles A.S.P., order dated 8/11/90, 6 pp.)

Appeal from order striking portions of statement of claim—Defendants arguing (1) prothonotary striking breach of contract claim as outside Court's jurisdiction, but failed to strike factual basis for claim (2) claims in conversion, theft or fraud prejudicial, irrelevant and outside Court's jurisdiction and (3) derivation allegations, while possibly encompassing allegation of substantial copying could also encompass other activities which are not breaches of Copyright Act—Appeal dismissed—No demonstrable error of law—Court must not deprive any party of opportunity to seek redress of serious grievance on procedural grounds except in clearest of cases—Copyright infringement actions involving protection of moral rights—Conduct described in impugned paragraphs may not alone constitute actionable wrong, but may contribute to final determination.

682330 ONTARIO INC. v. CINEPLEX ODEON CORP. (T-2466-89, Jerome A.C.J., order dated 7/11/90, 3 pp.)

CREDITORS AND DEBTORS

Priority of claims—Plaintiff's loan to company secured by duly registered general assignment of accounts and debts owing to company, dated April 26, 1983—Receiver and manager of company appointed December 5, 1988—Receiver issuing formal notices to company's account debtors directing payment of their accounts to receiver—Revenue Canada, on behalf of defendant, also serving Requirements to Pay under s. 224(1.2) Income Tax Act on some of company's debtors directing payment of their debts to defendant—First issue: does general assignment of book debts transfer all rights and interests in

CREDITORS AND DEBTORS—Concluded

such property to assignee so that debts no longer property of assignor?—Yes—Plaintiff therefore acquired full legal and equitable title to all of company's present and future accounts and other book debts on April 26, 1983—Second issue: does s. 224(1.2) Income Tax Act create a priority in favour of defendant?—No—In order for s. 224(1.2) to effect what would amount to an expropriation of property from plaintiff it would have to be worded in such a way as to make that intention absolutely clear and it is not—Plaintiff's claim to funds therefore has priority over defendant's—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 224(1.2), (1.3) (as added by S.C. 1987, c. 46, s. 66).

TORONTO-DOMINION BANK v. CANADA (T-2280-89, Jerome A.C.J., order dated 17/10/90, 10 pp.)

CROWN**CONTRACTS**

Action for damages for breach of contract—At defendant's request, plaintiff provided defendant with written estimate for venetian blinds in "antique white" colour—Defendant subsequently sent requisition to Department of Supply and Services for acquisition of blinds, listing plaintiff as one of two suppliers, essentially same as those in estimate except colour specified as "camel"—Defendant then placed order with plaintiff and plaintiff ordered antique white blinds from its supplier—Supply and Services subsequently sent plaintiff purchase order describing colour of blinds as camel, which plaintiff's staff failed to notice—Plaintiff delivered antique white blinds to defendant but did not install them as defendant claimed they were wrong colour—Plaintiff refused to provide defendant with new camel blinds—Defendant obtained desired blinds elsewhere—Plaintiff unable to sell antique white blinds; therefore claims cost of blinds, plus interest, from defendant—Dispute as to whether Supply and Services read defendant's entire requisition to plaintiff when ordering blinds and whether Supply and Services received plaintiff's estimate—Case turns on facts alone—Plaintiff failed to establish its claim on balance of probabilities—Action dismissed.

PRAIRIE DRAPERY SHOPPE LTD. v. CANADA (T-146-89, Strayer J., judgment dated 29/10/90, 8 pp.)

TORTS

Negligence—Action arising out of issuance of blank money orders by local postmaster in exchange for plaintiffs' cheques delivered to accountant intended for payment of income taxes—Plaintiffs retained accountant to do business accounting and prepare income tax returns—Between 1970 and 1973, plaintiffs gave accountant several cheques, all payable to Receiver General of Canada, in payment of their income taxes—Local postmaster accepted cheques in payment for money orders issued to accountant in blank—Cheques not endorsed by Receiver General or accountant—Accountant negotiated money orders and appropriated funds to his own use—Accountant pleaded guilty to fraud charge and served time in prison—Postmaster's duties governed by regulations set

CROWN—Concluded

out in *Manual of Financial Procedure* issued by order of Postmaster General under authority of Post Office Act—Post Office employee not abiding by regulations in execution of duties *prima facie* negligent—Employee personally liable towards employer and employer responsible to affected parties under Crown Liability Act—Crown liable in tort for postmaster's negligence in breaching regulations by cashing cheque presented to him by person other than payee without payee's endorsement and issuing blank money order to person other than payer or payee of cheques.

HAY V. CANADA (T-3979-75, Dubé J., judgment dated 21/11/90, 7 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS ACT**

Motion for interlocutory injunction restraining Minister from issuing licence for operation of highway sufferance warehouse—Whether Minister acting outside delegated power by exercising power for purpose not set out in Act, namely to recover costs associated with licensing of sufferance warehouses, and imposing 7-year maximum term on licence serious issue to be tried—Irreparable harm in absence of interlocutory injunction not demonstrated—Harm quantifiable and compensable in damages—Application dismissed.

MULTIMODAL INC. V. M.N.R. (T-1679-90, Denault J., order dated 1/11/90, 3 pp.)

EXPROPRIATION**PRACTICE**

Examination for discovery—Application under Federal Court R. 465(1)(c) for order requiring defendant to produce for discovery person who prepared appraisal of plaintiff's property for defendant—Property expropriated by defendant and defendant's offer of compensation based upon and accompanied by appraiser's report—Issue: Whether appraiser "departmental or other officer of Crown" as required by R. 465(1)(c)—Paucity of evidence supporting conclusion that appraiser has sufficiently close relationship to Crown—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(1)(c).

WEBER V. CANADA (T-1529-89, Reed J., order dated 29/10/90, 4 pp.)

FISHERIES

Application for *certiorari* to quash certain fisheries closure orders covering all or parts of Howe Sound, B.C. re: shrimp, prawns and crabs in 1988 and 1989—Applicant operates pulp mill on Howe Sound—Respondents, fisheries officers, issued closure orders—Intervenors carry on crab fishing in Howe Sound—Intervenors commenced earlier action against applicant and another company in British Columbia Supreme Court alleging they had caused "noxious effluent" to be discharged

FISHERIES—Concluded

into waters of Howe Sound resulting in closure of crab fishery to intervenors ("intervenors' action")—Intervenors' action based on various grounds of liability including Fisheries Act, s. 42(3)—Issues in application: (1) whether applicant has standing to seek *certiorari* in respect of closure orders; (2) if so, whether Court should exercise discretion against granting *certiorari* in light of intervenors' action; (3) if not, whether making of closure orders authorized by Fisheries Act and its Regulations; (4) if so, whether respondents properly exercised their powers in issuing closure orders—(1) Standing: applicant should be granted standing—Applicant is "person aggrieved" by order since effect of Act, s. 42(4) would be to make it absolutely liable to intervenors for damages resulting from closures if intervenors establish applicant was source of deleterious substance entering Howe Sound which resulted in closures of crab fishery—(2) Discretion against granting *certiorari*: Court should exercise its discretion in favour of determining whether applicant entitled to *certiorari* on merits of case—Although only Federal Court Trial Division has jurisdiction to grant *certiorari* quashing orders issued by federal officers acting under federal laws, British Columbia Supreme Court could make determination, incidental to trial of damage action between two private parties, not binding on Crown, that closures invalid—No injustice in dealing with *certiorari* application in absence of evidence from intervenors—Issues essentially legal—No further factual evidence required—(3) Validity of closure orders: orders authorized—Closures for purposes of protecting public health authorized by Pacific Shellfish Regulations, s. 4(1)—Effect of Regulations, s. 19 not to confine rest of Regulations to regulation for non-health purposes—(4) Exercise of closure powers: powers properly exercised by officers issuing orders—Even if Regulations, s. 4(1) interpreted narrowly to mean actual closure decision must be made by Regional Director or fishery officer, Regional Director made decision by participating in giving directions to respondents to issue orders—Application dismissed—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 42—Pacific Shellfish Regulations, C.R.C., c. 826, ss. 4(1), 19.

WESTERN PULP INC. V. ROXBURGH (T-2402-90, Strayer J., order dated 15/11/90, 14 pp.)

IMMIGRATION**DEPORTATION**

S. 28 application in respect of conditional deportation order—Applicant entered Canada on student's visa which expired September 30, 1987 and not renewed—Applicant found unfit, by reason of insanity, to stand trial for murder June 10, 1987 and detained under Lieutenant Governor's warrant since then—Inquiry convened alleging applicant to be person described in Immigration Act, s. 27(2)(e), overstaying visitor, and Act, s. 27(2)(a), person inadmissible because of health impairment which, in opinion of two medical officers, rendered him likely to make excessive demands on health or social services—During inquiry, applicant claimed to be Convention refugee—Minister admitted claim to be credibly based—Adjudicator found both s. 27(2)(a) and (e) allegations well-founded and made conditional deportation order—Applicant's

IMMIGRATION—Continued

attack directed exclusively at s. 27(2)(a) finding—Medical officers' opinion applicant likely to make excessive demands probably based entirely on judicial decision as to applicant's sanity and not on independent assessment of medical evidence—Medical officers did not consider medical practitioner's report, contrary to Immigration Regulations, s. 22(a)—Detention under Lieutenant Governor's warrant cannot automatically support conclusion applicant might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services—Determination applicant person described in Act, s. 27(2)(a) set aside—Conditional deportation order remains supported by Act, s. 27(2)(e) decision—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 22(a), (e).

SEYOUM V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-412-90, Mahoney J.A., judgment dated 15/11/90, 3 pp.)

PRACTICE

Motion for leave to commence Federal Court Act, s. 18 or 21 proceeding and for extension of 15-day period to commence proceeding—Reasonable possibility officer did not decide applicant's case in accordance with post-*Yhap v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), [1990] 1 F.C. 722 (T.D.) guidelines—Leave to commence s. 18 application granted.

THAXTER V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-677, Reed J., order dated 29/10/90, 2 pp.)

Application for order preventing removal of applicant from Canada pending Federal Court decision on application for leave, or upon proceeding under Federal Court Act, s. 18—Applicant, refugee claimant and part of backlog, refused humanitarian and compassionate interview by Refugee Backlog office—Application for judicial review commenced—Interview conducted—Status not extended to applicant on humanitarian and compassionate grounds—Application to set aside refusal to extend status commenced—Present application dismissed: (1) no deportation or removal order which can be stayed; (2) no indication applicant at risk of removal without at least one further hearing; (3) court concerned granting stay at this stage in absence of any threat or danger of removal or of actual removal or deportation order that can be stayed would have effect of making it an automatic guarantee in any immigration proceeding in Federal Court Trial Division—No order as to costs.

PATEL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-704, Jerome A.C.J., order dated 24/10/90, 3 pp.)

REFUGEE STATUS

Application to quash refusal to include applicants in refugee backlog programme—When applicants not departing Canada as directed by letter and not obtaining further extension of Convention refugee status, s. 27 report written July, 1986—As

IMMIGRATION—Concluded

present in Canada May 21, 1987 qualifying for backlog programme if immigration officer possessing information indicating they were persons described in s. 27(2)—Application dismissed—In absence of evidence of efforts to convey necessary information to Minister, constructive knowledge not existing—Onus on applicant to show reasonable grounds for concluding immigration officer having required "information": *Deol v. Canada* (Minister of Employment and Immigration) (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 296 (F.C.T.D.)—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 27—Refugee Claims Backlog Regulations, SOR/86-710, s. 2.

LALL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2415-87, Jerome A.C.J., order dated 6/11/90, 3 pp.)

S. 28 application to set aside unfavourable credible basis decision—Tribunal's decision depends entirely on conclusion applicant not credible witness which, in turn, depends on tribunal's appreciation of applicant's evidence—Not safe to assume tribunal really understood evidence upon which it based its decision: numerous discrepancies between details of evidence set out in tribunal's decision and details in transcript of hearing—Application allowed—Matter referred back for new hearing by different Adjudicator and Board members.

DEOL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-130-90, Mahoney J.A., judgment dated 15/11/90, 2 pp.)

S. 28 application to review and set aside unfavourable credible basis decision—Applicant, citizen of Uganda with Kenyan passport, claimed to be Convention Refugee on basis feared persecution for political opinion (a perception that he held anti-government opinions) and for membership in a particular social group (Moslem Arabs)—Applicant's assertion of well-founded fear of persecution foundered on tribunal's appreciation of his credibility: tribunal disbelieved applicant's account of threat against his father and later abduction and killing by Ugandan soldiers—Applicant's testimony misunderstood by tribunal—Heavy emphasis placed by tribunal on applicant's testimony gives some reason to doubt its decision would have been same had it not failed to properly understand applicant's testimony—Application granted—Tribunal's decision set aside and matter referred to differently constituted panel for redetermination.

AHMED V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-215-90, Stone J.A., judgment dated 25/10/90, 6 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Termination payment—Appeal from Tax Court decision termination payment to be included in income for 1978 taxation year—Professional engineer taxpayer's employment as Director of Operations terminated in 1978—S. 56(1)(a)(viii) Income Tax Act requiring inclusion of termination payment in income enacted by S.C. 1979, c. 5, s. 15(1) but made retroactive and declared to apply to amounts received in respect of termination after November 16, 1978—Issue: whether termination effective

INCOME TAX—Continued

on, before or after November 16, 1978—Taxpayer notified of termination October 23, 1978 at which time taxpayer agreed to: (a) continue working with reduced responsibilities until certain project completed in about one month; (b) continuation of regular salary until December 31, 1978; (c) payment of bonus of about \$25,000 on satisfactory completion of project on undertaking employment continue until December 31, 1978—Where notice of termination of employment effective at future date, contract of employment continues until date fixed for termination—Taxpayer remained full-time employee until December 31, 1978—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(a)(viii) (as added by S.C. 1979, c. 5, s. 15(1)).

PAQUIN v. M.N.R. (T-716-86, Addy J., judgment dated 17/10/90, 7 pp.)

Spousal trust created by will executed December 22, 1978—Agreement of purchase and sale of shares between Mr. Greenwood and sons signed same day providing purchase price to be secured through promissory note, principal of which payable upon death of mother—Interest on note to be paid monthly to mother during lifetime through trust—Agreement preventing indefeasible vesting of shares—Indefeasible vesting requiring person in whom property vested have right to determine whether or not property to be retained by him or disposed of—Trustees not having such discretion or control over shares—Executors compelled to sell shares to sons on testator's death—S. 70(5) applies and shares deemed disposed of by taxpayer on his death at fair market value—That notice of assessment issued in name of "The Estate of the Late Mr. Sidney Greenwood" instead of "The Late Mr. Sidney Greenwood" not invalidating assessment—Executor receiving notice of assessment not confused—Notice of objection not objecting to addressee and notice of confirmation correctly identifying taxpayer—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 70(5) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 19), (6) (as am. *idem*; S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 38), 153(8), 166.

GREENWOOD ESTATE v. CANADA (T-1936-88, Reed J., judgment dated 2/11/90, 5 pp.)

Act s. 12(1)(b) requiring amount payable in respect of services rendered in course of business, notwithstanding amount not due until subsequent year, be included in income—1983 amendment deeming amount receivable on earlier of day on which account rendered and day on which account would have been rendered but for undue delay in rendering account—Plaintiff billing customers after telephone and telecommunication services provided—Until 1984 plaintiff accounting for income for tax purposes on "earned method" whereby estimates made with respect to amount of revenue earned by company at year end even though some customers not yet billed—In 1984 adopted "billed method" whereby accounted for income for tax purposes at year end only if customer billed—Amounts not yet billed not within s. 12(1)(b) as not "receivables"—Plaintiff providing ongoing service and profit earned on continuous basis—S. 9(1) providing income from business profit therefrom—Method of accounting for tax purposes should best reflect true income position for year—Usual practice in telecommunication industry to account for income on earned basis as gives truer picture of income for year than other methods—Income

INCOME TAX—Continued

earned on daily basis not conditional—Earned but unbilled revenues brought into income pursuant to s. 9(1) prior to 1984 and should so continue thereafter—Accounting principle requiring consistency in reporting from year to year to ensure accurate portrayal of financial position applies—1983 amendment not intended to allow or require taxpayers to change method of accounting from earned to billed, but to require taxpayers reporting on billed method to account for income not yet billed—S. 12(2) indicating s. 12(1)(b) not to be construed as implying amounts not referred to therein not to be included in computing income—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 12(1)(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4), (2).

MARITIME TELEGRAPH AND TELEPHONE CO. v. CANADA (T-166-89, T-179-90, Reed J., judgment dated 15/11/90, 7 pp.)

Deductions

Appeals from M.N.R.'s decision re: deductibility of certain items in calculation of base for depletion allowance, petroleum profits abatement and corporate surtax in 1974 and 1975 tax years—Two actions involving identical issues tried together on common evidence—Issues: (1) whether provincial Crown lease rental expenses for subsurface gas and oil rights constitute "Canadian exploration expenses" as defined in Income Tax Act, s. 66.1(6)(a)(i) or (iii) for purpose of inclusion in earned depletion base as defined in Regulations, s. 1205 or whether expenses "Canadian development expenses" and thereby excluded from earned depletion base; (2) whether expenditures for scientific research in sectors from which no oil or gas produced in either 1974 or 1975 to be included in calculation of "taxable production profits" under Act, ss. 124.1 and 124.2 and "resource profits" under Regulations, Part XII, such terms being crucial components in computation of corporate surtax, petroleum profits abatement and depletion allowance; (3) whether capital cost allowance with respect to assets purchased for Syncrude to be deducted in calculating taxable production profits for purposes of determining corporate surtax, petroleum profits abatement and depletion allowance—(1) Lease rental payments: payments made by taxpayer to acquire or maintain rights falling within definition of "Canadian resource property" in Act, s. 66(15)(c)—Payments made to provincial Crown therefore excluded from definition of "Canadian development expense" in Act, s. 66.2(5)(a)(iii)—Specific exclusion in Regulations, s. 1205 of payments referred to in Act, s. 66.2(5)(a)(iii) overrides general wording contained in definition of "Canadian exploration expense" in Act, s. 66.1(6)(a)—Payments therefore not to be included in earned depletion base—(2) Scientific research: separate scheme of inclusions and exclusions from income set up by Act, ss. 124.1 and 124.2; sections much more specific in scope and intent than calculation of income provisions under Act, s. 3 in requiring that income and deductions be related to production in sense of extraction from ground as source of income—Calculation of taxable production profits independent of calculation of income for purposes of Act, s. 3—Expenditures related to taxpayer's long-term objectives not actual present production from mineral resources—

INCOME TAX—Continued

Expenditures not deductible—(3) Capital Cost allowance: calculation of taxable production profits in Act, s. 124.1 and 124.2 referable to production in narrow sense of term—Since no actual production in 1974 and 1975, no capital cost allowance can be deducted—Appeal with respect to first issue dismissed and allowed on second and third issues—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 66(15)(c) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 35(21)), 66.1(6)(a)(i),(iii) (as added *idem*, s. 36(1)), 66.2(5)(a) (as added *idem*); 1977-78, c. 1, s. 31(2); 124.1 (as added by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 80), 124.2 (as added *idem*)—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, ss. 1201, 1205, 2900.

GULF CANADA LTD. v. CANADA (T-1741-84, McNair J., judgment dated 25/10/90, 25 pp.)

Action appealing M.N.R.'s reassessments re: 1984 and 1985 taxation years—Taxpayer, business person and farmer, loaned son \$400,000 for business purposes in 1982 on agreement money would be repaid by 1983 with interest—Son unable to repay full amount of loan in 1983—\$15,000 repaid and two properties owned by son transferred to taxpayer—In 1984 tax return taxpayer claimed business loss arising out of loan transaction—Amount of loss calculated as difference between cost of properties to taxpayer and their purported fair market value—In claiming loss taxpayer characterized properties as "inventory" and then deducted loss by means of inventory "write-down" from purported cost to fair market value pursuant to Income Tax Act, s. 10(1)—Minister disallowed deduction for three reasons: (1) properties not business inventory within meaning of Act; (2) amounts used to compute loss did not represent properties' fair market value; (3) properties not acquired in arm's length transaction—Issue in action: whether taxpayer incurred loss from "business" activity enabling loss to be characterized as non-capital in nature—If properties characterized as "inventory" any gain or loss from their disposition to be treated as business income or loss; to qualify for inventory "write-down" in Act, s. 10(1) write-down loss must have been incurred in course of carrying on a business—"Business" broadly defined in Act, s. 248(1)—Definition includes concept of "an adventure in the nature of trade" which involves an isolated transaction—In case law issue of whether gain or loss in nature of business or capital generally hinges upon whether gain or loss resulted from investment (capital gain or loss) or whether property acquired with intention to resell at profit in future (business income or loss); taxpayer's intention at time property acquired most important factor—No intention by taxpayer to resell properties or otherwise deal with them in business-like manner—Properties acquired solely as security for son's debt—Taxpayer unable to establish properties qualify as inventory—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 10(1), 248(1).

VAN DONGEN v. CANADA (T-1923-87, Cullen J., judgment dated 29/10/90, 15 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from Tax Court decision profit on sale of farmland in 1976 constituted business income—Options to purchase property exercised in 1974 with intention of setting up President of

INCOME TAX—Continued

taxpayer's ("Snell") sons in farming business—After options exercised eldest son ("Rupert") informed Snell he did not wish to continue farming; other two sons said they would not farm unless Rupert did—Snell therefore decided it was in his best interest to sell property—Property sold in 1976—Issue: whether profit realized on sale capital gain or business income—Taxpayer's primary intention at time property acquired most important factor—Taxpayer's secondary intention to sell if primary intention frustrated also relevant in certain cases—Gradual retreat away from secondary intention doctrine in recent case law: prospect of resale at profit now must be "operating motivation" in acquisition of property [*Crystal Glass Canada Ltd. v. The Queen* (1989), 89 DTC 5143 (F.C.A.)]—Case turns on questions of fact and credibility as to intention for which property acquired—Sole motivation for purchasing property to provide farmland which ultimately would be conveyed to Rupert—No intention, secondary or otherwise, to sell at profit—Profit on sale therefore capital gain.

SNELL FARMS LTD. v. M.N.R. (T-2376-84, Cullen J., judgment dated 31/10/90, 15 pp.)

Appeal from reassessment treating plaintiff's share of proceeds of disposition of farm property as income—Construction and rental of buildings plaintiff's principal business—Plaintiff acquired and held property in partnership with three other corporations—Property held for 15 years, during which partnership received rental income for pasture and farm house—Partnership submitting several subdivision plans for residential development, although plaintiff's owner objecting and seeking to have plan show more rental income properties—Defendant submitting plaintiff abdicating responsibility for active participation in partnership's development plans so that contrary intention subsumed by dominant faction in partnership group—Intention of partnership as whole determinative of intention to resell at profit—Although at time of acquisition, partnership intending to hold farm for eventual rental development, intention changing between acquisition and sale—Clear and unequivocal positive act on part of partnership as whole to treat property as trading asset destined for residential development and piecemeal sale, rather than to continue treating it as capital asset—Intention of consortium as whole subsuming that of individuals—Plaintiff not proving assessment erroneous—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3, 4, 9, 248.

HOMES DEVELOPMENT LTD. v. CANADA (T-113-87, McNair J., judgment dated 26/10/90, 12 pp.)

PENALTIES

Appellant overestimating tax liability for 1978—Entering agreement with Minister reallocating overpayments to 1979 income tax—By reassessment, Minister determining appellant underestimating 1978 income tax liability—Assessing \$11,968.23 as interest on instalments required to be made before filing return pursuant to Income Tax Act, s. 161(2), and \$83,601.69 as interest on balance of tax remaining unpaid when time for filing 1978 return expired under s. 161(1)—Trial Judge [[1987] 3 F.C. D-34] holding payments to be treated as

INCOME TAX—Continued

if originally paid in respect of 1979 under reallocation agreement—Appeal allowed in part—Appellant owing interest under s. 161(1), but not s. 161(2)—Under s. 161(2), interest may be claimed if failure to pay instalment of tax as required under Part I—Appellant paying required instalments—When instalments paid, tax liability not extinguished as not then existing—Moneys satisfying income tax liability for 1978 when determined—After payment parties may, as long as anticipated debt not existing, agree to change destination of payment—Agreement reallocating instalment payments to another year not modifying past event—Under s. 161(1), interest due if amount paid when time for filing tax return expired less than amount of tax payable—From date of agreement, instalment payments, which had not yet been used to extinguish 1978 tax liability, were to be applied to 1979 tax liability—As consequence of reallocation agreement when time for filing tax return expired, amount paid “on account” of 1978 income tax not including amounts originally paid for that purpose as since allocated to 1979 taxation year—Reassessment referred back to Minister for reconsideration on basis that for 1978, appellant not owing interest under Income Tax Act, s. 161(2)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 157(1)(a)(i) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 57), 161, 164 (as am. by S.C. 1978-79, c. 5, s. 8)—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 26.

CANADA v. UNION GAS LTD. (A-585-87, Pratte J.A., judgment dated 29/10/90, 6 pp.)

PRACTICE

Motion: (a) to dismiss application under s. 225.2(2) Income Tax Act (i) to fix day and place for determining whether “Jeopardy Collection” direction issued by M.N.R. under s. 225.2(1) justified and (ii) to obtain order staying execution upon certificates filed by M.N.R. under ss. 222 and 223; (b) to discharge partial stay imposed by March 31, 1988 order; and (c) for sheriff’s storage costs arising out of delay in disposing of matter—Taxpayer filing notices of objection in respect of reassessments for 1983, 1984, 1985 and 1986 tax years outside 90-day period prescribed by s. 165(1)—Taxpayer’s request for extension of time to file notices of objection denied by Tax Court—Following issuance of ministerial direction under s. 225.2(1), respondent registered notices of seizure with respect to two of taxpayer’s vehicles and other assets—Partial stay ordered—Issue: whether application rendered academic by Tax Court decision—Tax Court decision had effect of conclusively exhausting limitation period and removing statutory restrictions preventing M.N.R. from taking action to realize an unpaid tax liability—Following Tax Court decision rationale for ministerial direction therefore no longer existed—Motion granted: s. 225.2(2) application dismissed, partial stay discharged and sheriff’s storage costs to be added to balance of taxpayer’s outstanding tax liability—Income tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 152(1) (as am. by S.C. 1978-79, c. 5, s. 5), (2), (8), 225 (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 115), 225.1 (as added *idem*, s. 116), 225.2 (as added *idem*).

NEEB v. CANADA (T-534-88, Jerome A.C.J., order dated 16/10/90, 11 pp.)

INCOME TAX—Concluded

Action for damages against Revenue Canada employee (“Smith”) and Crown for perjury, libel, fraud, contempt of court, conspiracy and “other misconduct” allegedly committed by defendants in reassessing taxpayer’s 1983 tax return—Action arises out of another Federal Court action challenging merits of 1983 assessment—Extensive review of lengthy and complex action on merits: essentially, taxpayer, U.S. resident, disputes liability for capital gains tax withheld on sale of part of his Alberta farm land and claims his account not properly credited for payments made—Minister conceded portion of taxable capital gain wrongly included in taxpayer’s 1983 income and Smith agreed withheld capital gain had not been properly credited to taxpayer’s general account but had been attributed to subsidiary ledger containing taxpayer’s non-resident deductions—Issues in present action: (1) Does statement of claim disclose reasonable causes of action? (2) Does Federal Court have jurisdiction over Smith?—(1) (a) Allegation Smith committed perjury during discovery when he “lied” about withheld capital gain being in subsidiary ledger: no civil action for perjury known to common law—(b) Allegation taxpayer libelled during discovery and in document containing reconciliation of his account by references to “unreported income”: absolute privilege extends to remarks made on discovery and qualified privilege attaches to information conveyed under legal, social or moral duty to report it—Although qualified privilege may be defeated by malice, evidence not sufficient to support allegation—(c) Fraud, conspiracy, etc.: taxpayer failed to produce particulars or actual evidence of fraud or misrepresentation—(d) “Other misconduct”: assuming taxpayer asserting cause of action for unlawful administrative action under this heading, no evidence to support such cause of action although tortious liability can be imposed for malicious and deliberate misuse of power—(2) Federal Court has no jurisdiction against Smith as individual defendant because second and third branches of test set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752 not met: although Federal Court Act, s. 17(4)(b) grants Trial Division jurisdiction in actions against Crown servants, there is no “law of Canada” governing or establishing liability of Smith since all causes of action are in tort and, therefore, founded on provincial, not federal law—Action against Smith dismissed on jurisdictional grounds—Action against Crown dismissed since causes of action not supported by evidence and many previously resolved issues simply being re-litigated—Party-party costs to defendants payable forthwith after taxation.

HANSON v. SMITH (T-2013-88, Cullen J., judgment dated 21/10/90, 17 pp.)

INJUNCTIONS

Motion for order (1) granting plaintiff interlocutory injunction restraining defendant from: (a) further infringing plaintiff’s rights in its industrial design; (b) continuing to offer for sale and sell its furniture Style No. 9037 (“defendant’s style”); (c) further infringing plaintiff’s copyright rights in its hang tag; (d) directing public attention to defendant’s style in such a manner as to cause or be likely to cause confusion in Canada between defendant’s style and plaintiff’s business or

INJUNCTIONS—Concluded

Style No. 249; (e) passing off its style as and for that of plaintiff; (2) granting leave to amend Statement of Claim—Leave to amend statement of claim granted—Requested limited interim injunction granted and schedule established to deal with interlocutory injunction application expeditiously—Defendant enjoined from shipping any alleged infringing sofas and from promoting their sale until interlocutory injunction application decided—Danger plaintiff will suffer irreparable harm if injunction not granted—Balance of convenience weighs in plaintiff's favour.

SKLAR-PEPPLER INC. V. DECOR-REST FURNITURE LTD.
(T-1781-90, Reed J., order dated 29/10/90, 5 pp.)

JUDICIAL REVIEW**PREROGATIVE WRITS***Certiorari*

Application to set aside Minister of Transport's decision confirming removal of air traffic control service from Castlegar airport—After alerting Minister to concerns about proposed changes, applicant not making further written representations, relying on assurances in correspondence from successive Ministers of in-depth consultative process before final decision made—Minister alleging all airport users informed of proposal and comments received and reviewed—No objections received concerning proposed changes—At public meeting attended by 70 people, including departmental officials, and media, no arguments on safety, technical or operational matters which might be affected as result of proposed changes—No submissions sufficient to alter Department's changes—Application not challenging Minister's express or implied authority nor propriety of decision-making process—No evidence decision seriously affecting user safety nor relevant facts ignored—Applicant relying on doctrine of "legitimate" or "reasonable expectation" of procedural fairness: *Re Liverpool Taxi Owners' Association*, [1972] 2 All ER 589 (C.A.)—If compatible with public duty and after giving serious consideration to what other party had to say, Court should order public hearing providing overriding public interest requiring it and so long as not inconsistent with good administration—Canadian courts avoiding doctrine except where satisfied decision-making body acting in bad faith—No bad faith herein—No commitment in Ministerial correspondence—Applicant not establishing changes materially affecting air safety measures—Application dismissed.

CENTRAL KOOTENAY (REGIONAL DISTRICT) V.
CANADA (T-2843-90, Rouleau J., order dated 6/11/90,
7 pp.)

Prohibition

Application to prohibit defendant from conducting discipline inquiry into two internal charges pending disposition of criminal charges in external court proceeding arising out of same fact scenario—Inmate at Kingston Prison for Women charged

JUDICIAL REVIEW—Concluded

with inciting and interfering under Penitentiary Service Regulations and two counts each of assault and uttering threats under Criminal Code—Internal inquiry and criminal proceedings not same, therefore pursuant to Charter, s. 13, any evidence applicant gives before inquiry cannot be used to incriminate her in criminal proceedings—Court not convinced from evidence applicant will suffer prejudice if inquiry conducted before criminal proceedings—Possibility of prejudice resulting from inability to provide full answer and disclosure at inquiry too remote to justify extraordinary prohibition remedy—Application dismissed—No costs.

HAINES V. KINGSTON PRISON FOR WOMEN (T-2853-90,
Teitelbaum J., order dated 1/11/90, 8 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Claim for \$36,497.83 allegedly owing plaintiff under agreement with defendants for installation of hydraulic system on corporate defendant's vessel—Defendants claim plaintiff breached agreement by installing defective system, performing unauthorized work and charging excessive amounts as a result of which defendants suffered damages—Defendants therefore claim set-off of their damages against any amount found owing to plaintiff and counterclaim for cost of remedying defective work—Factual findings: (1) agreement existed whereby plaintiff undertook to provide adequate hydraulic system for defendants' vessel at reasonable price for work and materials over and above prices set out in original November 12, 1987 quotation; (2) agreement varied orally to provide for more extensive hydraulic system at reasonable price; (3) prices charged for some items excessive; (4) work substantially performed although some work defective; (5) \$34,733.82 defendants paid to refit defective hydraulic system accepted as best measure of defendants' counterclaim damages—\$30,105.22 found due plaintiff—Damages awarded on counterclaim offset against balance found due plaintiff—Judgment for defendants for \$4,628.60 plus pre-judgment interest at 12.5% per annum from date statement of defence and counterclaim filed, post-judgment interest at same rate and costs of counterclaim.

HYDRAPOWER MARINE LTD. V. TARA M.J. (THE)
(T-1118-88, McNair J., judgment dated 15/10/90, 27 pp.)

Whether valid and binding agreement concluded for sale of defendants' firefighting vessel to plaintiff—Parties discussed sale of fireboat during October 6, 1989 meeting—At end of meeting defendants' representative ("Ellis") told plaintiffs' representative ("Mark") to see Ellis' broker and make agreement "legal"—Broker couriered Mark printed form entitled "Agreement for Sale and Purchase and Interim Receipt" setting out, *inter alia*, purchase price of \$180,000, terms of payment, conditions all engines be in running condition and main steering wheel and dinghy be removed, closing date and acceptance date as 4 p.m. October 6, 1989—Broker sent covering letter with agreement to Mark stating: "Ellis has informed that you have struck a deal as reflected in the enclosed purchase agreement"—Mark signed agreement and returned it, along

MARITIME LAW—Concluded

with required deposit, to broker next day—Broker mailed executed agreement to Ellis October 10 along with covering letter stating: “per your instructions we have submitted the enclosed executed offer to [Mark] . . . we await your advice concerning engine start-ups”—Vessel inspected in presence of both parties within week following October 6 meeting—Ellis received executed agreement on or about October 20—Mark advised of Ellis’ solicitors’ instructions to deny existence of contract October 24—Ellis subsequently negotiated sale of boat to City of San Francisco for \$300,000—Plaintiffs commenced action and had vessel arrested—Parties agreed to release of vessel upon payment of proceeds of sale into interest bearing account pending disposition of trial—Contracts for sale of ships governed by ordinary rules of contract law—Two conditions for formation of valid contract: (1) clear agreement on all essential terms; (2) whether parties’ objective intention was to be contractually bound only after formal contract executed—Whether binding oral agreement concluded depends on particular facts of each case—General Canadian principle: enforceable contract may be formed by verbal acceptance of its terms and conditions before contract reduced to writing—All essential terms of contract agreed to at October 6 meeting—Parties’ primary intention was to create binding contract—Parties’ conduct after October 6 consistent with intention to be bound by agreement—Agreement itself to be mere formal expression of verbal agreement previously reached—Valid and subsisting contract concluded—Distribution of proceeds of sale, plus accrued interest, ordered.

MARK FISHING CO. v. NORTHERN PRINCESS SEAFOOD LTD. (T-2469-89, Joyal J., judgment dated 2/11/90, 24 pp.)

PAROLE

Court of Appeal setting aside Trial Division decision giving National Parole Board choice between *certiorari* quashing its decision or order providing for *in camera* hearing to enable it to justify non-disclosure of information to applicant—Matter referred back to Trial Division for resumption of hearing—Directions re: evidence and arguments at resumed hearing—Parole Regulations, s. 17(5) limitation “prescribed by law” on Charter, s. 7 rights—Open to Board to submit further argument and evidence in answer to one or more of (1) why is s. 17(5) “reasonable” limit “demonstrably justified in a free and democratic society” even though no independent review mechanism of Board decisions thereunder; (2) was Board’s decision release of information to applicant “could reasonably be expected to threaten safety of individuals” supportable on basis of materials before it; and (3) does public interest in non-disclosure pursuant to s. 17(5), in this applicant’s case, outweigh interest served by disclosure to applicant—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 24(1)—Parole Regulations, C.R.C., c. 1249, s. 17(5) (as am. by SOR/86-817, s. 4).

GOUGH v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-2439-90, Reed J., directions dated 8/11/90, 6 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Accounting of profits in patent infringement action—*Tele-dyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.) applied—Plaintiff entitled to defendant’s revenue in respect of infringing units, less variable and fixed costs contributing to sums received—No part or proportion of expenditure, which would have been incurred had infringing operation not taken place, deductible—Onus on defendant to establish profits made from use of plaintiff’s property—Failure to account for full amount of revenue received rendering defendant guilty of contempt of court—“Direct” or “differential” accounting method to be applied on accounting of profits—Contrary to principles of equity to allow deduction of such part of fixed costs as might be attributed proportionally to infringing operation—If impossible to establish additional profit earned on original profits retained, defendant deemed to have benefited from retention, and interest at current rate charged on amount retained—Interest payable from time profit realized—Overhead costs herein not calculated in accordance with direct or differential accounting method—Plaintiffs alleging defendants deducting expenses not directly attributable to manufacture of products—Only costs of energy required to run machine manufacturing infringing product deductible and only when used for that specific purpose—Costs attributable to plant expansion, floor area used by machine producing infringing material, and cost of manhours not directly responsible for operating of pertinent machinery not deductible—Party must not derive benefit from usurpation of person’s private property—Claim Loss Analysis/Summary to be prepared by accountant incorporating report’s recommendations.

HANCOR, INC. v. SYSTÈMES DE DRAINAGE MODERNES INC. (T-2126-85, Daoust Ref., report dated 30/10/90, 6 pp.)

Action for patent and trade mark infringement tried with action attacking validity of patent—Plaintiffs in infringement action (“Stiga” and “Noma”) licensees of patent for tri-ski sled (“Sno Racer”) with run-away preventing means (“R.P.M.”) and selling sleds in Canada in accordance with claims in patent since 1982—Defendant in infringement action (“S.L.M.”) first sold its “Snofox” sleds in Canada in 1987—S.L.M. tried to obtain licence from Stiga to produce Stiga’s sleds in Canada—When Stiga advised S.L.M. that it already had licence with Noma, S.L.M. deliberately set out to design sled which it could produce sufficiently different in appearance from Noma’s so as not to be confused with Noma’s and run risk of trade mark or patent infringement—Wide distribution and advertising of both competing sleds—(a) Trade mark infringement—Action based on allegations of confusion and passing-off—Factual questions of confusion and passing-off to be determined on basis of general appearance of sleds themselves looked at as a whole—Neither sled sufficiently distinctive from other tri-ski sleds with steerable middle ski nor from each other that differences can be seen at first glance—In absence of readily seen distinguishing features, Noma cannot, from trade mark point of view, claim monopoly on its sleds—Noma’s trade mark infringement action, therefore, dismissed—(b) Validity of patent—Question of whether invention properly patentable entirely fact dependent—Patent not invalid for lack of inventiveness or usefulness, obviousness or claiming more than invention—S.L.M. failed to

PATENTS—Continued

discharge burden of establishing invalidity of patent—Patent, therefore, sustained and S.L.M.'s action attacking validity of patent dismissed—(c) Patent infringement—On reasonable construction of patent, S.L.M.'s "Snofox" infringes patent by its use of spring to operate R.P.M.—Noma has no exclusive right to monopoly in design of steerable tri-ski sleds—Only protection to which Noma entitled is that afforded by patent—Noma, therefore, entitled to: (1) limited injunction restraining S.L.M. from further infringing Noma's rights by continuing to manufacture, market and sell in Canada sleds incorporating infringing R.P.M.; (2) damages, or accounting of profits, resulting from sales of such sleds—S.L.M. may continue to market its sleds if infringing R.P.M. device removed or else deliver up sleds for destruction—Noma entitled to two-thirds of its costs in infringement action in which all disbursements and costs concerning both actions to be incorporated—No separate counsel fees for Noma's successful defence of S.L.M.'s action, but Noma entitled to all disbursements and costs attributable in it up to date of joinder of actions.

STIGA AKTIEBOLAG V. S.L.M. CANADA INC. (T-2698-87, T-2109-87, Walsh D.J., judgment dated 15/11/90, 57 pp.)

PRACTICE

Defendant's motion to set aside, vary or alter referee's report assessing amount payable by defendant to plaintiffs as profits earned by defendant from sale of "convertible rowers" held to infringe plaintiff's patent—Plaintiffs' motion to confirm report and enter judgment accordingly—Issues: (1) proper accounting approach; (2) burden of proof required of defendant in proving relevant costs; (3) proper application of accounting approach—(1) Well established differential approach appropriate to determine accounting of defendant's profits in patent infringement cases (*Teledyne Industries, Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.))—(2) Plaintiffs required to prove only defendant's sales; burden then shifts to defendant to prove elements of cost to be deducted from sales in arriving at profit—Any doubts as to computation of costs or profits to be resolved in plaintiff's favour—Defendant bears burden of explaining, generally, how claimed overhead costs actually contributed to production of infringing product—Burden on defendant not so unreasonable, unjust or inexact as to render differential approach inappropriate—(3) Formula for calculating profits pursuant to differential method undisputed: total of net sales less (direct costs plus increase in common costs)—Parties agreed to defendant's net sales figure—Amount of direct costs and common costs disputed—Referee's allocation not altered—Referee's accounting of profits payable by defendant to plaintiffs confirmed—Referee's award of solicitor-client costs to plaintiffs for two days preparation for discovery, two final days of discovery and one day of reference reasonable—Nature of appeal such that amount above tariff to be awarded with respect to preparation time.

TYE-SIL CORP. V. DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. (T-1565-85, Reed J., order dated 19/10/90, 32 pp.)

PATENTS—Concluded

Appeal from Associate Senior Prothonotary's August 22, 1990 order (1) designating certain pages of trial transcript subject to earlier Protective Order; (2) denying motion to vary Protective Order and motion to vary Order in light of new facts arising since motion—Protective Order, in form agreed to by parties, issued prior to trial—Order under appeal issued following trial but before judgment rendered—Judgment held plaintiffs' patent valid and infringed—No compelling reason to vary Protective Order and no persuasive argument that Associate Senior Prothonotary wrong in law—Motions dismissed.

LUBRIZOL CORP. V. IMPERIAL OIL LTD. (T-577-87, Cullen J., order dated 7/11/90, 5 pp.)

Motion for leave to file amended statement of claim against third party—Prothonotary refusing to strike paragraphs in third party's defence responding to allegations of invalidity in statement of claim against it so long as said allegations remaining in defendant's statement of claim—Truth of allegations contained in claim true irrelevant to whether amendment should be permitted—According to R. 316(2), no need to file affidavit to prove removal of invalidity claim from third party notice as can be readily determined from record—Motion allowed—As proceedings resulting from this order together with other pleadings already filed will not enable dispute to be finally adjudicated upon, situation meriting drastic action *ex proprio motu*—Parties ordered to show cause in writing within 30 days why Prothonotary should not of own motion order third party (1) as co-owner of patent, be considered party to action in compliance with Patent Act, s. 55(2) and be served with defence in main action (2) have 30 days in which to respond to pleading in main action and (3) be bound by any final judgment in main action re: validity—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R.R. 319(2), 347—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55(2).

DE KOROMPAY V. ONTARIO HYDRO (T-377-88, Giles A.S.P., order dated 7/11/90, 5 pp.)

PRACTICE

COSTS

Party-party taxation of plaintiff's costs following successful patent infringement trial—Bill reduced by \$11,940.39 for various items (\$7,405 in fees and \$4,535.39 in disbursements)—Certificate of taxation reviewed with respect to witnesses' expenses, fees for preparation for hearing and photocopying charges—Taxing Officer's decision re: first two items not interfered with—Photocopying charges: allowable disbursements only if essential to conduct of action—Amount claimed must reflect actual cost of copy and party claiming disbursement has burden of satisfying Taxing Officer as to actual cost of essential copies—No evidence submitted to Taxing Officer that any copy

PRACTICE—Continued

essential to conduct of action—Taxing Officer erred in allowing photocopying charges—Matter returned to Taxing Officer.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. V. TYE-SIL CORP. (T-1565-85, Reinhardt T.O., taxation dated 5/10/90, 32 pp.)

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. V. TYE-SIL CORP. (T-1565-85, Teitelbaum J., order dated 22/11/90, 11 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Application for reconsideration or rescission of order dismissing application for leave to appeal Refugee Division decision under Immigration Act, s. 82.3—Applicant's former solicitor filed leave application without applicant's authority—No affidavit or other supporting material filed—Leave application dismissed for failure to file materials within time prescribed in Federal Court Rules, R. 9(3)—Applicant did not learn of Refugee Division decision until late April or early May, 1990 at which time he consulted immigration consultant who undertook to file appeal—After learning appeal not commenced by first week of July, applicant consulted present solicitor who advised him of leave application and disposition thereof—Court's jurisdiction to reverse or vary order founded on R. 1733, not R. 330 or R. 337(5)(b): applicant's discovery of unauthorized proceedings considered "matter . . . subsequently discovered"—However, applicant failed to demonstrate arguable case on merits such that proposed appeal might succeed and some purpose would be served by extending time to file materials in support of leave application—Application dismissed.

SARAFIMOSKI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-A-1392, Hugessen J.A., order dated 19/10/90, 5 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Appeal from order dismissing application to stay proceedings pending similar litigation in Supreme Court of Ontario—Parties, jurisdictions and grievances differ—Bad faith in bringing eleven separate actions in Federal Court not established—Judgment in S.C.O. litigation not stopping all impugned activities—Purpose of stay to avoid conflicting adjudications, not simply conflicting proceedings—Adjudication not occurring for some time in either court—Inappropriate to interfere with plaintiff's right to proceed in this court at this time—Right to go to court should not be interfered with on procedural grounds except in clearest of cases—Not establishing serious error of law by Prothonotary—Appeal dismissed.

94272 CANADA LTD V. MOFFATT (T-520-90, Jerome A.C.J., order dated 30/10/90, 3 pp.)

PRACTICE—Concluded

Third defendant's application to strike out various paragraphs of statement of claim under Federal Court Rules, R. 419 as disclosing no reasonable cause of action against it—Disputed paragraphs allege applicant, as general contractor, liable for its subcontractor's infringement of plaintiff's patent—Court not satisfied beyond doubt that plaintiff has no chance of success: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735—Whether or not plaintiff can prove its allegations question for determination of Trial Judge after all evidence heard—Application dismissed.

UMACS OF CANADA INC. V. S.G.B. 2000 INC. (T-1364-90, Martin J., order dated 30/10/90, 4 pp.)

Particulars

Appeal from Senior prothonotary's order, without reasons, requiring plaintiffs to answer demands for 106 out of 107 particulars—Plaintiffs' slightly melodramatic and polemical style of pleading may have provoked defendants' verbosely detailed, carelessly on-running, redundant and perhaps even facetious demand for particulars—Appeal allowed in part—Senior prothonotary erred in law in failing to apply principle that particulars not required of matters known or readily available to be known to public at large even before litigation instituted—Plaintiffs not required to provide particulars of foreseeable harm—Rights alleged to be violated must be sufficiently identified and apprehended violations to be particularized—Particulars also required for allegation of overriding jurisdiction and authority over land, relevant sections of treaty pleaded and allegation of conflict of interest—No costs awarded to either side on appeal or motion.

JAMES BAY CREES V. CANADA (T-962-89, Muldoon J., order dated 12/10/90, 17 pp.)

REPRESENTATION BY ATTORNEY OR SOLICITOR

Motion for order removing plaintiff's solicitors ("solicitors") from record—Solicitors acted for both plaintiff ("Cullom") and first defendant ("Bruce Tile") as co-defendants in earlier patent infringement action ("first action")—Cullom retained solicitors and undertook to defend first action on Bruce Tile's behalf and to pay litigation costs—First action never proceeded past pleading stage and was discontinued—Appropriate test for removing solicitors for reasons of conflict of interest: whether an appearance of impropriety would arise to mind of reasonable, fair-minded, knowledgeable person fully informed of all facts—Test not met—Subject matter of two actions different—Solicitors acted only on Cullom's instructions in first action—No evidence of any direct or indirect communication between solicitors and Bruce Tile—No evidence supporting conclusion Bruce Tile might be prejudiced by solicitors acting for Cullom in present case—Motion dismissed.

CULLOM MACHINE TOOL & DIE, INC. V. BRUCE TILE INC. (T-2007-90, Reed J., order dated 29/11/90, 4 pp.)

PUBLIC SERVICE**APPEALS**

S. 28 application to set aside Appeal Board's decision setting aside applicant's appointment—Employer conducted closed competition in late 1987—Both applicant and intervenor deemed qualified for position—Applicant rated highest and was selected for appointment—Applicant's name alone placed on eligibility list for appointment—Intervenor appealed within prescribed time period—Appeal withdrawn after employer advised intervenor that competition cancelled and no appointment to be made—Appeal continued to accommodate any other issues or parties—Public Service Commission subsequently advised employer that insufficient evidence existed to justify removing applicant's name from established eligible list and that list still considered valid—Employer therefore decided to proceed with applicant's appointment and so advised intervenor in June 3, 1988 letter—Intervenor appealed—October 17, 1988, Appeal Board concluded intervenor withdrew appeal because of employer's misleading and improper statements and held Board had jurisdiction to inquire into appeal on its merits—Board set aside applicant's appointment on basis of merit principle January 26, 1989—Present application: June 3, 1988 notice of appointment defective; time period for appealing, therefore, not yet commenced—Board's October 17 interim decision correct—Unnecessary to consider other issues raised—Application dismissed.

BOVA v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION APPEAL BOARD) (A-56-89, MacGuigan J.A., judgment dated 19/11/90, 12 pp.)

LABOUR RELATIONS

Employer unilaterally changing shift cycles and shift schedules—Collective agreement enumerating circumstances when changes in shift cycle permissible, none of which applicable—Employer's right to manage not including right to unilaterally vary shift cycles and schedules for purpose of saving additional labour costs by avoiding overtime payments and lieu day credits—Reference to *Canada (Attorney General) v. Warkentin*, A-606-89, Urie, Décary and Linden J.J.A., judgment rendered 14/9/90, F.C.A., not yet reported, wherein held policy adopted by employer cannot alter meaning of collective agreement or circumvent effects—Management's right to decide number of employees, to organize and assign work, and to schedule shifts expressly modified by collective agreement—Mutual agreement required unless conditions of collective agreement met—Collective agreement expressly contemplating amendments to shift schedule, once posted, only if necessary—Saving of money desirable, but not necessity—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

ELLIS v. CANADA (A-268-90, Mahoney J.A., judgment dated 8/11/90, 7 pp.)

PUBLIC SERVICE—Concluded**SELECTION PROCESS***Advancement Prejudicially Affected*

Appellant not receiving training in computerized mapping equipment as unable to accept shift-work—Twenty-three other employees took training and appointed to reclassified positions without competition—Appeal from trial judgment ([1990] 2 F.C. 181) dismissing applications to quash Public Service Commission's decision opportunity for advancement not prejudicially affected as reclassification based on individual performance within own positions rather than upgrade of specific positions—Trial Judge holding Commission's function under s. 21(1) in respect of appointments made without competition to act as screening mechanism to identify those having sufficient standing to challenge appointment—Commission within boundaries of role assigned to it under s. 21(1)—Where promotion of individual employees based solely on individual performances within own positions and appellant's opportunity for advancement same as if appointments not made, within Commission's role to give opinion appellant not "person whose opportunity for advancement prejudicially affected"—Where attacked appointments non-exclusive, burden of proving opportunity for advancement prejudicially affected not easily met—Only when cause-and-effect relationship between appointment without competition and opportunity for advancement will Commission ask whether relationship prejudicially affects appellant—Appointments not depriving appellant of own opportunity to seek advancement—Appeal dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21(1).

KENNEDY v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION) (A-157-90, Décary J.A., judgment dated 13/11/90, 6 pp.)

RCMP

Application attacking determination adverse to applicant of review committee established under Royal Canadian Mounted Police Act—Applicant confined to grievance procedures set out in Act, particularly where procedures not attacked—Application to Court of Appeal to extend time for appeal unsuccessful—Trial Division lacking jurisdiction to entertain parallel application for essentially same relief where Act providing access to Court of Appeal on matters of law—As matter of discretion, inappropriate to entertain application as applicant acknowledging Court of Appeal proper forum by applying there to extend time and by applying to transfer application before Trial Division to Court of Appeal—Crown's application to dismiss allowed—Application for Federal Court Act, s. 18 relief dismissed—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18

NUOSCI v. CANADA (ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-2454-89, Jerome A.C.J., order dated 21/8/90, 4 pp.)

Application for interim injunction requiring acceptance of applicant as member of "caucus" of representatives which meet in connection with Division Staff Relations Representative Program until disposition of motion for *certiorari*—Applicant one of two elected representatives of Division C—Representatives

RCMP—Concluded

meeting with Commissioner of RCMP several times during year—Prior to meeting with Commissioner, representatives meet in “caucus” to determine issues to be raised and priority thereof—Caucus also meeting at other times—Organized into subcommittees to address various issues affecting members—Applicant expelled from caucus for misconduct and irresponsibility—Preventing him from participating in preparatory work of caucus prior to meeting with Commissioner and from belonging to subcommittees and representing members—Whether caucus having authority to expel applicant serious issue to be tried—Balance of convenience and irreparable damage favouring applicant—No prejudice to respondents if applicant permitted to participate in caucus—If not allowed to participate, both applicant and those he represents will suffer prejudice—Irreparable harm even though applicant could send sub-representative as latter not permitted to vote nor participate in sub-committees—Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988, SOR/88-361, s. 96 (as am. by SOR/89-581, s. 1)—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 21(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 12).

DELISLE v. CANADA (RCMP COMMISSIONER)
(T-2801-90, Reed J., order dated 12/11/90, 12 pp.)

TRADE MARKS

Injunctions—Application for interlocutory injunction restraining defendant from manufacturing, distributing, advertising and offering for sale insecticides with trade mark “Insectigone” and copyrighted label and information sheet—Plaintiff, registered owner of trade mark, selling natural insecticides under trade mark since May, 1988—Plaintiff also owner of copyright in labels used on its product and information sheet describing product—Defendant manufacturing insecticides in Canada under plaintiff’s trade mark and distributing, advertising, offering for sale and selling product with labels and information sheets almost identical to plaintiff’s through channels similar to those through which plaintiff’s product sold—Defendant claims plaintiff verbally agreed to allow defendant to sell and distribute insecticides under its trade mark and copyrighted labels and information sheet—Plaintiff denied agreement—Appropriate threshold test for granting interlocutory injunction is serious issue to be tried (*Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.))—Plaintiff established serious issue to be tried and *prima facie* case—Balance of convenience favours plaintiff—Irreparable harm to plaintiff if injunction not granted—Interlocutory injunction granted.

CHEM-FREE ENVIRONMENT INC. v. ASTRAL INDUSTRIAL PRODUCTS LTD. (T-2254-90, Denault J., order dated 16/10/90, 7 pp.)

EXPUNGEMENT

Application to expunge trade mark “Heintzman” registered by Heintzman & Co. in 1926 for use in connection with pianos—Heintzman pianos manufactured in Hanover, Ontario by Heintzman & Co., and its successors, (“Heintzman company”) since 1850—Applicant set up subsidiary company in 1977 and acquired right to use Heintzman name as part of business name

TRADE MARKS—Continued

and style—Heintzman company purchased by Sklar Peppel Inc. (“Sklar”) in 1981 which continued to manufacture Heintzman pianos at Heintzman premises in Hanover until 1988 when it closed Heintzman manufacturing division and sold remaining inventory of Heintzman pianos to second respondent (“Music Stand”)—Sklar assigned trade mark to first respondent (“751056”) which executed licence for Music Stand to use mark September 14, 1988—Application for registration of Music Stand as permitted user of mark filed September 19, 1988 and issued October 28, 1988—Between October 10, 1986 and September, 1988 Music Stand, although neither owner nor registered user of mark, used mark in connection with inventory of Heintzman pianos purchased both from Sklar and other sources—Music Stand eventually used mark only in relation to pianos obtained from U.S. and Korean sources—Issue: whether trade mark lost its distinctiveness—Trade mark signifies finely crafted pianos manufactured in Canada by Heintzman company—Respondents deliberately tried to camouflage fact that change of source of pianos had occurred and tried to create impression pianos sold under Heintzman label originated at Heintzman’s Hanover facilities—Distinctiveness lost through use of trade mark by Music Stand in connection with pianos obtained from sources other than those with which public associated mark—No loss of distinctiveness through: (a) use of mark by applicant and other members of Heintzman family; (b) ownership by shell company or, (c) use by Music Stand for two years when neither owner nor registered user of mark—Registration expunged.

HEINTZMAN v. 751056 ONTARIO LTD. (T-1441-89, Reed J., judgment dated 15/11/90, 20 pp.)

Appeal from decision of Senior Hearing Officer, on behalf of Registrar of Trade Marks, that although corporate respondent’s trade mark “Promode” not in use when notice under Trade-marks Act, s. 45 issued, special circumstances existed justifying non-expungement of registration—Issue: whether corporate respondent has shown absence of use of mark due to special circumstances excusing absence of use—Registered owner of mark bears onus of establishing special circumstances excusing non-use—“Special circumstances” defined for purposes of s. 45 as unusual, uncommon or exceptional—Corporate respondent’s clear and continuous intention to establish use of mark although prevented from doing so by series of circumstances beyond its control in accordance with definition—No clear error in Senior Hearing Officer’s consideration of all facts and no new evidence placed before Court that was not before Senior Hearing Officer—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 4(1), (3), 45, 56(1), (5).

McFADDEN, FINCHAM, MARCUS & ALLEN v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (T-2996-89, Pinard J., order dated 22/10/90, 9 pp.)

Appeal from Trial Division order ((1988), 22 F.T.R. 59) allowing, in part, appellant’s application to expunge respondent’s three trade marks, “Expo 86”, “Expo” and “86”—Application dismissed in respect of “Expo 86” and “Expo” marks and allowed in respect of “86” mark—Issue on appeal: whether lower court erred in refusing to strike out registration of “Expo” and “Expo 86” marks—Appellant’s application to register design incorporating word “Expo” and figure

TRADE MARKS—Continued

"86" as trade mark refused on ground mark similar to "Expo 86" mark adopted and used by respondent as official mark pursuant to s. 9(1)(n)(iii) Trade-marks Act—Proposed mark also confusing with respondent's registered marks "Expo" and "Expo 86"—Respondent's preliminary objection to appellant's application for expungement that appellant not "person interested" within meaning of s. 2, and therefore unable to make application, incorrectly rejected by lower court—Person interested within meaning of s. 2 where reasonable apprehension person will suffer prejudice of some sort if trade mark not removed from register—Whether or not respondent's marks remain on register appellant's situation remains same: he will be unable to use his mark because expungement of respondent's marks will not affect existence of official mark "Expo"—Appellant, therefore, not "person interested" within meaning of s. 2—Appeal dismissed.

MIHALJEVIC v. BRITISH COLUMBIA (A-936-88, Pratte J.A., judgment dated 18/10/90, 4 pp.)

INFRINGEMENT

Injunctions—Application for interlocutory injunction in trade mark infringement action—Balancing of three requirements for interlocutory injunction—Although plaintiff demonstrated serious question to be tried, defendant raised several substantial defences—Plaintiff failed to demonstrate it would suffer irreparable harm if injunction not granted—Damage award following trial would sufficiently compensate plaintiff for any damage suffered as a result of alleged infringement—Application dismissed.

ALL TREAT FARMS LTD. v. ASB GREENWORLD LTD. (T-650-90, Reed J., order dated 15/10/90, 5 pp.)

Injunctions—Application for interlocutory injunction restraining defendant from infringing plaintiff's registered trade mark "Style"—Plaintiff publishes fashion trade periodical under trade mark approximately 16 times a year in tabloid newspaper format directed at executives in garment trade and women's wear retailers—Defendant publishes daily newspaper, *Montreal Gazette*, which, in January, 1990, began publishing Style Section in Tuesday's edition dealing with styles and fashion, mainly women's clothing—Issue: whether Court should exercise its discretion to grant interlocutory injunction—Serious issue to be tried threshold test—Discussion of factors to be weighed after threshold test met—Serious issue to be tried: both parties active in publishing field and plaintiff owns trade mark to word "Style"—Confusion or damage to goodwill unlikely: publications too different in terms of appearance, readership and presentation—Even if confusion did result, irreparable harm unlikely: unlikely mistake in buying one publication rather than other would be repeated therefore damage would be slight and compensable by award of damages—Application dismissed.

STYLE COMMUNICATIONS INC. v. SOUTHAM INC. (T-2356-90, Cullen J., order dated 28/11/90, 8 pp.)

TRADE MARKS—Concluded

REGISTRATION

Appeal from refusal to register trade mark "Automatic Parking Devices of Canada" for use in association with servicing of parking lot and access control equipment, consulting, engineering and design services in connection with installation of parking lot and access control equipment—Application rejected as clearly descriptive of character and place of origin of services contrary to Trade Marks Act, s. 12(1)(b) despite disclaimer of exclusive use of any of words apart from trade mark—Appeal allowed—Test whether proposed mark "clearly descriptive" one of first impression of prospective purchaser as determined by court—"Clearly" meaning "plain, self-evident, and easy to understand"—S. 12(1)(b) designed to prevent monopoly on use of word referring to character or quality of good or service—Explanation of use of disclaimer—Combination of words unusual, if not unique—Mark descriptive of wares, not services—Not within s. 12(1)(b)—As result of Registrar's decision application rejected prior to advertisement in *Trade Marks Journal*—Allowing application to go to advertisement pursuant to s. 36 merely indicating Registrar not satisfied mark not registrable, not that mark registrable—As words in mark used in association with company since 1965, advertisement should have been allowed—Registrar "gone wrong" in failing to consider mark as whole and give adequate consideration to appellant's submissions—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 12(1)(b), 34, 36.

CANADIAN PARKING EQUIPMENT LTD v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (T-1627-85, Jerome A.C.J., judgment dated 2/11/90, 10 pp.)

Appeal from Registrar's decision rejecting opposition to application for trade mark "Nishi" for use in association with electronic equipment—Opposition based on grounds mark (1) primarily merely surname of living individuals or those who had died within preceding 30 years (2) not registrable because adoption prohibited by s. 9(1)(k) and (3) not distinctive—Affidavit filed in support of opposition, stating Toshitsugu Nishi well known in electronic equipment trade in Canada as instrumental in introducing and promoting "Panasonic" line, and "Nishi" common surname in Japan recognizable in Canada—Registrar holding proposed trade mark not primarily merely surname as also meaning "west" in Japanese and rare surname elsewhere than in Vancouver so that majority of Canadians not recognizing it as surname—Concluding Mr. Nishi's involvement in electronics industry insufficient to preclude registration on basis of s. 9(1)(k) and nothing supporting lack of distinctiveness—Court should only interfere in decision of Registrar if clear error or new evidence presented: *McFadden, Fincham, Marcus & Allen v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, T-2996-89, Pinard J., judgment dated 22/10/90, F.C.T.D., not yet reported—No new evidence presented—Registrar considered all facts—No error established—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 9(1)(k), 38(8).

NISHI v. ROBERT MORSE APPLIANCES LTD. (T-2738-89, Teitelbaum J., order dated 6/11/90, 8 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

S. 28 application to set aside Umpire's decision as to imposition of penalty—Disentitlements to benefit imposed because applicant failed to prove availability for suitable employment within definition of Unemployment Insurance Act and Regula-

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

tions by reason of inadequate job search, not part-time attendance at university—Application dismissed.

CUTTS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-239-90, Mahoney J.A., judgment dated 1/11/90, 1 pp.)

DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

ANIMALS

Appeal from compensation award for elk destroyed under Animal Disease and Protection Act—After notifying appellant of suspicion brucellosis present in appellant's livestock located on appellant's land in Alberta, respondent declared land to be infested place pursuant to Act, s. 23 and tested livestock for disease—Tests showed no presence of brucellosis—Respondent declared appellant's land and livestock free of disease—Wapiti cow, Wapiti calf and Wapiti fetus destroyed as result of testing procedure for which appellant received \$6,500 compensation—No further compensation to be awarded for other animals appellant claims died or were not born as result of stress caused by testing as appellant entitled to compensation only if animal injured in course of being tested dies or is required to be destroyed because of the injury (Act, s. 12(1)(d))—As to proper measure of damages, respondent's "expert" not qualified to decide worth of animals—Appellant's evidence preferred as more credible—Minister's decision varied—Compensation increased to \$10,500—No order as to costs—Animal Disease and Protection Act, R.S.C., 1985, c. A-11, ss. 12, 15, 16, 23.

SUCH V. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE)
(P-1-88, Cullen J., judgment dated 26/11/90, 8 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Criminal Process

Application challenging, under Charter ss. 7 and 10(b), Kingston Penitentiary's telephone policy and restrictions placed on applicant resulting from his abuse of policy—According to policy, inmates allowed to make two "legal or business" calls per week, two resocialization calls per month and calls in emergency situations—All calls to be collect—Applicant made 80 calls to lawyers over 50 week period—Applicant misused calling privileges by asking to call his lawyer but calling wife of another inmate instead and asking guard to allow inmate to come to phone to speak to "lawyer"—Applicant therefore prohibited from making "legal" phone calls for one month—No Charter right allowing penitentiary inmates unrestricted right to phone their lawyers—Charter s. 10(b) applies to initial arrest or detention, therefore not applicable to applicant's situation—Principles of fundamental justice provided for in Charter, s. 7 do not require unlimited access to phone by inmates—Discussion of two United States decisions—(1) *Johnson by Johnson v.*

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Brelje, 701 F.2d 1201 (7th Cir. 1983): allowing individuals held in mental institutions on ground of unfitness to stand trial two 10 minute calls per week and no incoming calls held to be unreasonable restriction on communications between detained and lawyer, particularly since 70 per cent of detained from area 370 miles from detention centre; (2) *In re Grimes*, 208 Cal. App. 3d 1175 (Ct. App. 1989): Court ordered installation of free telephone line in jail to public defender's office after direct pay phone replaced by collect only phones—Unrestricted access by inmates to free local telephone services not ordered—United States decisions based on rights in United States Constitution not found in Charter—Cases not helpful to applicant in any event—Application 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], ss. 7, 10(b).

OLSON V. CANADA (T-2603-89, Reed J., order dated 15/11/90, 5 pp.)

COPYRIGHT

INFRINGEMENT

Plaintiff seeks several remedies based on alleged infringement of copyright claimed in literary work which plaintiff claims defendants used, without his consent or authorization, in movie *Return of the Jedi*, television series *Ewok Adventure* and various other forms and mediums—Plaintiff claims he wrote some notes as a story line for script of television or movie film which he gave to friend, David Hurry, to write script and send to individual defendant ("Lucas")—Hurry allegedly produced script *Space Pets* ("script") from plaintiff's handwritten notes and sent script and covering letter to Lucas on or about October 20, 1978—No reply or acknowledgment received and script never returned—Script included among its characters two small furry animal species with primitive human characteristics names Olaks and Ewoks living on previously unexplored planet in space—Small furry animal creatures with certain human characteristics, living on planet Endor, featured in third film in defendants' Star Wars trilogy, *Return of the Jedi* ("film"), released May 25, 1983—Although name for creatures not heard in film, heading "Ewoks" appears in printed list of credits to players and others at end of film—Creatures became widely known as Ewoks as result of film, at least one television production and marketing of various merchandise, books and

COPYRIGHT—Continued

pamphlets under defendants' authorization—Issues: (1) did Lucas copy character of Ewok or other significant features from script? (2) can copyright exist in name Ewok and description of Ewok character as depicted in script? (3) was plaintiff author of script so that he could claim copyright in it as an artistic work?—(1) Copying: analysis of issue involves comparison of similarities in script and film and whether Lucas had access to script—Defendants have no record of receiving script and Lucas and all witnesses from his organization denied seeing script before action—General concept of primitive species, furry creatures with some human characteristics, living in forest with primitive weapons traceable to Lucas' 1974 original *Star Wars* screenplay—Lucas' creative staff developed concept of Ewok for film from Lucas' 1974 idea with little specific prior artistic direction from Lucas—Dearth of Canadian case law on test for assessing substantial similarity—Following factors suggested by United States Courts of Appeal: plot, themes, dialogue, mood, setting or scenes, pace, sequence and characters, so far as they are within recognized limits of copyright in protected work—Test for trier of fact in assessing factors: whether average lay observer, at least one for whom work intended, would recognize alleged copy as having been appropriated from copyrighted work—In present case, no claim to similarity in plot or dialogue, previous outlines of two productions clearly indicate no similarity in themes, mood, pace or sequence; although some scenes appear in both script and film, such scenes not protected by copyright, or subject to it, because they are standard aspects of productions drawn from common pool of folklore—While there are some general similarities in detail depicting Ewoks, there is no substantial similarity between script and film—Therefore, average lay observer, average person in respective intended audiences, would find no substantial similarity in script and film—(2) Copyright in name and description of Ewok character: while generally there cannot be copyright in mere name, where name identifies well-known character, copyright in name and associated character may be recognized if character sufficiently clearly delineated in work subject to copyright that it becomes widely known and recognized—Characteristics of Ewok in script do not delineate character sufficiently distinctly to warrant recognition as character subject to copyright and Ewok character as developed in script not widely known by reason of script in which plaintiff claims copyright—Ewok made famous through defendants' production of film and related distribution and promotional activities—Therefore, character of Ewok as developed in script not in itself subject to copyright—(3) Copyright in script: resolution of issue unnecessary following disposition of principal issue of infringement which determines outcome of action—Plaintiff failed to establish on balance of probabilities defendants produced, reproduced or adapted script in substantial part in film; no substantial similarity between script and film; character of Ewok as developed in script not matter protected by copyright; defendants have not infringed any copyright interest of plaintiff in script—Action dismissed.

PRESTON v. 20TH CENTURY FOX CANADA LTD.
(T-142-85, MacKay J., judgment dated 9/11/90, 45 pp.)

COPYRIGHT—Concluded

INJUNCTIONS

Application for interlocutory injunction to prevent defendants from marketing their publication "Your Bridal Notebook" and for an accounting of past sales of such publication—Plaintiffs registered copyright for handbook for brides called "The Bride's Journal" in 1985—15,000 copies sold in three printings, fourth printing planned and plaintiffs trying to find United States publisher—Defendants began publishing book similar to plaintiffs' entitled "Your Bridal Notebook" in 1989—Case of blatant copying in respect of numerous headings and specific language used in check lists subject to registered copyright—Court therefore need not consider balance of convenience nor appropriateness of damages in lieu of injunction—Only portions of plaintiffs' publication which are proper subject of copyright are longer phrases and sentences consisting of arrangements of words capable of being form of expression unique to plaintiffs—Interlocutory injunction granted re: phrases or sentences of more than three words identical to or substantially identical to similar phrases and sentences in plaintiffs' publication—Accounting of past sales of defendants' publication not appropriate interlocutory relief but may be pursued, if at all, at trial.

OVERSEAS ENTERPRISES LTD. v. FEATHERS PUBLISHING AND MARKETING INC. (T-2684-90, Strayer J., order dated 30/10/90, 5 pp.)

EXPROPRIATION

Supplementary Reasons to those filed March 15, 1990 allowing additional time for persons claiming interest in parcel A of expropriated lands ("property") to file statements of interest on grounds Public Works plan indicated property owned by Riggs & Sons Ltd. ("Riggs & Sons") and Court's information that Riggs & Sons refused to advance claim because of dissatisfaction with expropriation process—Riggs & Sons subsequently filed statement of interest claiming ownership of property by reason of possessory title over 80 years—No other claims for compensation advanced—Evidence of chain of title somewhat inconsistent—Appears property owned by Jude Nash ("Nash") in 1920 assigned to Nash's creditors November 23, 1921; Ernest Wilson Riggs ("Ernest") appointed by trustees to run business for benefit of creditors; Nash finally handed property and business over to Ernest free from any creditor's claims in 1932—Neither Nash nor any person claiming under or through him advanced any claim to property after 1932—Ernest was only person to deal with property as his own between 1932 and Ernest's death in 1972—Property bequeathed to Ernest's wife Olive Riggs ("Olive") and became vested in her June 29, 1974—Riggs & Sons incorporated in 1973 and since then operated business formerly operated by Ernest on property until date of expropriation—Property vested in Olive at time of expropriation—Compensation for expropriation to be paid to Olive—No one else entitled to compensation.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NEWFOUNDLAND AND LABRADOR HYDRO (T-1513-89, Martin J., supplementary reasons for determination dated 11/12/90, 5 pp.)

IMMIGRATION

Application to stay deportation order and add appeal from Court of Appeal's refusal to hear matter—Although three very strong reasons to dismiss application, application for leave to bring s. 18 application commenced and, out of an abundance of fairness and caution, deferral of valid deportation order for few days is small price to pay to ensure s. 18 application brought to Court's attention in proper way—Court must at least consider leave application—Deportation order therefore not to be acted upon for six days at which time leave application to be heard, if not sooner.

ANSOMAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-643, Jerome A.C.J., order dated 22/5/90, 4 pp.)

PRACTICE

Motion for discovery of respondent and disclosure of information to assist applicant in arguing motion for leave to commence s. 18 application to set aside Minister's decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to exempt applicant from normal immigration procedures—Tribunal rejected as lacking credible basis applicant's claim for refugee status on grounds of fear of persecution by Kenyan government because of applicant's political views if returned to Kenya—Applicant subsequently joined Kenya Canadian Society ("KCS") and participated in Canada in KCS demonstrations criticizing Kenyan government in spite of latter's threats—In decision dated November 23, 1989, Immigration official found applicant lacked sufficient humanitarian and compassionate grounds to justify exemption from compliance with normal immigration procedures—Federal Court of Appeal denied applicant's application for leave to commence s. 28 proceeding to review unfavourable credible basis decision February 15, 1990—Applicant subsequently participated in another anti-Kenya demonstration—Officials from Kenyan Embassy allegedly took photographs of demonstrators—At time of his scheduled deportation on April 23, 1990, applicant gave Immigration Removal Officer copy of letter written to Minister that day, and copied to Amnesty International, seeking to reopen applicant's claim for Convention refugee status ("applicant's letter")—Removal Officer read letter but did not halt deportation process ("April 23 decision")—Process halted by applicant's physical resistance to boarding aircraft and ultimately because applicant appealed Court's decision refusing to stay deportation order—Minister subsequently agreed to have official from Canadian High Commission in Nairobi monitor return to Kenya of individuals refused refugee status in Canada—Unclear whether applicant seeking leave with respect to November 23 or April 23 decision—While much of applicant's argument attacked November 23 decision, notice of motion attacks April 23 decision on ground Removal Officer did not give applicant's letter sufficient consideration—Applicant's letter does not specifically ask for reconsideration on humanitarian and compassionate grounds; it seeks to reopen applicant's claim for Convention refugee status—Doubtful whether Removal Officer obligated to review claimant's situation for consideration on humanitarian and compassionate grounds as within discretion of Governor in Council—Applicant's manner of proceeding in waiting until last minute and

IMMIGRATION—Continued

requesting Immigration Officer charged with effecting his deportation to consider whether events which occurred over previous months constitute humanitarian and compassionate grounds unreasonable and looks very much like an abuse of system—Applicant's requests for disclosure: (1) information concerning (a) government's procedure and policy of sedating individuals to facilitate deportation process, if such policy exists, and (b) any agreements between Kenyan and Canadian governments re: return of refugee claimants to Kenya, not related to subject matter of leave application or decision sought to be reviewed—(2) Application for order for disclosure of reasons why respondent did not find that compassionate and humanitarian grounds exist misconceived: such discovery not provided for in Rules of Court; whole purpose of recent amendments to Immigration Act, designed to weed out trivial claims and prevent excessive delays, would be undercut if applicants who file applications for leave to commence s. 18 or 28 proceedings thereby become entitled to discovery of respondents; Court not convinced applicant has right to reasons beyond those which he already knows or that anyone obligated to consider applicant's request for consideration on humanitarian and compassionate grounds—Beginning stages of leave application not proper procedure for determining whether such obligation exists or whether applicant has right to additional reasons—Application dismissed.

SAID V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-638, Reed J., order dated 20/11/90, 15 pp.)

Application for leave to commence s. 18 proceedings, (1) in respect of Immigration Officer's decision declining to recommend exercise of discretion in favour of applicant on humanitarian or compassionate grounds and (2) attacking constitutional validity of various steps which might ensue if applicant deported—(1) No arguable case—Decision discretionary and not subject to appeal on merits—Applicant failed to demonstrate any serious issue in respect of limited grounds upon which Court could set aside decision—(2) No deportation order under attack and doubtful it could be attacked in Trial Division pursuant to s. 18—Application dismissed.

SCOTT V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-698, Strayer J., order dated 4/12/90, 2 pp.)

Application for leave to apply for writ of prohibition preventing hearing into applicant's refugee claim scheduled for November 27, 1990 in Montréal—Although applicant sent notice of November 27 hearing August 16, application not filed until November 14—Applicant requested application be disposed of without personal appearance and declined to have matter heard orally on November 19 in Montréal as scheduled by Associate Chief Justice—Respondent's observations filed November 22—No response from applicant received by date application heard, November 28—Application dismissed: no serious issue raised as to jurisdiction to hold hearing—Applicant's delay in filing application would fully justify refusal of prohibition.

ELIMELEH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-810, Strayer J., order dated 29/11/90, 2 pp.)

IMMIGRATION—Continued

REFUGEE STATUS

Appeal from Convention Refugee Determination Division of Immigration Appeal Board decision denying appellant Convention refugee status on ground fear of persecution not objectively well-founded—Appellant deported from Australia to India May, 1987 amid notoriety he was Sikh terrorist—Appellant delivered to police in Bombay, taken into custody and brutally treated—After 10 days in hospital and payment of bribes, appellant released into relatives' care—Appellant thereafter subject to repeated police enquiries and efforts to locate him until he fled India October, 1988—After appellant left India, cousin, mistaken for him, arrested during night-time raid on home—Board made at least three express findings of fact leading to conclusion appellant's fear of persecution objectively well-founded and Board drew inferences as to motives and intentions of Indian police toward appellant unsupported by evidence and capriciously, and possibly perversely, drawn—Activity directed toward appellant after release from hospital alone supports conclusion of reasonable chance of persecution upon appellant's return to India—Appeal allowed—Appellant declared Convention refugee.

DHILLON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-112-90, Mahoney J.A., judgment dated 14/11/90, 4 pp.)

S. 28 application to set aside unfavourable credible basis decision—Claims of husband, wife and child heard together by Adjudicator and Refugee Division member—Board member erred in law in refusing to give credit to wife's evidence by reason of her presence throughout husband's testimony—Decision based on more fundamental error of Adjudicator—After correctly stating first level test, Adjudicator applied second level test by deciding what she would decide on evidence, not what Refugee Division might decide—Adjudicator's error fatal to decision—S. 28 application allowed—Tribunal's decision set aside and matter referred back for new first level hearing by differently constituted panel.

ANAND V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-302-90, Mahoney J.A., judgment dated 10/12/90, 2 pp.)

Polish seaman who's service in merchant marine in lieu of military service deserted ship at Thunder Bay—Desertion tantamount to military desertion—First level tribunal erred in law in applying test not in its jurisdiction to apply (*Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238 (C.A.))—If proper test had been applied, claim would have been denied since no evidence that elements of definition of Convention refugee might be met (*Osei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 1 F.C. D-4 (C.A.)).

SMEKTALA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-315-90, Desjardins J.A., judgment dated 10/12/90, 2 pp.)

S. 28 application to set aside unfavourable credible basis decision—Tribunal applied incorrect test in requiring applicant to demonstrate he is at risk—Proper test: tribunal to determine whether any credible and trustworthy evidence that might enable Refugee Division to find applicant Convention

IMMIGRATION—Concluded

refugee—Application granted—Decision set aside and matter referred back for rehearing before differently constituted Tribunal.

ENTEZARI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-331-89, Urie J.A., judgment dated 26/11/90, 3 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Deductions

Taxpayer seeking to deduct from taxable income, for 1986 tax year, annual professional membership dues necessary to maintain his membership in Appraisal Institute of Canada and Institute of Municipal Assessors of Ontario—Organizations not recognized by statute, therefore, payments not deductible—Although employee appraisers may not deduct membership expenses while self-employed appraisers may, disallowance of expenses does not offend Charter, s. 15(1) because distinction between employee and self-employed appraisers not analogous to any characteristics identified by s. 15(1)—Appeal dismissed.

PETRIN V. CANADA (T-1665-88, Martin J., judgment dated 20/11/90, 2 pp.)

Appeal from Tax Court decision dismissing taxpayer's appeal from reassessment disallowing interest expense deductions in 1981 and 1982—Taxpayer, Vancouver lawyer, and wife purchased residence as joint tenants in 1976 ("35th Ave. property")—Taxpayer transferred his interest in 35th Ave. property to wife in 1979 for \$30,000, which was never paid—Wife bought second property ("37th Ave. property") January, 1981 for \$195,000, \$130,000 of which taxpayer borrowed on demand note from Bank of Montreal; other \$65,000 taken from joint bank account—Later that year taxpayer borrowed further \$66,442.67 from bank to invest in his law firm and more money to enable wife to complete construction of residence on 37th Ave. property—Taxpayer purchased 35th Ave. property from wife for \$1 August 1, 1981—According to Deed, market value of 35th Ave. property at time of sale was \$300,000—Taxpayer alleges he had agreement with wife that he would owe her full \$300,000—Taxpayer required to put 35th Ave. property up as security for demand loans whose interest greatly exceeded 20%—Taxpayer rented out 35th Ave. property between September, 1981 and April, 1982 and tried to deduct interest paid on bank loan in 1981 and 1982 as expense incurred to earn income from 35th Ave. property on ground that although money originally borrowed to permit wife to purchase 37th Ave. property, when taxpayer bought 35th Ave. property from wife he became indebted to her and the borrowed money was actually used to pay wife balance of purchase price—Taxpayer claimed he bought 35th Ave. property for rental purposes and that he used borrowed money for purpose of earning income from that property—Taxpayer sold 35th Ave. property July, 1982 for \$145,000 and applied proceeds against bank debts—Issue: whether interest expenses incurred in 1981 and 1982 were expenses incurred to earn income from business or property and, therefore deductible from income, within meaning of

INCOME TAX—Continued

Income Tax Act, s. 20(1)(c)(i)—Taxpayer failed to provide objective proof he became indebted to wife for \$300,000 as a result of his purchase of 35th Ave. property, unable to explain how various large sums of money were going to or from joint bank account, unable to trace application of borrowed money at issue throughout various alleged transactions between him and wife and unable to explain how accountant calculated amount of interest pertaining to \$130,000 loan for 1981 and 1982 tax years—Taxpayer had no reasonable expectation of earning income from 35th Ave. property which would even come close to compensating him for excessive interest he was paying on bank loans—Only logical explanation was taxpayer borrowed money to finance purchase of new family residence at 37th Ave.—Taxpayer failed to satisfy onus of proving Minister erred in fact or law—Interest paid on loan in 1981 and 1982 not deductible—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(c)(i).

BOWES v. M.N.R. (T-419-89, Joyal J., judgment dated 23/11/90, 18 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from Tax Court decision profits upon expropriations and sale of portions of property, held by taxpayer in partnership, in 1977 and 1979 to be characterized as income—Taxpayer and wife formed partnership with nine other couples in 1956 to socialize and accumulate funds for profitable investments—Property purchased in 1959 in taxpayer's name in trust for partnership and other investor—Expropriations of two portions of property settled in 1977 and partnership agreed to sell portion of property to City of Edmonton in 1979—Taxpayer reported proceeds from all three dispositions as capital gains—Minister reassessed profits as gains on account of income—Profits to be characterized as income only if resale at profit "operating motivation" for acquisition of property—Taxpayer's whole course of conduct supports conclusion property purchased as investment: formation of 10 couples into partnership consistent with long-term ventures; conduct of partnership consistent with investment motive, neither partnership nor any of its members ever traded in real estate when property acquired; first disposition occurred almost 20 years after acquisition and was not by voluntary sale; only parts of property released by expropriation or threat of expropriation; property never advertised for sale and unsolicited offers rejected—Resale at profit not "operating motivation"—Profits to be characterized as capital gain—Appeal allowed.

WITTEN v. M.N.R. (T-1584-86, Jerome A.C.J., judgment dated 21/6/90, 8 pp.)

REASSESSMENT

Motions for determination of question of law under Federal Court R. 474—M.N.R. issued notices of assessment against each taxpayer in March, 1984 for 1983 tax year re: amount of capital gains owed by taxpayers from sale of their interests in

INCOME TAX—Concluded

shopping centre—First notice of reassessment sent to each taxpayer early 1987—Taxpayers filed notices of objection to reassessments April 6, 1987 and waived right to reconsideration of reassessments by indicating desire to appeal reassessments immediately—Statements of claim filed June 7, 1988—Each taxpayer received second notice of reassessment July, 1988 increasing total amount of tax assessed for 1983—Notices of objection filed and appeals instituted on ground second reassessments not made within three years from date notices of original assessment mailed as required by Income Tax Act, s. 152(4)(c)—Both second notices of reassessment vacated by Associate Senior Prothonotary April 20, 1989—Question of law to be determined: whether second notices of reassessment replaced and nullified prior reassessments—General proposition: subsequent valid reassessment for same tax year nullifies and replaces previous assessment for same year—Since second notices of reassessment invalid, they neither displace nor nullify first notices of reassessment—Issue of amount of capital gains owing by taxpayers on previous reassessments not yet settled—Reassessments made by first notices of reassessment therefore currently subsisting notwithstanding subsequent issuance of second notices of reassessment—Motions dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 152(1),(3),(4)(c) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 59(1)),(8).

LORNPORT INVESTMENTS LTD. v. CANADA (T-1104-88, Rouleau J., order dated 30/11/90, 7 pp.)

INJUNCTIONS

Motion for interlocutory injunction restraining defendant from further infringing plaintiffs' rights in their registered industrial design—First plaintiff in business of designing and manufacturing wide variety of quality furniture sold across Canada by second plaintiff—Second plaintiff also in business of designing furniture including upholstered furniture as first plaintiff's wholly-owned subsidiary—Second plaintiff owns industrial design registration in respect of design for plaintiff's style sofa and alleges defendant has, without licence, published, sold and exposed for sale and use furniture to which its registered design, or fraudulent imitation thereof, has been applied—Plaintiffs passed "threshold test" by demonstrating serious question to be tried and claims neither frivolous nor vexatious—However, plaintiffs do not have such an overwhelmingly strong *prima facie* case as to justify, for that reason, granting of interlocutory injunction—Neither party will suffer damages irreparable by payment of monetary award, even though some aspects of quantum of such award may be difficult to calculate—Balance of convenience: plaintiffs will suffer loss of sales of particular model of furniture if injunction not granted; however, model is one of series of others sold by plaintiffs whose high reputation will not be destroyed by continued presence on market of substantially similar model at lower price if injunction refused, whereas defendant will suffer serious damages to its reputation if injunction granted and it is found at trial that it should not have been—Balance of convenience therefore not so strongly in plaintiffs' favour as to justify granting injunction—Application for interlocutory injunction refused on issues of passing off and industrial design infringement, but granted so as to confirm defendant's undertaking not to publish

INJUNCTIONS—Concluded

or permit publication of any further informational literature whether on name tags appended to its furniture or otherwise, infringing plaintiffs copyright in literature—Success divided, therefore, no order as to costs.

SKLAR PEPLER SALES INC. v. DECOR-REST FURNITURE LTD. (T-1781-90, Walsh D.J., order dated 3/12/90, 14 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Stay of proceedings—Defendants' motion to stay plaintiff's action for damages caused to its gear box while being discharged at Saint John, New Brunswick after being carried by defendant ship "Eldir" from the Netherlands—Plaintiff owner and consignee of gear box under bill of lading—Court's jurisdiction to hear matter not in dispute—Paramount consideration in determining whether stay to be granted is forum of convenience which involves proper balance between convenience of all parties and convenience of trying case in one country when cause of action arose in another: *Yasuda Fire & Marine Insurance Co. v. The Ship "Nosira Lin"*, [1984] 1 F.C. 895 (C.A.)—Balance of convenience to be determined upon its own particular facts—Court persuaded beyond doubt stay not be granted: plaintiff determined Federal Court appropriate forum; no question of Court's jurisdiction; accident occurred in Canada at Canadian port; consignee Canadian; witnesses for all parties in Canada; Canada natural forum—Application dismissed.

SAINT JOHN SHIPBUILDING LTD. v. ELDIR (THE) (T-253-87, Cullen J., order dated 10/12/90, 4 pp.)

PAROLE

Sentencing—Application for order in nature of *mandamus* attacking calculation of term of imprisonment—Applicant released from custody subject to mandatory supervision February 2, 1987—Mandatory supervision suspended January 17, 1988—Applicant convicted of further offence August 18, 1988 and sentenced to 12 months in custody consecutive to all other offences—Applicant convicted of further offence October 31, 1989 and sentenced to "18 months in prison to be served concurrently to any sentence now being served"—Latter sentence gives rise to application—Authority of sentencing judge in awarding concurrent sentence restricted by Parole Act, s. 20—Effect of Act, s. 20(1.3) is that disputed sentence concurrent only with August 18, 1988 12-month sentence and no other sentences—Application dismissed—No order as to costs—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, ss. 20 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 35, s. 9) (1), (1.1), (1.2), (1.3).

FONTAINE v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE) (T-1657-90, Jerome A.C.J., 21/08/90, 4 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Injunctions—Application for interlocutory injunction restraining defendants from using or supplying products infringing plaintiff's patent for process involving pouring of concrete floors in high-rise buildings and flying forms by crane up to next level—Plaintiff in business of supplying shoring, forming, scaffolding and related equipment to concrete forming contractors—Individual defendant, formerly associated with plaintiff, formed one of defendant companies and began using and supplying others with technology he had learned in previous association with plaintiff of attaching jacks to flying form—Substantial case put forward by both sides—Monetary compensation adequate: defendant company new, entered into construction field only recently and has had measurable effect upon plaintiff's share of market; more difficult to restore defendants to former position if restrained—Balance of convenience does not favour plaintiff but does not necessarily favour defendants; however, patent expires in few months; litigation only six months old and no evidence defendants have seriously affected plaintiff's major position in market—Court left in doubt about infringement, nature of harm, balance of convenience and which presentation more plausible and more likely to be accepted at trial—Application dismissed.

UMACS OF CANADA INC. v. S.G.B. 2000 INC. (T-1364-90, Jerome A.C.J., order dated 12/9/90, 4 pp.)

PRACTICE

Motion for judgment under Federal Court R. 341 dismissing plaintiffs' patent infringement action with respect to method of bonding wall covering to surface by use of adhesive compositions and allowing defendants' counterclaim for declaration of invalidity—Application for patent filed August 8, 1979; supplementary disclosure filed May 25, 1982—Statement in claim 1 that particles remain separate and distinct during use found only in supplementary, not original, disclosure—Defendants argue Patent Rules provide patent cannot stand because claims not supported by original disclosure invalid—Applicable principles: (1) R. 341 not to be applied where serious question of law to be argued; (2) construction of specifications of patent comprising disclosures and claims question of law for Court; (3) amendment to disclosure describing matter not shown in drawings or reasonably to be inferred from specification as originally filed not permitted by Patent Rules, s. 52—Whether Court can or cannot conclude statement in supplementary classification regarding existence of separate discrete particles during use can or cannot reasonably be inferred from original specifications may require expert evidence of person skilled in pertinent art—Principles governing resolution of dispute between parties not yet clear—No reasonably arguable question of law based on clear and undisputable conclusions of fact, therefore dispute cannot be disposed of pursuant to R. 341—Trial required—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 341—Patent Rules, C.R.C., c. 1250, s. 52.

ALLIED COLLOIDS LTD. v. ALKARIL CHEMICALS LTD. (T-2210-90, Addy D.J., order dated 7/12/90, 5 pp.)

PENITENTIARIES

Application under Federal Court R. 324 by inmate of Saskatchewan Penitentiary to: (1) set date for "hearing" to consider application for *certiorari* to quash conviction by Disciplinary Court for failure to obey direct order to move from administrative segregation to general population of penitentiary; (2) authorize applicant's presence at "hearing" notwithstanding incarceration; (3) make unfiled statement of claim exhibit to affidavit—Since application filed applicant transferred to Regional Psychiatric Centre, Saskatoon then Kingston Penitentiary—No special reason shown why applicant must be heard in person; motion can be dealt with on affidavit evidence as filed whether or not applicant present—Unclear whether applicant prepared to have main motion dealt with under R. 324 if not authorized to attend—Since R. 324 can only be used where applicant consents, applicant must either have lawyer represent him at hearing of main motion or consent to its disposition on basis of written submissions under R. 324—Court has no jurisdiction to make unfiled pleading exhibit to affidavit—Motions dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

LATHAM V. CANADA (T-261-90, Strayer J., order dated 5/12/90, 3 pp.)

PRACTICE

Motion by third party under Federal Court R. 324 for order declaring Associate Senior Prothonotary's "Direction" of July 9, 1990 invalid—"Direction" memorandum to Federal Court Registry directing third party's letter of July 6, 1990 be filed as representation in opposition to defendant's motion to file amended statement of claim against third party and letter not be considered until Associate Senior Prothonotary considers defendant's motion—Nothing of which third party should complain in "Direction"—Even if "Direction" considered decision of Associate Senior Prothonotary, appeal period expired—Pursuant to R. 336(5), appeals from prothonotaries' decisions to be launched within 14 days of decision—Since "Direction" given during long vacation, remainder of long vacation would not be counted in computing time within which appeal to be launched under R. 3(1)(b)—Appeal therefore to be launched by September 14, 1990—However, appeal not filed until October 23, 1990—Appeal dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 3(1)(b), 324, 336(5).

DE KOROMPAY V. ONTARIO HYDRO (T-377-88, Strayer J., order dated 11/12/90, 3 pp.)

AFFIDAVITS

Striking out—Motion to strike out or declare inadmissible all or part of certain affidavits filed by applicants in support of application for *certiorari* to quash approval given by second respondent to third respondent to build coal-operated power plant—Court's powers to amend documents and determine questions of inadmissibility in advance to be used with great restraint; such matters usually best dealt with by motions judge who will be in best position to decide on relevance of evidence

PRACTICE—Continued

and its general admissibility given whole context of case—Certain paragraphs purporting to state facts by reference to newspaper clippings attached as exhibits rather than on basis of deponent's personal knowledge struck out as hearsay—Patently impermissible for applicants to rely on news reports as proof of their contents; such material should not find its way into affidavits filed in Federal Court—Further paragraph struck out as expression of non-expert's opinion—Respondents' request for filing of new motion record in main application with offensive material struck out denied—Success divided, therefore, costs in the cause.

CANTWELL V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-2975-90, Strayer J., order dated 30/11/90, 4 pp.)

COSTS

Application for order containing special directions to Taxing Officer pursuant to Federal Court R. 344(7)—Applicants, Valmet-Dominion Inc. and General Electric Canada Inc., awarded their costs of successful patent impeachment action and dismissal of respondent's patent infringement actions following six-month trial conducted in Ontario and Germany—Factors to be considered in determining quantum of costs set out in R. 344(3)—Considering overwhelming evidence in support of applicants' allegations, result of proceedings, importance and complexity of issues and volume of work, Tariff B costs inadequate—Application granted—Discussion of witnesses' expenses: (1) Court not to disallow costs as unnecessary unless satisfied party could not reasonably have thought witness' evidence relevant and supportive of case at time of trial; (2) experts' fees not to be limited to days on which they testify as their presence may be necessary throughout other party's case to apply their expertise to facts as presented by other side and they may be called upon to rebut opinions of other experts testifying before them—Costs of application to applicants fixed at \$250—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344(3),(7) (as am. by SOR/87-221, s. 2).

VALMET-DOMINION INC. V. BELOIT CORP. (T-1268-86, Rouleau J., order dated 29/11/90, 10 pp.)

Application for order containing special directions to Taxing Officer pursuant to Federal Court R. 344(7)—Applicants, J.M. Voith GmbH and Voith S.A., awarded their costs of successful patent impeachment action and dismissal of respondent's patent infringement action following six-month trial conducted in Ontario and Germany—Application granted for reasons in *Valmet-Dominion Inc. v. Beloit Corp.*, [1991] 1 F.C. D-35 (T.D.)—Although application brought outside 30-day time limit prescribed by R. 344(7), extension of time granted because delay not unreasonably long, matter still fresh in Court's mind and no evidence extension would prejudice respondents—Costs of application to applicants fixed at \$250—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344(3),(7) (as am. by SOR/87-221, s. 2).

J. M. VOITH GMBH V. BELOIT CORP. (T-1350-86, Rouleau J., order dated 29/11/90, 11 pp.)

PRACTICE—Continued**JUDGMENTS AND ORDERS**

Rescission—Motion to set aside and have declared void *ab initio ex parte* order allowing plaintiff's solicitors, sheriff, expert witness, photographer and plaintiff's representative to enter and inspect defendants' premises to obtain evidence with respect to defendants' alleged infringement of plaintiff's patents—Order executed, documents taken and copied, notes and sketches made by expert and photographs taken—Order reviewed and much of relief sought in present motion dealt with then—Pursuant to second order, copies of all photographs taken and all documents made by plaintiff during inspection plus originals of all documents seized from defendants returned—In present motion defendants also seek delivery of documents remaining with plaintiff and order prohibiting use of material by plaintiff at trial—No authority to grant latter relief—Issues: (1) whether order which has been acted upon can be rescinded *ab initio*; (2) whether deliberate misrepresentation in affidavit supporting request for *ex parte* order justifies setting aside order; (3) whether damage award appropriate—(1) Rescission *ab initio*: Court has discretion, under Federal Court R. 330, to affect validity or character of actions taken *prior* to granting of rescission order; but, certain futility in granting order sought since apart from residual effect of documentary evidence now in plaintiff's hands, *ex parte* order spent, plaintiff could probably reclaim documents through discovery at later date, plaintiff could presumably seek to have adverse inference drawn if defendants destroy documents and plaintiff will retain memory of knowledge of documents and their contents—(2) Effect of misrepresentation: role misrepresentation played in granting of *ex parte* order not significant enough to warrant rescission of order *ab initio*—(3) Damage award: no evidence of damage suffered by defendants by reference to which compensatory award could be assessed—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 330.

CULLOM MACHINE TOOL & DIE, INC. v. BRUCE TILE INC. (T-2007-90, Reed J., order dated 3/12/90, 11 pp.)

Default Judgment

Appeal from Associate Senior Prothonotary's order setting aside default judgment against fourth defendant—No clear error in fact or law—Appeal dismissed.

LEVI STRAUSS & CO. v. PATRICK ASSARAF IMPORTER LTD. (T-1794-88, Jerome A.C.J., order dated 11/12/90, 2 pp.)

Reversal or Variation

Motion, for disposition without personal appearance, to appeal Associate Senior Prothonotary's decision for second time and judge's decision against which request for extension of time for filing appeal previously refused—Relief sought abusive of process of Court as it relates to matters long since decided and in respect of which no appeal now available—Since appeal from Associate Senior Prothonotary's decision previously dismissed, plaintiff cannot seek to appeal it again—With respect to appeal from judge's decision, incredible plaintiff seeking another

PRACTICE—Continued

means to reopen decision after previous attempt to extend time for filing appeal unsuccessful; impossible for judge of Trial Division to "dismiss order of another judge of Trial Division" as plaintiff requests.

DE KOROMPAY v. ONTARIO HYDRO (T-377-88, Strayer J., order dated 11/12/90, 2 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Application to amend statement of claim to add claim of negligent misrepresentation against one defendant and for orders requiring defendants to file their affidavits of documents, setting date as of which examinations for discovery must be held and naming individuals to be examined for discovery as defendants' representatives—Preliminary issue: whether service of notices of motion properly effected—Notices sent to defendants' two lawyers by fax and followed up by courier next day—One lawyer's office confirmed receipt of faxed copy of materials and courier confirmed documentation delivered to other lawyer's office—No requirement for personal service—Therefore, pursuant to Federal Court R. 311, service to be effected by leaving copy of document at address for service of person to be served—Service properly effected with respect to both counsel—Amendment to statement of claim allowed to enable plaintiffs to put whole case before Court; not late in proceedings; no prejudice to defendants—Schedule for discoveries and filing of affidavits of documents ordered because of defendants' attempts to delay litigation—Although one person plaintiffs seek to examine not officer of defendant and status of other person unclear, both persons dealt directly with plaintiffs with respect to matters in issue; they are most knowledgeable about events relevant to cause of action—Both persons qualify as officers or members of corporation for purposes of R. 465(1)(b) and are appropriate persons to be examined—Motions granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 311, 465(1).

H. SMITH PACKAGING CORP. v. GAINVIR TRANSPORT LTD. (T-2306-87, Reed J., order dated 13/11/90, 4 pp.)

Motion to Strike

Application by second defendant, Atlantic Pilotage Authority ("Authority"), to strike out statement of claim and for summary judgment—Plaintiff claims damages on ground it was encouraged to participate in two tender bids for pilot boat services when choice of successful bidder prejudged—Plaintiff's bid not chosen although lowest—Plaintiff also alleges Authority breached certain statutory obligations in choosing successful bidder over plaintiff—Examinations for discovery completed and parties ready for trial—Argument Court lacking jurisdiction to hear matter rejected: claim pertains to "agreement relating to . . . the use or hire of a ship" and, therefore, falls within scope of Federal Court Act, s. 22(2)(i)—Argument parts of pleadings immaterial, prejudicial or embarrassing rejected: too late in proceeding to challenge pleading and none of disputed paragraphs will prejudice fair trial—Argument no reasonable

PRACTICE—Concluded

cause of action rejected: Authority's arguments essentially those to be made at trial—Summary judgment: matters raised by Authority to be dealt with at trial after evidence adduced, not on summary judgment application; argument not even remotely connected to type of applications contemplated by summary judgment Rule—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 17, 22, 42.

NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. v. CANADA
(T-2662-87, Reed J., order dated 14/11/90, 9 pp.)

Motion by third party, for disposition without personal appearance, to dismiss Associate Senior Prothonotary's order, third party notice and defendant's statement of claim against third party—Motion patently defective and abuse of process of Court—Motion to dismiss order cannot be entertained: appeals from prothonotaries' orders to be brought within 14 days of issuance of order; order in question issued over three years ago—Motion to dismiss third party notice and defendant's statement of claim completely inappropriate: grounds stated in support of motion involve attempt to prove by evidence allegations in third party notice and defendant's statement of claim wrong; however, Court's consideration of evidence as to truth of allegations in pleading matter for trial not preliminary motions—Motion dismissed.

DE KOROMPAY v. ONTARIO HYDRO (T-377-88, Strayer J., order dated 11/12/90, 2 pp.)

Statement of claim struck out as abuse of process of Court—Unfortunate Court lacking jurisdiction to declare plaintiff vexatious litigant—Solicitor/client costs to defendant.

MORROW v. CANADA (T-2493-90, Cullen J., order dated 20/11/90, 2 pp.)

Alternative request for particulars of certain allegations in impugned pleading—Since defendant filed motion plaintiff filed two further amended statements of claim, first of which not much different from original and second entirely different—Plaintiff clearly entitled to file amended pleading even though propriety of so doing after motion to strike filed has been questioned (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2103 v. Canada and University of Calgary* (1986), 9 F.T.R. 7 (F.C.T.D.))—Motion dismissed without costs and without prejudice to defendant to present fresh motion to strike latest statement of claim and/or to demand particulars.

JENNINGS v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)
(T-2544-90, Martin J., order dated 14/12/90, 2 pp.)

PUBLIC SERVICE**SELECTION PROCESS***Competitions*

Application to review and set aside Public Service Commission Appeal Board decision language requirements of position to be staffed inappropriate—Respondent entered closed competition for Secretary to Director of Industry and Technology of Department of Regional Industrial Expansion in Halifax—

PUBLIC SERVICE—Concluded

Position required "bilingual imperative PPC/CCC"—Respondent screened out of competition for failing French typing test and English shorthand test—Respondent's appeal against appointment of successful candidate granted on ground requirement for French at advanced CCC level unjustifiable and indefensible—For reasons in *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.), Appeal Board does not have jurisdiction to review appropriateness of linguistic qualifications required by Department for position to be staffed—Application allowed—Decision set aside and matter referred back to Appeal Board.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. JOLLIMORE
(A-19-90, Décaré J.A., judgment dated 23/11/90, 3 pp.)

TRADE MARKS

Injunctions—Application for interlocutory injunction restraining defendant's use of plaintiff's registered trade mark "Movie Warehouse & Design"—Plaintiff obtained trade mark for purpose of carrying on franchise business of sales and rentals of video movie cassettes and equipment—Parties subsequently entered into franchise agreement and defendant became registered user of trade mark—Although agreement went into default, defendant continues to occupy same location and use trade mark—Ample evidence of breach provided by both parties—To permit continued use of trade mark by defendant in default, at same location, will cause plaintiff irreparable harm: breach of agreement by one member of franchise organization jeopardizes quality of entire operation, plaintiff's relationship with other operators and reputation of wares and services they are offering to public—Defendant's damage, however, measurable with precision: defendant could change its invoicing at almost no cost and replace its exterior sign for about \$2,000—Injunction granted.

676268 ONTARIO LTD. v. 788968 ONTARIO LTD.
(T-2358-90, Jerome A.C.J., order dated 3/10/90, 3 pp.)

EXPUNGEMENT

Appeal from Trial Division decision [(1990), 28 C.P.R. (3d) 385] refusing to expunge registration of respondent's trade mark "Astro-Vac" used in association with vacuum cleaning systems—Wares, comprising systems, intended to be installed in buildings; different designs or arrangements of system necessary for different buildings; system expected to require servicing and replacement parts over time—Respondent sells wares to distributors who sell them to ultimate users, design systems and service them—Distributors frequently incorporating trade mark in their business names, using it in association with services offered to customers and with wares themselves—Issue: where wares in association with which trade mark registered, by their nature, require installation and will, in ordinary course of events, require periodic servicing and parts replacement, does use of trade mark by distributor in association with their installation and maintenance render trade mark not distinctive of wares?—Answer is finding of fact to be reached on balance of probabilities having regard to evidence—No error in Trial

TRADE MARKS—Continued

Judge's finding evidence does not establish use of trade mark by distributors in association with installation and servicing of respondents' wares resulted in trade mark not being distinctive of wares—Appeal dismissed.

ALL CANADA VAC LTD. v. LINDSAY MANUFACTURING INC. (A-185-90, Mahoney J.A., judgment dated 12/12/90, 3 pp.)

INFRINGEMENT

Injunctions—Application for interlocutory injunction restraining defendant from infringing plaintiff's registered trade marks "Jersey City" and "Jersey City & Design"—Trade marks first used by plaintiff's predecessor in March, 1985 in association with athletic apparel and souvenirs and with its retail store in Calgary selling such articles—Plaintiff opened second store in Edmonton September, 1986—Registration of trade marks granted December, 1987 for use in association with operation of retail outlets selling athletic apparel and souvenirs—Plaintiff opened six more stores after registration of trade marks for total of eight stores in Alberta and Saskatchewan—Plaintiff claiming to have used trade mark "Jersey City" from beginning of stores' operations—Stores sell both unauthentic and authentic athletic-team type clothing bearing logos of college and professional sport teams—Defendant opened first "Jersey Joe's" store in Saskatoon fall, 1987 and nine more stores in British Columbia, Saskatchewan, Manitoba and Ontario since then, two of which now closed—Defendant owns some stores and has joint ventures or franchise arrangements with others—All defendant's stores bear name "Jersey Joe's" which name is used on store fronts, in advertising and on some wares sold in stores—Defendant selling both casual and athletic type clothing—Substantial overlap between plaintiff's and defendant's stores in sale of athletic type clothing bearing famous team logos intended for purchase by sports-minded—Defendant opened additional stores following both receipt of plaintiff's cease and desist letter and undertaking not to open new outlets during adjournment of present application—Plaintiff established serious issue and made out *prima facie* case of infringement: use of word "Jersey" in both trade marks and trade names and sale of significantly similar wares by both parties creates possibility of confusion—Defendant's use of confusing trade name in respect of similar business likely to depreciate value of plaintiff's goodwill and registered trade marks—Defence of *bona fide* use of personal name as trade name not established by defendant—No need to consider balance of convenience or adequacy of damages as alternative remedy since reasonably clear case of infringement of registered trade mark made out—Sufficient evidence demonstrating irreparable harm to plaintiff through depreciation of value of trade marks—Equities favour plaintiff—Injunction granted—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 20, 22(1).

JERCITY FRANCHISES LTD. v. FOORD (T-1875-89, Strayer J., order dated 29/11/90, 9 pp.)

TRADE MARKS—Concluded

Application for interlocutory injunction restraining defendants from using names "Toronto-opoly", "Torontopoly" or "Cityopoly" in association with board game and publishing contest or game of chance having features similar to those of plaintiffs' board game Monopoly—Injunction sought on grounds of alleged trade mark infringement and passing off—Infringement issue could only possibly arise with respect to two: (1) word "Monopoly" registered for use with board games played with moveable pieces; (2) design mark in form of Monopoly game board registered for use in association with "equipment comprising a board and moveable pieces for use in playing a real estate trading game"—First defendant ("Toronto Sun") featured contest called Toronto-opoly from September 30 to November 17, 1990 with picture of game board having many characteristics similar to those on Monopoly game board—Names of Toronto businesses appear in spaces on Toronto-opoly board instead of well-known real estate and other properties appearing on Monopoly game board—Contest arranged in co-operation with second defendant ("Favorite")—Plaintiffs' Monopoly game, first published in United States in 1935, very popular—Patents on game originally obtained in United States and Canada, both of which long since expired—Trade mark "Monopoly" registered concomitantly with issuance of patents; other marks registered long after patents expired—(1) Strength of plaintiffs' case—Consideration of validity of registered mark appropriate where issue fairly straightforward, particularly where closely disputed questions of fact not involved—Further, "Toronto-opoly" not obvious copy or infringement of trade mark "Monopoly"—Defendants' use of name Toronto-opoly does not create confusion as to origin of name Monopoly—Similarly, plaintiffs' passing off claim not strong: no evidence of confusion respecting origin; outward indicia indicate opposite—While plaintiffs might have established threshold question to be tried, strength of claim not particularly high—(2) Irreparable harm—Plaintiffs' arguments concerning possible cheapening effect of "Monopoly" image and negative impact that might have for sales of Monopoly game highly speculative—Loss of "cross-commercialization" opportunities not short-term consequence, therefore should not weigh heavily in context of interlocutory injunction application—No floodgates situation—No reason to assume Favorite not financially sound company—Presumption of irreparable harm arising from infringement of registered mark rebutted—Plaintiffs, therefore, will not suffer irreparable harm in absence of injunction—(3) Balance of convenience—Damage from granting of injunction easily quantifiable—Favorite would lose its unique promotional opportunity and Christmas sales season if injunction granted—Purchaser likely to demand return of money paid for spaces on Toronto-opoly board if injunction granted causing Favorite severe financial burden—Balance of convenience, therefore, favours refusing injunction—No ground for issuing injunction preventing Toronto Sun from running contest or game as contest over, no fear another contest planned and no evidence adduced that contest caused plaintiffs any injury—Application dismissed.

TONKA CORP. v. TORONTO SUN PUBLISHING CORP. (T-2832-90, Reed J., order dated 6/12/90, 16 pp.)

DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

BROADCASTING

Appeal from CRTC decision allowing application of respondent CION-FM Inc. to obtain licence to operate FM radio station and dismissing appellant's application asking it to amend its operating licence for another FM radio station—After date respondent's application filed, appellant sought and obtained CRTC approval to reorganize and change effective control of appellant and of Radio CJFP (1986) Ltée—Decision at issue challenged by appellant for two reasons: (1) CRTC infringed rules of natural justice as failed to give notice of intention to take into account interests of Simard family members in other radio and television stations independent of appellant, and (2) CRTC made error of law in postulating existence of "Simard Group" when that group had no legal existence—Appeal dismissed—First argument inadmissible as Commission caused to be published notice in which listed matters of specific concern, including applicant's financial capacity, liability of proposed service and market for proposed station or service—Commission thus proposed to examine in depth corporate organization of each applicant and look not only at direct financial resources but those of shareholders as well—Appellant's second argument also without foundation as in its decision Commission did not lift corporate veil by inquiring into identity of corporation's shareholders or shareholders of corporate shareholders—Did not ignore existence of corporations involved and did not create fiction by speaking of "Simard Group".

CIBM-FM MONT-BLEU LTÉE V. CANADA (CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION) (A-144-89, Hugessen J.A., judgment dated 29/10/90, 7 pp.)

CITIZENSHIP

KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from citizenship judge's decision refusing to grant citizenship—Citizenship Act, s. 5(1)(d) prescribing, as grounds for grant of citizenship, adequate knowledge of one of official languages—Appellant knowing neither English nor French—S. 5(1)(e) prescribing adequate knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship—Appellant able to answer only one of several simple questions—Appeal dismissed—Although appellant's illiteracy obstacle to her learning English or French, she could, with some effort and good will,

CITIZENSHIP—Concluded

learn something about Canada and responsibilities and privileges of citizenship—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(d),(e).

MAALLOULI (RE) (T-379-90, Pinard J., judgment dated 13/12/90, 2 pp.)

COPYRIGHT

Application for (1) judgment declaring applicant owner of script "Les Batteux" and (2) order directing Registrar to expunge title "Les Batteux, a Scenario" from register of dramatic and literary works—First part of application could not be considered due to RR. 400 and 702(7)—Applicant "person aggrieved" within meaning of Copyright Act, s. 57(4)—Applicant's intention not to recover damages but to rectify certificate of registration—Remedy used for first time, though expressly authorized by Act, s. 57(4)(b)—Evidence clearly indicated applicant, not respondent, author of dramatic work in question—Application to rectify register allowed—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 57(4)(a),(b).

FERLAND V. LEMIEUX (T-1731-85, Dubé J., judgment dated 22/11/90, 8 pp.)

CROWN

CONTRACTS

Action against defendant claiming \$17,194.48 in respect of contract to sell bituminous sealant—Plaintiff's employee failed to include in bid transportation costs of \$6,235.95, which it agreed to reduce by half—Cargo transported at defendant's order—Contract unilaterally terminated by defendant—Firm contract between parties cannot be unilaterally cancelled by one—Action allowed.

BITUMAR INC. V. CANADA (T-533-88, Dubé J., judgment dated 21/11/90, 4 pp.)

TORTS

Action for damages in negligence on the part of defendant and its servants or employees—Defendant operating, managing and controlling Banff National Park, Alberta, pursuant to

CROWN—Continued

National Parks Act—Plaintiff attacked by grizzly bear while walking with a friend at Whiskey Creek, Banff National Park, and sustaining severe injuries—Whether plaintiff's injuries caused by defendant in whole or in part—Plaintiff's claim based primarily on Crown Liability Act, s. 3 subjecting Crown to same laws of tort as a private person—Plaintiff must establish on balance of probabilities loss or damages were sustained through the negligence of defendant—By virtue of National Parks Act, s. 4, plaintiff held legal status of invitee to Park at time of accident—S. 1(c) of Alberta Occupiers' Liability Act makes Crown occupier of Parks and pursuant to s. 5 of said Act, defendant owed duty to take reasonable care to ensure Park safe to public—Plaintiff was a "visitor" within the meaning of the Act since evidence clearly indicates he had every right to be in the Park and in the area of Whisky Creek where attack occurred—Act now imposes an affirmative duty upon occupiers to take reasonable care for the safety of people who are permitted on the premises—Government is liable for negligent acts of employees, although there may often be a finding of contributory negligence by plaintiff—Park wardens are responsible for and have duty to protect visitors—Continuing trend with Supreme Court of Canada leadership to make governments responsible for their actions when negligent—Test of negligence is: what would reasonable person have done, and did negligent action in real sense cause the injury?—According to evidence, Whiskey Creek not in remote area of park, but rather a wooded area immediately adjacent to major population centre in park, i.e. Banff townsite—One week before attack on plaintiff and in same general area, two other individuals, Muskett and Cohoe, were attacked by a different bear—Latter subsequently died—Muskett testifying on the incident and describing bear who attacked them—Could first attack have been prevented?—Park wardens well trained and self-educated people—Chief Park Warden had knowledge, training and experience necessary to know problems caused by garbage dumps—Parks people had all necessary authority to take appropriate action to prevent availability of garbage in townsite and particularly larger sources of garbage, i.e., restaurants and hotels—Parks policy would not work and could not be implemented unless all garbage removed—Parks people were in breach of duty to protect residents, invitees and visitors by being negligent in actions they took to implement a good policy—Enforcement of garbage control regulations almost half-hearted—Duty owed to residents, invitees and visitors not met due to negligent manner in which Parks people reopened area after first bear attack—Parks people could not be certain bear they had killed was one having attacked Muskett and Cohoe—Procedures adopted after attack on plaintiff and friend much more in keeping with what should have been done after first mauling—Park wardens' failure to meet standard of care necessarily meant they failed in their duties to visitors and were negligent in implementation of policy and negligent in opening area before they were certain they killed right bear—No real contributory negligence on part of plaintiff and friend—Parks people, servants of the Crown, guilty of careless acts and negligent misstatements—Plaintiff entitled to 80% of his damages plus costs—Occupiers' Liability Act, R.S.A., 1980, c. O-3, ss.

CROWN—Concluded

1(c), (e), 5—National Parks Act, R.S.C., 1985, c. N-14, s. 4—Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3.

TOBLER V. CANADA (T-6359-81, Cullen J., judgment dated 18/12/90, 29 pp.)

Claim for \$50,000 damages for tort committed in September 1986 by defendant's employees—Damage caused to furniture imported from Thailand in two containers when customs officers at Montréal warehouse inspected one of these containers in search for narcotics—Certain furniture in 40-foot container unpacked, closely examined and repacked by customs officers—When plaintiff took possession of two containers, realized furniture in 40-foot container seriously damaged—Civil liability of Crown in right of Canada covered by Crown Liability Act, s. 3(a)—Application of arts. 1053 and 1054 of Quebec Civil Code—Presumption of liability created by art. 1054(7) against employer, who cannot rule it out merely by arguing not responsible—Burden of proof shifted in favour of plaintiff—Defendant's evidence based on credibility of witnesses—Evidence inadmissible—No contradiction between testimony of plaintiff's co-owners—Plaintiff's evidence based on negligence of Crown—That evidence clearly indicated reloading of teak furniture in 40-foot container done negligently and carelessly and that this furniture suffered serious damage—Damage attributable not to transport but to customs officers' lack of experience in packing and reloading furniture—Liability of Crown, which did not discharge burden of proving Act of God, *force majeure*, involvement of third party or fault by plaintiff—Latter observed prescription deadline since brought action less than year after tort, in accordance with art. 2261(2) of *Civil Code*, which imposes two-year deadline—Action allowed for \$50,000 with interest and costs—Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-38, ss. 3(a), 32—Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1054(7), 2261(2).

J.P.L. CANADA IMPORTS LTÉE V. CANADA (T-1763-87, Rouleau J., judgment dated 30/11/90, 13 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE ACT**

Action claiming vehicle seized by RCMP as forfeit to Her Majesty under Excise Act, s. 88(2)—At time of seizure plaintiff's vehicle in husband's possession and containing unstamped cigarettes in contravention of Act, s. 240(1)—Action brought by plaintiff pursuant to Excise Act, s. 116, action *in rem*—To succeed plaintiff must show seizure made not valid—Provisions of Act regarding seizure all observed—Plaintiff should have based action on s. 164 and sought "order declaring interest", bringing such action within thirty days from seizure—Deadline expired—Action dismissed—Excise Act, R.S.C., 1985, c. 14, ss. 88(2), 113(1), (2), 116(1), (2), 117(1), 164(1), 240(1).

TOYOTA 4-RUNNER NO. KTM-061 (RE) (T-129-90, Pinard J., judgment dated 16/11/90, 7 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Action for damages against member of RCMP for false arrest—According to case law, such action not under “existing federal law” and Federal Court therefore lacks jurisdiction to hear it—Contention Canadian Criminal Code and Royal Canadian Mounted Police Act constituting “an existing body of federal law” groundless—Latter statutes do not grant Federal Court jurisdiction to hear tort action—Actions dismissed.

EMERY V. CANADA (T-1640-90, Dubé J., judgment dated 29/10/90, 3 pp.)

HAZARDOUS PRODUCTS

Claim for \$4,000 by plaintiff relating to first two payments made to defendants under Urea Formaldehyde Insulation Act—Two dwellings in question not eligible for such assistance since one was only shed and other not insulated with UFFI—Urea Formaldehyde Foam Insulation Regulations, s. 3 applies only to dwellings insulated with UFFI, and of certain types—Action allowed and counterclaim dismissed—Urea Formaldehyde Insulation Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 119, s. 3—Urea Formaldehyde Foam Insulation Regulations, SOR/82-964, ss. 3, 5(1),(4) (as am. by SOR/86-615).

CANADA V. BONAVENTURA, (T-2626-86, Dubé J., judgment dated 23/11/90, 4 pp.)

IMMIGRATION

Appeal from Trial Division decision ((1988), 23 F.T.R. 261) refusing *certiorari* and *mandamus* to quash visa officer's decision refusing applicant permanent residence as independent immigrant—Applicant giving, as intended occupation, buyer in retail trade—Visa officer assessing him, instead, as managing supervisor of retail store—Whether applicant entitled to be assessed on occupation held out as intended employment—Trial Judge ruling interview notes inadmissible, then finding, on basis of same notes, required assessment had been made—Appeal allowed—Trial Division decision based on finding of fact for which no evidence—Visa officer having duty to assess independent applicant with reference to applicant's intended occupation.

PATEL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-850-88, Mahoney J.A., judgment dated 8/1/91, 4 pp.)

Appeal from refusal ((1989), 27 F.T.R. 56) of prerogative relief from decision of visa officer denying landing—Applicant obtaining 69 of required 70 points under Independent category—Only six out of possible ten points awarded for personal suitability, based on lack of arranged employment, poor English, no knowledge of French, and absence of relatives—Whether visa officer having discretion to take those factors into account in evaluating personal suitability—Appeal allowed—Decision of visa officer quashed—Under Regulation, personal suitability is based on adaptability, initiative, resourcefulness and other similar qualities—Employment, knowledge of English and French, and relatives in Canada are explicitly provided for as separate factors—Visa officer had no discretion to count

IMMIGRATION—Concluded

those factors twice by using them in assessment of personal suitability—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 9, 11(3), Schedule I, Column I, Factor 9.

ZENG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-131-89, Mahoney J.A., judgment dated 8/1/91, 5 pp.)

REFUGEE STATUS

S. 28 application to set aside unfavourable credible basis decision—Tribunal erred in law both in misconstruing evidence before it and in application of credible basis test—With respect to evidence, tribunal's description of parallel system of political courts, universally recognized as subversive of rule of law, as part of “a well-constituted judiciary system” reflects incredible misunderstanding of judicial system—With respect to credible basis test, tribunal's decision not one based on credibility and there was credible evidence before it on basis of which Refugee Division might determine claimant to be Convention refugee—Application allowed—Tribunal's decision set aside and matter referred back to differently constituted panel for reconsideration.

COBBOLD V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-498-90, MacGuigan J.A., judgment dated 30/11/90, 2 pp.)

INCOME TAX

Action claiming amount of \$16,590.76 owed plaintiff by company of which defendant principal director—Defendant's personal undertaking to pay this amount—Whether defendant gave valid consent—Evidence based on credibility of witnesses—Defendant's testimony vague and inaccurate—Version of facts given by plaintiff's officer much more credible than that given by defendant and daughter—Plaintiff established on balance of probabilities defendant's personal undertaking to pay amount claimed, in capital and interest—Defendant failed to discharge burden of proof upon him to establish want of consent he alleged—Action allowed.

CANADA V. TREMBLAY (T-370-89, Pinard J., judgment dated 22/11/90, 14 pp.)

INCOME CALCULATION

Deductions

Appeal from Tax Court judgment, dismissing plaintiff's appeal from tax assessments—Income Tax Act, s. 60(b) providing for deduction of moneys paid pursuant to written agreement, where spouses living apart pursuant to written agreement—Taxpayer and wife living separate and apart since September 1981—Taxpayer making interim monthly payments pursuant to exchange of letters between counsel—Taxpayer's counsel proposing settlement—Spouses failing to agree on settlement—Taxpayer claiming aggregate of interim monthly payments as deductions for taxation years 1982 and 1983—

INCOME TAX—Continued

Whether deductible under Act s. 60(b)—Appeal dismissed—S. 60(b) having two requirements: payments to be made pursuant to written agreement, and spouses be living apart pursuant to written separation agreement—Correspondence between lawyers qualifying as written agreement under which payments made, but no written separation agreement under which spouses living apart—Review of case law holding exchanges of letters and unexecuted draft agreements do not meet requirements of s. 60(b)—However, case law not always making distinction between “written agreement” and “written separation agreement”—Under Act, s. 60(b), “written agreement” could be interpreted as including agreement entered into as result of exchange of letters between counsel—However, no documentation herein to support existence of “written separation agreement”—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 60(b).

BURGESS v. M.N.R. (T-1337-87, Reed J., judgment dated 4/1/91, 11 pp.)

Appeal from reassessments disallowing deductions of full amount of interest paid in respect of borrowed funds in computing income for 1980, 1981, 1982, 1983 tax years, pursuant to Income Tax Act, s. 20(1)(c)(i)—Plaintiff's predecessor, International-Import Customs Brokers Inc., (“Inter-Import”) created by amalgamation of Import Customs Brokers Ltd. (“Import”) and International Customs Brokers Ltd. (“International”) August 17, 1979—On amalgamation, Import shareholders (“Shareholders”) received aggregate of 100 first preference shares and 100,000 second preference shares of Inter-Import in exchange for aggregate 100 common shares of Import—Inter-Import shares held by former shareholders transferred under Income Tax Act, s. 85(1) to three separate holding companies which then transferred their Inter-Import shares to another holding company, 422646 Ontario Ltd. (“422646”)—Inter-Import subsequently borrowed \$6,000,000 from International's parent Livingston Industries Ltd. (“LIL”), which was used to redeem Inter-Import's first preference shares held by 422646 for aggregate of \$6,000,000—Inter-Import also borrowed \$3,000,000 from 422646 which was used to reduce Inter-Import's indebtedness to LIL from \$6,000,000 to \$3,000,000—422946 deducted taxable dividend resulting from redemption of first preference shares under Act, s. 112(1)—Inter-Import deducted full amount of interest paid in respect of loans from LIL and 422646 in computing income for 1980, 1981, 1982, 1983 tax years—Deduction of interest payable on portion of loans exceeding paid-up capital of Inter-Import's first preference shares and retained earnings at time loans made disallowed as such interest not deductible under Act, s. 20(1)(c)—Issue: whether full amount of interest expenses deductible under Act, s. 20(1)(c)(i)—Proper interpretation of Act, s. 20(1)(c)(i) requiring taxpayer, before deducting interest expenses: (1) trace borrowed funds to identifiable use which triggers deduction; (2) generally demonstrate borrowed funds used directly and immediately to earn income from business or property (*The Queen v. Bronfman Trust*, [1987] 1 S.C.R. 32)—In light of *Bronfman Trust*, inference not to be drawn from *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 6351 (Ex. Ct.) that interest on borrowed money used to redeem shares generally deductible—Doubtful that *Trans-Prairie* reasoning applicable herein in context of series of quasi-instantaneous transactions where borrowed funds not used to fill hole left

INCOME TAX—Continued

by “withdrawal” of funds previously used in borrower's business; excess of borrowed funds over retained earnings and paid-up capital of Inter-Import at time loans made cannot constitute replacement of capital already used in business within reasoning of *Trans-Prairie*—Taxpayer therefore failed to show such excess of borrowed funds used to earn income from business or property at relevant time and interest paid thereon ought not to be deducted pursuant to Act, s. 20(1)(c)(i)—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(c)(i).

LIVINGSTON INTERNATIONAL INC. v. M.N.R. (T-1953-87, T-1954-87, T-1955-87, T-1956-87, Pinard J., judgment dated 11/12/90, 10 pp.)

Appeal from Tax Court decision upholding M.N.R.'s reassessments in respect of 1981, 1982, 1983 tax years in which certain interest income reassessed as Canadian investment income—Taxpayer farm incorporated by Orville Allan McCutcheon (“McCutcheon”), president and guiding mind of taxpayer, and family in 1976—Corporation carries on business of growing and selling grain, producing and selling certified seed, “custom” cleaning of seed for farmers, selling fertilizers and chemicals, most of which supplied by Cargill Company (“Cargill”) and Cominco—Interest income in question arose out of three sources: money held in demand deposits with Cargill and Saskatchewan Wheat Pool and term deposits with Canadian Imperial Bank of Commerce—Interest earned from deposit accounts re-deposited with companies thereby earning more interest and interest from term deposits paid into taxpayer's current bank account from which operating expenses paid—Certain amounts surplus to current needs drawn from current account at various times and put into further term deposits—Principal amount withdrawn from term deposits only once, before tax years in question, to meet farming and business expenses; only \$14,000 of \$20,000 withdrawn spent on operating expenses—Issue: whether interest earned from three sources Canadian investment income or active business income—If income falls within general definition of income from active business in Income Tax Act, s. 125(6)(e) “including any income pertaining to or incident to that business” and within either Act, s. 129 (4.1)(b) or (c) then such income to be treated as income from active business, and therefore eligible for “small business deduction” in rate of taxation under Act, s. 125, and not “Canadian investment income”—Not disputed taxpayer engaged in active business as defined in Act, s. 125(6)(d) in respect of its actual farming and “agribusiness”—Several appeals from Tax Court decisions with respect to meaning of Act, s. 129 (4.1)(b) pending—Section properly interpreted in *Atlas Industries Ltd. v. Minister of National Revenue* (1986), 86 D.T.C. 1756 (T.C.C.) as follows: must be financial relationship of some substance between property and active business; operation of business ought to have some reliance on property in sense that recourse had to it regularly, or from time to time, or that it exists as back-up asset to be called on in support of operation when need arises—Several putative purposes of liquid capital sums involved raised by taxpayer reviewed and no “financial relationship of dependence of some substance” found between sums and ongoing existing business—Money was generated by business but, in years in question only used in business in limited way through use of term deposit earnings for

INCOME TAX—Concluded

current expenses—Surplus funds from current account also used to purchase term deposits from time to time—Possibilities of funds being drawn upon to sustain business in any important way remote and did not happen during years in question—Capital sums therefore not “property that is incident to or pertains to an active business” within meaning of Act, s. 129(4.1)(b) and not “property used or held principally for purpose of gaining or producing income” from business, as referred to in Act, s. 129(4.1)(c) as sums not truly “employed and risked” in business—Taxpayer’s evidence with respect to extent of liquid capital reserves which business could reasonably be said to require and upon which business allegedly financially dependent imprecise—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 125(b),(d) (as enacted by S.C. 1979, c. 5, s. 38(6)),(e) (as enacted *idem*), 129(4.1) (as enacted *idem*, s. 41).

MCCUTCHEON FARMS LTD. v. M.N.R. (T-1173-88, Strayer J., judgment dated 5/12/90, 13 pp.)

JUDICIAL REVIEW**APPLICATIONS TO REVIEW**

Application under Federal Court Act, s. 28 dismissed for want of jurisdiction—No jurisdictional impediment to proceedings taken under s. 18 in respect of same decision.

HODGSON v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (A-430-85, Hugessen J.A., judgment dated 12/12/90, 1 p.)

Application pursuant to Federal Court Act, s. 28—Appeal from Tax Court of Canada decision which dismissed application for adjournment made by counsel for applicant at time case heard and dismissed appeal to said Court on account of unexplained absence—Application dismissed (Marceau J.A. dissenting)—*Per* Hugessen J.A.: Applicant duly advised of date and place of hearing but did not appear—Counsel, who was present, made representations on his client’s behalf without providing real excuse for his absence—Presence of applicant necessary to success of his appeal to Tax Court of Canada and so must bear consequences of his absence—When party fails to appear before Court, latter must determine whether he or she really advised of date and place of sitting, but no more—It is for party in default, not court, to put forward explanations or excuses, if any—Administrative or statutory tribunals have power to reconsider own decisions when made without regard to natural justice—*Per* Marceau J.A. (dissenting): Application should be allowed—As applicant failed to appear before Tax Court of Canada, counsel requested adjournment and counsel for Commission did not object—Judge dismissed counsel’s application and appeal from bench in view of appellant’s absence—Decision at issue in this Court not that of refusing application for adjournment but that of dismissing appeal—Judge could not dismiss appeal on the spot as he did—Applicant’s absence could have been due to number of reasons which would have excused him—Power to dispose of application without hearing party can exist only if judge in position to conclude party had reasonable opportunity to be heard and did not take

JUDICIAL REVIEW—Concluded

it through indifference, bad faith, obstinacy or carelessness—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

AUBUT v. M.N.R. (A-465-89, Hugessen J.A. (Marceau J.A., dissenting), judgment dated 3/12/90, 9 pp.)

S. 28 application to have immigration tribunal’s decision set aside—Evidence of physical mistreatment by authorities in applicant’s native land—No adverse finding of credibility made by tribunal who nevertheless refused to refer claim on apparent basis applicant’s evidence as to present conditions in country of origin “less trustworthy” than other evidence tending to show conditions had now improved—If tribunal did not believe applicant, it should have said so—If it thought applicant had no present well-founded fear of persecution, it clearly exceeded its jurisdiction as “first level” tribunal.

SUWAIR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-647-90, Hugessen J.A., judgment dated 11/12/90, 2 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Action to claim \$8,781.67 under contract for towing ship *Adam E. Cornelius*—Under contract ship to be towed from Québec to Cap-aux-Oies or further if necessary, according to instructions of master—Day after departure from Québec tug received distress call from *Star Rover*, which was on fire on river—Went beyond Cap-aux-Oies when it left *Adam E. Cornelius* to go to aid of *Star Rover*—Defendant Keystone paid towing to that point but refused to pay for return of tug to Québec—Whether failure to perform contract—Defendants’ argument that allowing plaintiff to go to assistance of other ship constituted variance of original terms of contract and made “back to Québec” clause inoperative and inapplicable—According to Supreme Court of Canada judgment in *Chartwell Shipping Limited v. O.N.S. Paper Company Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683, Canadian maritime law includes not only common law principles but civil law principles as well—Agreed that *Adam E. Cornelius* would not return to Québec with tug since was to continue downriver to east, and tug was to return to Québec alone—Master of Canadian ship at sea has duty to proceed with all speed to assistance of ship in distress, under s. 445(1) of Canada Shipping Act and s. 11 of Convention for Unification of Certain Rules of Law relating to Assistance and Salvage at Sea—Contract, which provided for \$550 an hour for all running time round trip from Québec to Québec, in no way modified, terminated, revoked or frustrated—Plaintiff therefore entitled to full amount claimed—As defendant Transworld did not indicate contracting solely in capacity of agent, both defendants thus jointly and severally liable—Action allowed—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 445(1).

REMORQUEURS DU QUÉBEC LTÉE v. KEYSTONE NAVIGATION INC. (T-1885-89, Dubé J., judgment dated 21/12/90, 9 pp.)

PAROLE

Application for relief against National Parole Board order denying early release to applicant—Parole Act, s. 21.4 empowering Board to order inmate not be released on earned remission at presumptive release date if Board satisfied he is likely to commit, before his warrant expiry date, offence causing death or serious harm—Referral documents from institution and order of Board departing, in some passages, from language of statute in saying inmate “could” commit such an offence, or there was “undue risk”—Whether error of law—Board using evidence of incident day before the hearing—Whether excess of jurisdiction—Applicant arguing result unreasonable—Application dismissed—Departure from statutory language in one paragraph of referral document corrected by direct quote in another—Language of order not major departure from language of statute and complies with spirit—Parole hearing evaluation of performance up to date of hearing—Use of information of which applicant and counsel did not have prior notice would have been unfair, had Board not offered applicant adjournment to prepare his case on incident of previous day—Under Federal Court Act, s. 18, Court without jurisdiction to conduct appellate review to determine whether holding of inferior tribunal was unreasonable.

COUTTS v. EDMONTON INSTITUTION (WARDEN)
(T-948-90, Jerome, A.C.J., judgment dated 14/7/90, 9 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Appeal and cross-appeal from Trial Division judgment ((1989), 22 C.P.R. (3d) 389), dismissing patent infringement action (for “Pants Saver”/“Sauve-pantalons” automobile mat) brought by appellants on ground patent as reissued invalid through lack of inventive activity—Judge did not err in considering question of anticipation only with respect to question of obviousness—Essential question as to finding of Trial Judge on obviousness (or lack of inventive activity)—Question one of fact—Appeal court cannot interfere unless Trial Judge committed manifest error in weighing evidence or committed error of law—Judge’s findings of fact not unreasonable—No error of law—Appeal and cross-appeal dismissed.

DUPONT v. CANPER INDUSTRIAL PRODUCTS LTD.
(A-905-88, Hugessen J.A., judgment dated 13/11/90, 11 pp.)

PRACTICE

Costs—Plaintiffs’ application for order setting security for costs at \$1,000 under Federal Court R. 700 and Patent Act, s. 60(3)—Parties ordered to make written representations within 14 days following which matter to be dealt with pursuant to R. 324—\$1,000 sum inappropriate in 1990—Given complexities of patent impeachment action, fact patentee has valid patent, fact

PATENTS—Concluded

purpose of security order is protection for patentee against frivolous or unfounded attacks on patent’s validity and on understanding security may be increased under R. 700(3), security set at \$5,000—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 700—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 60(3).

POWER-UP CANADA LTD. v. BISHOP (T-2729-90, Cullen J., order dated 10/12/90, 4 pp.)

PENITENTIARIES

Application for an order of prohibition to restrain National Parole Board from proceeding with hearing under Parole Act, s. 21.4, and for *mandamus* to require Correctional Service of Canada to release applicant on 2 March, 1991, his presumptive release date with earned remission—Act s. 21.3(2) providing, where Service of opinion (a) inmate incarcerated for offence of certain class, (b) offence caused death or serious harm to another person and (c) inmate likely to commit, before his warrant expiry date, offence causing death or serious harm, Service shall refer the case to Board—Board empowered to order inmate not be released before warrant expiry date—Applicant inmate’s case officers disagreeing on existence of criteria (b) and (c)—Superior officers concluding conditions for referral to Board met—Board receiving referral—Whether opinion formed by Service within the meaning of s. 21.3(2)—Application dismissed—In *Bradford v. Correctional Service of Canada* (1988), 24 F.T.R. 179 (F.C.T.D.), Court held Board must find it has jurisdiction by satisfying itself “the Service” has formed necessary opinion under s. 21.3(2)—Opinion of Service decided upon by the normal hierarchical processes in department of government—Where initial disagreement, resolution of disagreement by those having responsibility of final decision-making at higher levels constituting opinion of Service—Had Parliament wanted decision on referral be made exclusively by those with most direct knowledge of inmate, would have spelled it out in Act—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(2).

GOESSEL v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE)
(T-2987-90, Strayer J., judgment dated 4/1/91, 8 pp.)

PRACTICE

Appeal from decision of senior prothonotary dismissing motion by defendant for order any interlocutory motions or examinations for discovery to take place in Montréal—In case of interlocutory motions, place of hearing should not be determined by considering residence of parties and witnesses—These motions based on affidavits and only require solicitors to travel—Solicitors generally agree on place where examination for discovery to be held—Senior prothonotary entirely correct not to order all future interlocutory proceedings to take place in Montréal—Appeal dismissed.

BAKER CUMMINS PHARMACEUTICALS INC. v. DORMER LABORATORIES INC. (T-275-89, Dubé J., judgment dated 4/12/90, 3 pp.)

PRACTICE—Continued**APPEARANCE***Conditional Appearance*

Appeal from Trial Division judgment [(1988), 20 F.T.R. 57 (F.C.T.D.)] dismissing application by appellant for leave to file conditional appearance (Rule 401) solely on ground application not supported by affidavit—Application can only be summarily dismissed on this ground where facts entered in record provide no basis for allowing it—Question judge must ask is whether record showed objections appellant wished to make to service of action were persuasive—Answer of necessity in negative—Possible appellant's objections persuasive; also possible frivolous and could not be said they were not—Appeal dismissed with costs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 401.

MOUNTAINBELL CO. v. JACKY MAEDER (H.K.) LTD.
(A-560-88, Pratte J.A., judgment dated 5/11/90, 2 pp.)

CONTEMPT OF COURT

Injunction prohibiting defendant from using trade mark "Vuitton" and ordering it to hand over to plaintiffs items it might have in its possession displaying words "Louis Vuitton", or floral design used in connection with said items—Defendant infringed this injunction twice and guilty of contempt of court for acts alleged against it—Acted with full knowledge of facts—Public interest case—Importance of enforcing court's orders to ensure justice done and protect intellectual and industrial property—Defendant ordered to pay \$2,500 fine for first contempt of court and further \$2,500 fine for second contempt, plus costs on solicitor-client basis up to \$2,000—If fines unpaid defendant liable to term of imprisonment not exceeding thirty days in each case.

LOUIS VUITTON S.A. v. TOKYODO ENTERPRISES INC.
(T-1306-88, Pinard J., judgment dated 5/11/90, 19 pp.)

COSTS

Taxation—Following granting of judgment in plaintiff's favour and dismissal of counterclaim, plaintiff submitted two bills of costs, one in principal action and one in counterclaim action, for taxation—No reason why two separate bills of costs should be considered: action arises out of admiralty matter involving payment of freight for ocean voyage; counterclaim filed, with Court's permission, for damages suffered due to alleged negligence of cross-defendants—One bill of costs to be taxed; certain sections of Tariff B to be taxed and allowed on two counts when deemed applicable—Since requirements of Federal Court R. 346 (1.1) met, maximum amount covering all sections of Tariff B to be taxed allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 346 (1.1) (as added by SOR/87-221, s. 3) Tariff B (as am. *idem*).

MONDEL TRANSPORT INC. v. AFRAM LINES LTD.
(T-2182-86, Daoust T.O., taxation dated 11/12/90, 4 pp.)

Party and party costs awarded to defendants on successful motion to strike claim ([1990] 2 F.C. 351 (T.D.))—Defendants asking \$150 for photocopying 500 pages at 30¢ per page—No

PRACTICE—Continued

viva voce evidence as to work done—Bill presented at \$1,150 taxed and allowed at \$460—Use of affidavit evidence preferred practice, *viva voce* evidence exception—Taxing officer may infer some level of effort based on pleadings and other documents in court file, defining complex or straightforward issues, although these documents do not carry weight of properly constituted evidence—Taxing officer not obliged to allow maximum fee for interlocutory motion under Tariff B, s. 1(1)(e), but may apply factors listed in Rule 346 (1.1)—"Acceptable evidence" in Tariff B, s. 3 refers to disbursements, not fees—\$50 allowed for photocopying, based on rate of 25¢ per page—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 346 (1.1) (as added by SOR/87-21, s. 3), Tariff B (as am. *idem*, s. 8), ss. 1(1)(e), 3.

GRANT v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T-138-88, Stinson T. O., taxation dated 23/11/90, 4 pp.)

Taxation of party and party costs requested by counsel for defendant pursuant to order (T-1182-89, Addy J., order dated 7-12-89) allowing motion to strike statement of claim based on R. 419(1)(f)—Plaintiff neither present nor represented at taxation—Plaintiff's arguments and objections submitted late—Plaintiff's precarious financial position not factor taxing officer must take into account in taxing bill of costs—Taxation based on Tariff and R. 346(1.1)—Bill of costs submitted for \$666.25; \$236.25 allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663 (am. by SOR/87-211), RR. 346(1.1), (419)(1)(f), Tariff B, s. 1(2)(b).

SAINT-JACQUES v. CANADA (T-1182-89, Daoust T.O., taxation dated 5/12/90, 3 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Application to compel answers and compliance with undertakings on discovery as well as production of documents—Income tax dispute about whether profit realized on sale of property capital gain or income—Taxpayer's intention at time of acquisition relevant—Corporate taxpayer's intentions those of natural person by whom managed and controlled—Principal's intentions with regard to sale of property and whether prospect of sale operating motivation in acquisition of property in issue and relevant subject for examination for discovery and production of documents—President of plaintiff corporation refusing to identify part-time farm manager and non-resident principals of plaintiff for whom witness and two law partners held plaintiff corporation's shares in trust—Identity of farm manager relevant as existence and activities raised in pleading, and to enable defendant to investigate and verify pleading and principals' intentions and operating motivations—Necessary and legitimate to have information placed on oath on record to avoid necessity of proving deceased manager's identity at trial and to preclude plaintiff denying or remaining obstructively passive about it—That defendant already knows identity of beneficial, equitable shareholders and Tax Court finding for Minister without names forced onto record irrelevant—Defendant entitled to full discovery of plaintiff's case in new proceeding—Entitled to have equitable owners' names on record, under oath or equivalent without further proof—Character of witness'

PRACTICE—Continued

activity, despite status as barrister, not indicating excused from revealing names of equitable owners in role of president of plaintiff corporation—That plaintiffs will allow appeal to lapse rather than identify principals no basis upon which Court can give relief.

ROSELAND FARMS LTD. v. CANADA (T-452-86, Muldoon J., order dated 23/8/90, 13 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Default Judgment*

Application for order under Federal Court R. 439(3) to set aside default judgment entered against defendant 878354 Ontario Ltd. ("Hardwell") October 15, 1990—Plaintiff supplies equipment to concrete forming contractors and owns Canadian Letters Patent for process involving pouring of concrete floors in high-rise buildings described as "flying forms"—Plaintiff commenced action against seven defendants alleging they had either used or supplied others with infringing products May 16, 1990 and added Hardwell as defendant by *ex parte* order July 5, 1990—Four defendants represented by firm Macera and Jarzyna ("Macera") since action commenced; Macera also retained by Hardwell—Interlocutory injunction against defendants refused September 12, 1990—Test for setting aside default judgment set out in *Durand & Cie. v. La Patrie Publishing Co. Ltd.*, [1951] Ex.C.R. 260: affidavit of merits to be filed showing substantial ground of defence and satisfactory excuse for neglect to be provided—Defence on merits provided in proposed statement of defence; therefore, question whether excuse for failing to plead satisfactory remains—Applicant states Hardwell's defence not filed due to lack of communication between Drigo, President of both Hardwell and other defendant represented by Macera ("FRIUL"), and Macera and Drigo's unfamiliarity with legal procedures and difficulties with English—Other parties not served with documents for default judgment application—Actions against various defendants not severable, therefore, plaintiff required to serve other defendants when it moved *ex parte* to add Hardwell and plaintiff should not have moved for default judgment—Default judgment set aside; Hardwell given 15 days to file and serve statement of defence and plaintiff given 15 days thereafter to file and serve any reply or defence to counterclaim—Drigo's failure to remember, or understand, or take any appropriate action when served with documents self-serving and declaration in his affidavit patently false—People in business in Canada should give legal documents significantly more attention than did Drigo—Costs of motion securing default judgment, of cross-examination on Drigo's affidavit and of motion herein to plaintiff on solicitor and client basis.

UMACS OF CANADA INC. v. S.G.B. 2000 INC. (T-1364-90, Cullen J., order dated 5/12/90, 7 pp.)

Enforcement

Appeal from dismissal by Trial Division of opposition to seizure made under writ of *fiери facias* issued in execution of arbitration award made under Canada Labour Code, s. 66—For

PRACTICE—Concluded

writ of *fiери facias* to be granted pursuant to court judgment, judgment must fix amount or figures to be used in calculating final amount, without additional evidence—Terms of award at issue cannot in present form be basis for forced execution—Court cannot, on pretext of making it possible to execute award, allow itself to add to or amend it—Appeal allowed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 58, 66.

ENTREPRISES DE RADIODIFFUSION DE LA CAPITALE INC. (CHRC) v. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE CHRC, CHOI-FM, LOCAL 2645 DU SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE (A-381-89, Hugessen J.A., judgment dated 21/11/90, 4 pp.)

LIMITATION OF ACTIONS

Appeal from Trial Division judgment ((1988), 26 F.T.R. 307) allowing motion to strike made by respondent pursuant to R. 419 and dismissing action for damages brought by appellant on ground disclosed no reasonable cause of action since prescribed—Appeal allowed—Motion under R. 419(1)(a) must be considered solely on basis of procedural documents, as no evidence admissible—At common law, statute of limitations does not terminate cause of action, only gives defendant procedural means of defence—In writing his declaration plaintiff not obligated to allege all facts demonstrating action brought in due time—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Rule 419(1)(a),(2).

KIBALE v. CANADA (A-1221-88, Pratte J.A., judgment dated 28/11/90, 3 pp.)

PUBLIC SERVICE**JURISDICTION**

Application pursuant to Federal Court Act, s. 28 against decision allowing action brought by respondent Council and invalidating lease granted to applicants—Subject decision rendered by justice of peace pursuant to Indian Act, s. 107—Latter did not have power to make subject decision—Indian Act did not grant Council power to adopt administrative regulation giving justice of peace appointed under s. 107 civil jurisdiction not granted him by Act—Decision quashed—Application allowed—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 107.

CONNOLLY v. CONSEIL DES MONTAGNAIS (A-69-88, Pratte J.A., judgment dated 21/11/90, 3 pp.)

TRADE MARKS

Application for interlocutory injunction restraining defendant from infringing trademark "Medi-Scripts" by using mark for services outside registered use, and for mandatory order requiring defendant to use mark as stipulated in licensing agreement—Agreement licensing defendant to distribute personalized medical prescription pads, interleaved with advertisements paid for by drug companies, to "medical profession in the largest sense" throughout Canada, U.S. market being

TRADE MARKS—Continued

reserved—Defendant distributing prescription forms to health care workers other than MDs, including dentists, nurses, pharmacists, and chiropractors—Defendant paying royalties on revenues, including revenues from distribution to persons other than doctors—Whether defendant's use exceeded licensing agreement—Whether plaintiff would suffer irreparable harm if injunction not issued—Balance of convenience—Case turning on credibility of contradicting witnesses—Application dismissed—Registered user of trade mark who fails to use mark in accordance with registration may be restrained by interlocutory

TRADE MARKS—Concluded

injunction—Here, however, serious issue to be tried, namely meaning of "medical profession" in contract—Plaintiff would not suffer irreparable harm—Damage to goodwill speculative—Defendant has orders, advertising contracts, and material ready for distribution—Balance of convenience favours defendant.

MEDI-PROMOTIONS INC. v. M.D. PRESCRIPTIONS INC.
(T-2568-90, Walsh D.J., order dated 20/12/90, 21 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

AGRICULTURE

Demande en vue: a) d'empêcher l'équipe d'évaluation de pénétrer dans les locaux de la demanderesse pour vérifier si les animaux sont atteints de brucellose; b) de donner aux représentants de la demanderesse l'occasion d'évaluer les animaux; c) d'empêcher que les animaux soient abattus avant l'audience—Étant donné que la demanderesse a omis de se conformer à la demande qui lui avait été faite de préciser une date d'évaluation qui lui conviendrait, les défendeurs ont unilatéralement constitué une équipe d'évaluation qui s'est réunie à North Bay, et qui comprenait des personnes de Montréal et de Calgary—La demanderesse ne subirait aucun préjudice important si ses représentants n'assistaient pas à l'évaluation—La demanderesse n'a pas fait valoir de moyen qui justifie d'arrêter la procédure d'évaluation—Par conséquent, cet aspect de la demande est rejeté—Une ordonnance est rendue en vue d'interdire que les animaux soient abattus tant que la demanderesse ne les aura pas évalués, à la condition que l'évaluation soit faite avant le 13 novembre 1990—La demande est rejetée en ce qui concerne le troisième point étant donné que la demanderesse tente de présenter une nouvelle plaidoirie au sujet d'une demande déjà rejetée et que l'affidavit est insuffisant—Le manque de collaboration de la demanderesse contribue à ébranler sa crédibilité.

TURNER C. CANADA (T-2103-90, juge Reed, ordonnance en date du 26-10-90, 3 p.)

ANTIDUMPING

Demande visant à faire annuler une décision rendue par le Tribunal canadien du commerce extérieur selon laquelle la vente de cintres rembourrés de Taiwan à des prix sous-évalués ne causait pas un préjudice important à la production interne—Le Tribunal a commis une erreur en concluant que le coefficient bénéfiques bruts - ventes nettes avait augmenté en 1986-1987 par rapport à la période antérieure—La marge brute pour l'ensemble des activités avait augmenté, mais la marge brute pour les marchandises en cause avait diminué de 25 %—Le fait que la marge brute a augmenté ou est demeurée stable pour l'ensemble des activités de l'entreprise ne permet pas de déduire que la vente des marchandises en cause à des prix sous-évalués n'a pas eu un effet négatif sur la rentabilité—La conclusion selon laquelle l'impossibilité d'augmenter les prix et d'améliorer la rentabilité résultait principalement de l'écart important existant entre le prix du produit canadien et le prix franco dédouané du produit de Taiwan n'est pas fondée—Malgré l'écart important entre le prix des produits internes et celui des

ANTIDUMPING—Suite

produits importés, il a été conclu que ce dernier exerçait des pressions à la baisse sur le premier—Le fait que l'écart «dépasse la marge de dumping» n'appuie pas la conclusion selon laquelle il n'y a pas eu préjudice—La décision est annulée et l'affaire est déferée au Tribunal—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

LNK MANUFACTURING AGENCIES INC. C. CANADA (TRIBUNAL DU COMMERCE EXTÉRIEUR) (A-202-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 25-9-90, 3 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demandes fondées sur l'art. 28 attaquant les décisions de la Cour canadienne de l'impôt que les intimés avaient exercé des emplois assurables—Les intimés avaient été engagés par un entrepreneur en coupe de bois pour exploiter un droit de coupe acquis récemment—L'entrepreneur n'avait pas besoin du bois dans l'immédiat—Il s'agissait d'un emploi de convenance dont l'unique but était de leur permettre de se qualifier pour des prestations d'assurance-chômage—Examen des critères établis par la jurisprudence, surtout *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553 (C.A.), pour déterminer si réellement une personne est employée en vertu d'un contrat de louage de service et donc si l'emploi est assurable—Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a mal compris le sens du facteur «contrôle» et a conclu, à tort, qu'un seul contrôle hebdomadaire était suffisant—L'employeur ne fournissait aucun outil et les intimés ont même dû louer une pièce de machinerie lourde pour sortir le bois de la forêt—Les intimés assumaient aussi certains risques de perte—Enfin, le travail des intimés n'était aucunement intégré ni coordonné avec les opérations de l'entreprise de l'employeur—Le premier juge a conclu à tort que les intimés exerçaient des emplois assurables—Les demandes sont accueillies.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ROUELLE (A-1243-88, A-1244-88, A-1246-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 31-10-90, 8 p.)

Rémunération de congé—Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen et de l'annulation de la décision dans laquelle le juge-arbitre avait conclu que l'application de la disposition concernant les fiducies réputées figurant à l'art. 15 de la Loi sur les normes d'emploi de l'Ontario suffit en soi pour que la rémunération de congé touchée au moment de la mise à pied

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

soit considérée comme une «épargne» conformément aux exigences établies dans *Bryden c. La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 443—Demande accueillie—Pour que la rémunération de congé ne soit plus considérée comme un revenu, mais comme une épargne, l'argent doit clairement avoir été mis de côté pendant chaque période de rémunération une fois déduits l'impôt sur le revenu et les primes d'assurance-chômage, et doit par la suite être conservé séparément, ne pas être requis dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne pas être assujéti au contrôle de ce dernier—Loi sur les normes d'emploi, S.R.O., 1980, chap. 137, art. 15.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MUIR (A-30-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 21-9-90, 4 p.)

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. JOHNSON (A-45-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 21-9-90, 4 p.)

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. NIELD (A-46-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 21-9-90, 4 p.)

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HAYCOCK (A-47-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 21-9-90, 4 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 attaquant une décision du juge-arbitre confirmant le rejet, par la Commission et le conseil arbitral, de la requête du requérant demandant l'annulation de la période de prestations qui avait couru de juillet 1985 à juillet 1986, et ensuite, la remise au 31 décembre 1985 de la demande de prestations qu'il avait présentée en juillet 1985—*Primo*, la Loi n'autorise pas la Commission à annuler la période de prestations lorsque, comme en l'espèce, le requérant a déjà reçu des prestations pour cette période—*Secundo*, la Loi n'autorise pas la Commission à retarder la mise à effet de la demande de prestations jusqu'en décembre—La Loi n'autorise pas non plus la Commission à considérer qu'il s'agit d'une nouvelle demande de prestations susceptible de se voir attribuer un effet rétroactif—La demande est rejetée.

TAYLOR C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-84-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 4-10-90, 3 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 contestant la décision par laquelle le juge-arbitre avait confirmé la conclusion du conseil d'arbitrage, à savoir que l'indemnité de vacances impayée constituait un prêt—Le conseil d'arbitrage et le juge-arbitre ont commis une erreur de droit—L'indemnité de vacances impayée est une obligation qui incombe à l'employeur, mais elle ne possède pas les caractéristiques d'un prêt—Il n'y a aucun document attestant l'existence d'un «prêt»—Aucun détail n'a été fourni au sujet de questions telles que la durée du prêt, le taux d'intérêt et les autres conditions—Demande accueillie—La décision du juge-arbitre est annulée et l'affaire renvoyée en vue d'un nouvel examen.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. PRESCOD (A-258-90, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 30-10-90, 2 p.)

BREVETS

Injonctions—Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire et d'une ordonnance conservatoire dans une action en contrefaçon de brevet—La première requérante («ICI») est propriétaire d'un brevet portant sur le procédé de fabrication d'un médicament bien connu dans le traitement des maladies coronariennes et dont le nom générique est l'«atenolol»—Des ententes ont été conclues entre la deuxième requérante («ICI Pharma») et ICI en vue de la vente exclusive de l'atenolol d'ICI au Canada—La première intimée («Apotex») s'est vu accorder une licence obligatoire en vue de l'utilisation du brevet d'ICI, mais à la suite d'une ordonnance judiciaire rendue dans une action antérieure fondée sur des modifications apportées à la Loi sur les brevets, lesquelles sont entrées en vigueur le 7 décembre 1987, elle n'était pas autorisée à importer de l'atenolol en vue de la vente au Canada—L'atenolol est préparé et fabriqué pour Apotex par la deuxième intimée («ACIC»)—La demande vise à empêcher Apotex de vendre le médicament contenant de l'atenolol produit au Canada en vertu des ententes qu'elle a conclues avec ACIC—Question de savoir si les conditions nécessaires en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire sont satisfaites—Il existe une question importante à trancher: soit le bien-fondé du moyen de défense invoqué par les intimées, lequel s'appuie sur la licence obligatoire détenue par Apotex—En ce qui concerne la question du préjudice irréparable subi par les requérantes en l'absence d'injonction, aucune preuve ni aucun argument convaincant n'ont été présentés à l'audience ou à la suite de l'ordonnance dans laquelle la Cour d'appel modifiait l'injonction rendue dans l'action antérieure de façon qu'elle ne s'applique pas à la vente de médicaments contenant de l'atenolol importé au Canada par Apotex avant le 7 décembre 1987 ou à la suite de l'octroi de la licence obligatoire à ACIC—Les dommages ou la perte subis par les requérantes avant le procès peuvent facilement être déterminés et compensés—Demande rejetée.

IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC C. APOTEX INC. (T-252-89, juge MacKay, ordonnance en date du 22-10-90, 16 p.)

CONTREFAÇON

Les demandresses sont les propriétaires inscrites de brevets canadiens et américains se rapportant à des additifs pour des compositions et concentrés de lubrification contenant des dispersants de masse moléculaire élevée—Les parties sont en concurrence l'une avec l'autre en ce qui concerne la vente d'additifs d'huile de graissage et sont les deux principaux fabricants d'additifs d'huile à graissage dans ce secteur—Action en vue: (1) d'une déclaration selon laquelle certaines revendications sont valides et ont été contrefaites par la défenderesse; (2) de l'obtention de dommages-intérêts ou d'une reddition de comptes; (3) de l'obtention de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs; (4) de la remise ou de la destruction de tous les lubrifiants et concentrés de la défenderesse qui contiennent des dispersants de masse moléculaire élevée et de tout produit contenant pareils concentrés—La défenderesse allègue que ses activités sont régies par la licence non exclusive ou que le brevet est invalide en raison du caractère évident, de l'antériorité, du fait que le brevet ne satisfait pas aux exigences de l'art. 36 de

BREVETS—Fin

la Loi sur les brevets et qu'il n'est pas utile—Le brevet en litige n'est pas visé par le contrat de licence qui a été résilié parce que la défenderesse n'avait pas payé les redevances—Le brevet américain correspondant de la demanderesse a été jugé valide et exécutoire dans une affaire américaine—La présomption de validité prévue par l'art. 45 de la Loi n'est pas réfutée—La défenderesse a omis de prouver les allégations d'invalidité—La contrefaçon est établie au moyen du témoignage d'experts en se fondant sur la prépondérance des probabilités—Déclaration accordée—Renvoi ordonné au sujet de l'étendue de la contrefaçon, de la reddition de comptes, de l'intérêt et d'autres questions connexes—Manque de preuve en ce qui concerne les dommages-intérêts exemplaires—Remise ordonnée—Loi sur les brevets, S.R.C., 1970, chap. P-4, art. 28, 36, 47, 63(1).

LUBRIZOL CORP. C. IMPERIAL OIL LTD. (T-577-87, juge Cullen, jugement en date du 17-9-90, 57 p.)

La demanderesse est propriétaire d'un brevet portant sur une méthode de vérification de la qualité des bouchons de ciment dans les trous de sonde—Les deux parties exploitent une entreprise dans le cadre de laquelle elles installent des bouchons de ciment dans les trous de sonde de puits de pétrole et de gaz abandonnés de façon à isoler les couches et zones géologiques souterraines—La demanderesse allègue que la défenderesse a contrefait son brevet en employant une méthode protégée par le brevet qui lui avait été accordé pour déterminer la densité, la qualité, l'existence de contamination et la position des bouchons de ciment dans des trous de sonde de puits de l'ouest du Canada—La défenderesse nie qu'il y ait contrefaçon et conteste la validité du brevet pour le motif qu'il est ambigu et évident—La méthode de la demanderesse vise à vérifier la qualité des bouchons de ciment alors que celle de la défenderesse vise à déterminer leur position—La méthode protégée par le brevet peut être employée en vue de trouver l'emplacement des bouchons, mais cela ne constitue pas la véritable portée du brevet—Les objectifs des parties et les méthodes employées en vue de la réalisation de ces objectifs sont différents—Le brevet est valide et n'a pas été contrefait par la défenderesse—Action rejetée.

COMPUTALOG LTD. C. COMTECH LOGGING LTD. (T-413-89, juge Dubé, jugement en date du 17-10-90, 20 p.)

COALITIONS

Demande *ex parte* en vue de l'obtention d'ordonnances fondées sur l'art. 11(1)b) et c) de la Loi sur la concurrence exigeant la production de dossiers et la présentation d'une déclaration écrite—La preuve est en majeure partie inadmissible—Le requérant n'est pas le représentant autorisé du directeur des enquêtes et recherches, en vertu de la Loi sur la concurrence—Aucune requête fondée sur l'art. 10 de la Loi—Personne n'a de renseignements ou ne risque d'avoir des renseignements se rapportant à la présumée enquête—Demande rejetée sans préjudice du droit de présenter une autre demande lorsque des renseignements plus complets auront été déposés—Loi sur la

COALITIONS—Fin

concurrence, L.R.C. (1985), chap. C-34, art. 10, 11(1)b),c) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19, art. 23, 24).

BRANTZ (RE) (T-2605-90, juge Muldoon, ordonnance en date du 3-10-90, 2 p.)

Requête présentée dans le cadre d'un appel interjeté en vertu de l'art. 13 de la Loi sur le Tribunal de la concurrence à l'égard d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence avait jugé qu'il n'avait pas la compétence voulue pour entendre la demande présentée par les requérants en vue d'obtenir l'autorisation d'intervenir dans une procédure qui avait fait l'objet d'une ordonnance de consentement—La procédure portait sur l'acquisition d'actions de Texaco Canada Inc. par Imperial Oil Ltd.—Les appelants exploitaient des stations-service sur des terrains appartenant à des sociétés et dont Imperial Oil devait se départir—Dans la présente requête, les appelants cherchent à obtenir des certificats d'affaire en instance à l'égard des emplacements concernés qui se trouvent en Ontario, une prorogation du délai d'appel prévu à l'art. 13 de la Loi et une prorogation du délai prescrit pour la présentation d'une demande fondée sur l'art. 28—La demande de prorogation du délai prescrit pour la présentation d'une demande fondée sur l'art. 28 est rejetée étant donné que la Cour n'a pas compétence pour se prononcer à son sujet compte tenu du droit général d'appel prévu par la Loi du Tribunal de la concurrence—Les appelants auraient dû demander au Tribunal même de proroger le délai en ce qui concerne l'appel fondé sur l'art. 13 de la Loi—Il est inutile pour la Cour d'exprimer une opinion au sujet de la question de savoir si un droit sur un bien-fond est en jeu dans le litige—La délivrance et l'enregistrement d'un certificat d'affaire en instance ne relèvent pas simplement de la pratique et de la procédure—Demande rejetée.

D. J. LEGER HOLDINGS INC. C. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, LOI SUR LA CONCURRENCE) (A-540-90, juge Mahoney, J.C.A., ordonnance en date du 18-7-90, 6 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

La demanderesse a négocié un règlement à l'amiable avec les propriétaires d'un navire qui avait été endommagé lorsque son dock flottant, qui était remorqué, est entré en collision avec le navire—Elle a intenté une action contre le remorqueur et contre les propriétaires de celui-ci—Le contrat de touage prévoyait que les litiges devaient être réglés par la High Court of Justice à Londres—Demande de suspension de la procédure devant la Cour fédérale pour défaut de compétence—Selon la jurisprudence, la Cour fédérale demeure compétente malgré l'engagement contractuel selon lequel les litiges doivent être soumis à un tribunal étranger—Il existe un pouvoir discrétionnaire de suspendre la procédure, mais en général, l'intérêt de la justice exige que les engagements contractuels soient respectés—Il doit y avoir une raison grave permettant de déroger aux conditions de l'entente—Il est plus commode de faire régler le litige au Canada étant donné que les parties sont canadiennes, que le dock flottant a été remorqué au Canada, que l'abordage est survenu au Canada et que les témoins viennent du Canada, mais la

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—

Fin

simple commodité ne constitue pas une «raison valable» permettant de déroger au contrat—Demande rejetée—Les pilotes et les représentants de la partie mise en cause, sans lesquels la demanderesse ne pourrait pas présenter sa preuve, ne se rendraient fort probablement pas en Angleterre étant donné qu'ils n'ont aucun intérêt dans l'issue de l'affaire et qu'ils ne sont pas assujettis au *subpoena* émis par un tribunal anglais pendant qu'ils sont au Canada—La demanderesse subirait un préjudice grave.

COROSTEL TRADING LTD. C. SECUNDA MARINE SERVICES LTD. (T-2388-89, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 4-10-90, 9 p.)

Question de savoir si la Cour est compétente pour connaître d'une action en contrefaçon de brevet intentée contre les trois présumées sociétés de la Couronne défenderesse: Ontario Hydro, Hydro-Québec et la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick—La compétence de la Section de première instance en matière de brevets est prévue par l'art. 20 de la Loi sur la Cour fédérale—La compétence concurrente des tribunaux provinciaux et fédéraux en matière de contrefaçon de brevets est prévue par l'art. 54 de la Loi sur les brevets—Le demandeur cherche à éviter la multiplicité des procédures découlant de la même cause d'action devant trois instances provinciales différentes—Toutefois, la commodité ne crée pas la compétence—La compétence de la Cour fédérale est entièrement créée par la loi et doit être clairement exprimée au moyen d'une loi fédérale—De plus, en common law, la Couronne bénéficie de l'immunité judiciaire contre les actions fondées sur un délit à moins qu'une loi fédérale ou provinciale ne prévoit le contraire—Contestation *ratione personae*: les défenderesses alléguent qu'elles peuvent uniquement être assujetties à des poursuites fondées sur un délit (contrefaçon de brevet) devant leurs propres cours supérieures respectives—Les défenderesses, qui sont des sociétés de la Couronne provinciales, peuvent bénéficier de l'immunité de la Couronne uniquement si elles sont agents de la Couronne—Il ressort clairement de la Loi du Nouveau-Brunswick qu'aucune procédure ne peut être intentée contre la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick, qui est une société de la Couronne et un agent de la Couronne, sauf devant la Cour du Banc de la Reine de la province—Pour que la CEENB relève de la compétence de la Cour, il faudrait une disposition expresse en ce sens—En vertu de la loi de l'Ontario, Ontario Hydro ne peut pas revendiquer l'immunité de la Couronne étant donné qu'elle n'est pas la Couronne ni un agent de la Couronne—La Cour est compétente à l'égard d'Ontario Hydro—En vertu de la loi du Québec, Hydro-Québec est une société de la Couronne et un agent de la Couronne—La Cour fédérale n'est pas compétente—Action rejetée en ce qui concerne Hydro-Québec et la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick—L'action contre Ontario Hydro est maintenue.

DABLEH C. ONTARIO HYDRO (T-1422-90, juge Dubé, ordonnance en date du 4-10-90, 9 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE

DEMANDES DE RÉVISION

Demande en vue de l'annulation d'une mesure d'expulsion—L'arbitre a commis une erreur en refusant d'accorder un ajournement destiné à permettre au requérant de retenir les services d'un avocat pour le motif que l'affaire avait déjà été ajournée à maintes reprises pour la même raison—Nécessité de tenir compte de toutes les circonstances—Le requérant avait fait tout son possible pour retenir les services d'un avocat et seul un bref ajournement était nécessaire—Demande accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

CALLES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-386-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 4-10-90, 2 p.)

COURONNE

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Action dans laquelle il est allégué qu'une perte a été subie en vertu de l'art. 36 de la Loi sur la concurrence par suite d'un acte malveillant commis par Brian Mulroney, préposé de la Couronne—La Couronne n'est pas responsable des actes illicites de ses préposés—Les autres défendeurs ne peuvent pas être assujettis à des poursuites en responsabilité délictuelle devant la Cour fédérale—De nombreuses allégations sont scandaleuses, futiles et vexatoires—La demande de redressement en vue de l'obtention de 50 milliards de dollars et de la délivrance d'un *certiorari* demandant à la Chambre des lords de statuer sur la demande présentée par le demandeur contre la Couronne d'Angleterre ainsi que l'abdication d'Élisabeth II, préposée de la Couronne, en faveur du demandeur ne relève pas de la compétence de la Cour—Action rejetée—Bien que les frais procureur-client eussent été refusés, la Cour avertit le demandeur de ne pas tenter de nouveau une action similaire sans l'aide d'un avocat—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), chap. C-34, art. 36.

LEVESQUE C. ROCKEFELLER (T-1616-90, juge Dubé, ordonnance en date du 2-10-90, 3 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Action par voie d'exposé des faits dans laquelle un appel est interjeté contre la décision qu'a prise le M.R.N. de rejeter la demande de remboursement du demandeur, au titre de taxes payées sous le régime de Partie V de la Loi sur la taxe d'accise sur des matériaux utilisés dans un projet de construction entrepris dans une école secondaire située dans le district scolaire du demandeur—L'action est considérée comme une cause type destinée à renseigner le ministère du Revenu national sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 44.27 de la Loi—De janvier 1986 à novembre 1987, des travaux ont été exécutés conformément au contrat de construction passé par le demandeur, lequel s'intitulait «Rénovation et ajouts» relatifs à l'école secondaire et approvisionnement de salles de classe mobiles (le «projet»)—La demande présentée par le demandeur

DOUANES ET ACCISE—Fin

en vue du remboursement de la taxe en vertu de l'art. 44.27 a été accueilli pour les ajouts de l'enveloppe du bâtiment, mais elle a été refusée à l'égard de la taxe payée sur les matériaux utilisés pour les rénovations—L'art. 44.27 prévoit un remboursement uniquement (1) si les matériaux sur lesquels la taxe de vente a été payée sont achetés par une institution admissible ou pour le compte de celle-ci; et (2) si les matériaux sont destinés exclusivement à la construction d'un bâtiment pour cette institution—Il n'est pas contesté que la première condition est satisfaite—Question de savoir si les activités du demandeur peuvent être assimilées à la «construction d'un bâtiment» au sens de l'art. 44.27—Cette expression vise la construction de bâtiments complets neufs pour des institutions et les ajouts; elle vise également les travaux autres que les rénovations, la réparation ou l'entretien, mais qui sont nécessaires pour rendre de tels ajouts opérationnels—La décision dans laquelle le ministre a conclu que l'exonération est limitée à la construction par opposition aux rénovations et aux réparations est compatible avec le libellé de la Loi—Action rejetée—Les dépens ne sont pas adjugés—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13 (mod. par S.C. 1986, chap. 9, art. 34).

CALGARY SCHOOL DISTRICT N^o 19 C. CANADA (T-2364-87, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 30-10-90, 18 p.)

Appel de la décision par laquelle le M.R.N. a refusé la demande de remboursement des taxes fédérales de vente et d'accise payées sur du combustible diesel acheté et utilisé en vue de la production de l'électricité requise pour faire fonctionner des remorques servant à enlever les déblais et à transporter le minerai brut jusqu'au transporteur à courroie dans une mine à ciel ouvert—Demande de remboursement de la somme de 1 300 276 \$ pour les taxes payées sur le combustible diesel consommé du 1^{er} octobre 1983 au 30 septembre 1987—Loi sur la taxe d'accise, art. 21(3.1)c), 4, ann. III, partie VI; le combustible diesel utilisé pour la production de l'électricité ne servant pas principalement au fonctionnement de véhicules est exempté des taxes fédérales d'accise et de vente—Question de savoir si les remorques sont des «véhicules» au sens des dispositions d'imposition de la Loi—Bref examen de la règle moderne d'interprétation s'appliquant aux lois fiscales—Le principe d'interprétation qu'il convient d'appliquer consiste à tenir compte du contexte dans son ensemble—Les remorques sont principalement utilisées en tant que véhicules au sens ordinaire du terme—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 21(3.1) (mod. par S.C. 1986, chap. 9, art. 11), 4 (ann. III, partie IV).

WESTAR MINING LTD. C. CANADA (T-1115-89, juge McNair, jugement en date du 26-9-90, 11 p.)

DROIT D'AUTEUR

PRATIQUE

Requête en vue du rejet de l'action intentée contre The Really Useful Theatre Co. (Canada) Limited ainsi qu'en vue de la radiation de certains paragraphes de la déclaration—Action fondée sur l'utilisation de la sculpture de la tête du principal acteur jouant dans *The Phantom of the Opera*—Il est allégué

DROIT D'AUTEUR—Fin

que les sculpteurs et l'employeur devaient utiliser la sculpture en vue de faire des moules et des prothèses dont la société demanderesse se servirait pour maquiller l'acteur principal—Les défendeurs ont fait faire des moules à l'aide de la sculpture et ont permis à d'autres personnes que la demanderesse d'employer les matériaux pour maquiller l'acteur principal—L'action n'est pas radiée étant donné que l'avis figurant dans le programme dit que la prothèse a été fournie par «The Nightmare Factory» (marque de commerce non déposée de la société demanderesse), ce qui soulève la possibilité d'une cause d'action visant à empêcher la *passing off*—Le contrat en vertu duquel la sculpture a été fournie ne porte pas uniquement sur les matériaux assujettis au droit d'auteur—L'allégation de rupture de contrat est plus générale que le redressement s'appliquant en cas de violation du droit d'auteur; elle est radiée pour le motif qu'elle ne relève pas de la compétence de la Cour—Le paragraphe dans lequel il est allégué que le droit de reproduire la sculpture a été dénié est radié étant donné qu'il ne s'agit pas d'une action pour laquelle un redressement est prévu par la Loi sur le droit d'auteur—Le paragraphe dans lequel il est allégué que la société défenderesse veut exécuter le contrat et est prête à le faire est radié étant donné qu'il se rapporte à une rupture de contrat, et non à la violation du droit d'auteur—Les paragraphes dans lesquels il est allégué que la paternité est faussement attribuée sont radiés étant donné que la Loi ne prévoit aucune cause d'action de ce genre—L'allégation selon laquelle les demandeurs individuels ont autorisé par écrit la société demanderesse à utiliser leur droit d'auteur renvoie à un document qui doit être produit—La requête en vue de l'obtention de détails est rejetée sans préjudice du droit qu'ont les défendeurs de présenter une requête plus précise—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 3, 28.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 10, art. 6), 28.2 (édicte, idem)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 7.

682330 ONTARIO INC. C. CINEPLEX ODEON CORP. (T-2466-89, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 12-10-90, 7 p.)

DROIT MARITIME

PRATIQUE

Plaidoiries—Demande fondée sur la Règle 419(1)a en vue de la radiation de la déclaration par suite de l'omission de révéler l'existence d'une cause d'action *in rem*—Conformément à l'art. 43 de la Loi sur la Cour fédérale, la déclaration doit porter sur l'une des demandes fondées sur le droit maritime, lesquelles sont décrites à l'art. 22 de la Loi—Les seules demandes pertinentes présentées par la demanderesse se rapportent à l'«usage d'un navire» (art. 22(2)i)) et aux «services» fournis pour le fonctionnement d'un navire (art. 22(2)m)—Les demandes ne sont pas expressément alléguées dans la déclaration—La déclaration est radiée et la demanderesse est autorisée à déposer une nouvelle déclaration décrivant de la manière appropriée une demande fondée sur l'art. 22 au plus tard le 1^{er} novembre

DROIT MARITIME—Fin

1990, à défaut de ce quoi l'action sera rejetée—La saisie doit continuer jusqu'au 1^{er} novembre 1990 et par la suite si la demande repose de la nouvelle déclaration appropriée.

OCEAN DIMENSIONS FISHERIES INC. C. COMMON BROTHERS LTD. (T-2738-90, juge Strayer, ordonnance en date du 24-10-90, 3 p.)

EXPROPRIATION

Demande en vue de la détermination de l'état du titre de propriété de biens-fonds et de lots de grève situés à Chéticamp (Nouvelle-Écosse), qui avaient été expropriés dans le cadre des travaux d'amélioration du port—Les ayants droit ont établi l'existence d'un titre valide au moyen de titres de propriété, de déclarations solennelles et de témoignages oraux, d'une apparence de droit, ou de la possession adversative pendant plus de soixante ans—Les prétentions ne sont pas contestées—Loi sur l'expropriation, L.R.C. (1985), chap. E-21, art. 18, 36.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CHÉTICAMP FISHERMEN'S CO-OPERATIVE SOCIETY LTD. (T-1002-90, juge Dubé, décision en date du 11-10-90, 6 p.)

FONCTION PUBLIQUE**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision dans laquelle la CRTFP avait accordé la rémunération des heures supplémentaires pour les 48 jours pendant lesquels un fonctionnaire de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada avait été disponible pour répondre par téléphone cellulaire, 24 heures sur 24, aux demandes de renseignements dans le cadre d'une affectation spéciale au cours des Jeux olympiques d'hiver de Calgary de 1988—L'intimé effectuait un poste normal de huit heures au bureau et, après les heures de bureau, il devait rester près du téléphone 16 heures par jour pour répondre aux appels—Au total, 19 appels de moins de 15 minutes chacun ont été reçus au cours de la période de 48 jours—L'intimé s'est rendu au bureau à deux reprises pendant cinq ou dix minutes et il a touché une «indemnité de présence» à cet égard—Conformément à la convention collective, l'employé qui doit être disponible durant les heures hors service a droit à sept dollars pour chaque période de huit heures durant lesquelles il est en disponibilité et s'il est tenu de se présenter au travail, il a également droit au plus élevé des deux montants suivants: la rémunération des heures supplémentaires pour les heures effectuées ou un minimum de quatre heures de rémunération—L'indemnité de disponibilité ne s'applique pas au cas où l'employé est tenu de travailler, et travaille, pendant la période de disponibilité—La pleine rémunération des heures supplémentaires ne s'applique pas lorsque l'employé ne travaille pas tout le temps—L'intimé doit être indemnisé au taux de disponibilité de 14 \$ par journée de 16 heures au cours de la période de 48 jours et toucher une rémunération minimum de quatre heures pour chaque jour où il a répondu aux appels téléphoniques, et ce, qu'il se soit rendu au bureau ou non, étant

FONCTION PUBLIQUE—Suite

donné qu'il était «tenu de se présenter au travail» chaque fois qu'il répondait à un appel—Demande accueillie et affaire renvoyée à la Commission en vue d'un réexamen.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. REDDEN (A-531-89, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 18-10-90, 5 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen et de l'annulation de la décision dans laquelle la CRTFP avait conclu que les intimés avaient droit à une indemnité d'heures supplémentaires pour toutes les heures passées à bord d'un navire en dehors de leurs heures normales de travail le jour où le navire devait partir, mais ne l'avait pas fait, à cause de problèmes mécaniques—En vertu des dispositions de la convention collective, les employés qui doivent se présenter à bord du navire au port d'attache en prévision d'un voyage ont droit à la rémunération au taux applicable pour le «travail effectué ce jour-là» ou à au moins une heure de rémunération au taux des heures normales—La Commission interprète à tort le «travail effectué» comme incluant les «pannes»—Étant donné que les intimés ont tous effectué plus d'une heure de travail à la date prévue de départ, et qu'ils ont été rémunérés à cet égard, ils n'ont pas droit à une rémunération supplémentaire pour le temps pendant lequel ils ont attendu ce jour-là—Demande accueillie—Décision annulée et affaire renvoyée à la Commission en vue d'un réexamen.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BOYD (A-561-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 16-10-90, 3 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen et de l'annulation d'une décision dans laquelle l'arbitre avait rejeté le grief—Le requérant, qui travaille comme gardien de parc au ministère de l'Environnement, Service canadien des parcs, au parc national de Banff, doit effectuer, plusieurs fois par année, des «patrouilles dans l'arrière-pays» à cheval, qui peuvent durer jusqu'à neuf jours, dans des secteurs éloignés du parc, ce qui l'oblige à s'éloigner de chez lui—Fond du grief: pendant qu'il effectue la patrouille, le requérant est un employé obligé d'être au service de l'employeur 24 heures sur 24 et il devrait donc avoir droit à une rémunération d'heures supplémentaires—En rejetant le grief, l'arbitre a conclu que ce que le requérant expérimentait faisait partie du travail normal pour lequel il avait été embauché, conclusion pleinement appuyée par la preuve—Demande rejetée.

MARTIN C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-568-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 16-10-90, 2 p.)

Demande visant à faire examiner et annuler une décision dans laquelle l'arbitre avait conclu que l'employeur avait omis de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la convention collective que le Conseil du Trésor avait conclue avec l'Association canadienne du contrôle du trafic aérien en omettant d'accorder le congé demandé par un employé—Selon l'horaire des postes de l'intimé, le 25 décembre, qui était un jour férié désigné en vertu de la convention, était compris dans ses jours de repos—La clause 16.02 de la convention collective prévoyait que le jour férié est reporté au premier jour de travail prévu à l'horaire qui suit un jour de repos—Demande visant à

FONCTION PUBLIQUE—Fin

obtenir un congé le premier jour de travail prévu à l'horaire qui suivait un jour de repos (soit le 28 décembre)—La clause 16.05d) prévoit que sous réserve des nécessités du service, l'employeur doit faire tous les efforts raisonnables pour accorder un congé compensatoire au moment souhaité par l'employé—Le congé a été refusé en raison d'une politique selon laquelle le premier jour de travail prévu à l'horaire qui suivait un jour férié désigné coïncidant avec un jour de repos était considéré comme un jour férié—L'employeur a soutenu qu'étant donné que l'employé n'était plus obligé de travailler ce jour-là, la clause 16.05 ne s'appliquait pas—La politique adoptée par l'employeur ne peut pas modifier le sens de la convention collective ni annuler ses effets—Étant donné que le 28 décembre était un jour de travail prévu à l'horaire lorsque le congé a été demandé, l'intimé devait se présenter au travail à moins d'avoir obtenu un congé lui permettant de ne pas le faire—La clause 16.05 s'applique—Étant donné qu'il n'est pas prouvé que les nécessités du service empêchaient l'octroi du congé, l'employeur aurait dû faire tout effort raisonnable pour accorder le congé—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. WARKENTIN (A-606-89, juges Urie, Décarry et Linden, J.C.A., jugement en date du 14-9-90, 4 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen et de l'annulation de la décision dans laquelle la CRTFP avait conclu que l'intimé avait droit à un congé de maladie payé sur la seule foi de sa déclaration signée indiquant qu'il avait été incapable d'exercer ses fonctions pour cause de maladie conformément aux exigences de la convention collective—L'employeur n'a pas contesté que l'intimé était malade le jour en cause, et n'a pas allégué que sa demande de congé de maladie était frauduleuse—L'arbitre n'a commis aucune erreur en se fondant sur la déclaration pour conclure que l'intimé avait droit à un congé de maladie payé—Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KUDERIAN (A-71-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 30-10-90, 2 p.)

FORCES ARMÉES

Demande d'injonction visant à empêcher la mutation du demandeur, qui est membre des forces armées canadiennes, d'une affectation à un poste dont la prolongation est demandée—Injonction provisoire accordée pendant l'audience—Affectation expirée—Demande de prolongation rejetée—Les conditions normales d'exploitation ont changé après la présentation du grief, les forces armées participant aux mesures concertées de l'O.N.U. au Moyen-Orient—Le demandeur doit surmonter certains obstacles, à savoir que la Loi de la défense nationale est un code complet en vue du redressement et qu'un membre des forces armées occupe un poste amovible—Étant donné qu'une procédure de règlement des griefs est prévue par la loi, procédure dont le demandeur s'est prévalu, mais qu'il n'a pas menée à terme, il ne convient pas que la Cour intervienne et rende jugement, particulièrement par voie de requête—L'injonction interlocutoire est un redressement exceptionnel se limitant aux affaires qui seront probablement menées à terme

FORCES ARMÉES—Fin

avec succès à l'audience—Les faits de l'espèce ne sont pas exceptionnels et la loi défavorise le demandeur—Injonction provisoire annulée—Demande rejetée—Aucune ordonnance en ce qui concerne les dépens.

GIBSON C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-2219-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 17-10-90, 3 p.)

IMMIGRATION

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision selon laquelle la demande de résidence permanente présentée par la requérante avait été rejetée ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* enjoignant aux intimés de déterminer si l'octroi du droit d'établissement à la requérante va à l'encontre de la Loi ou du Règlement—Selon la demande, la requérante avait l'intention de travailler comme bibliothécaire au Canada—La Classification canadienne descriptive des professions (la CCDP) dit que les bibliothécaires doivent normalement détenir un diplôme universitaire et un diplôme en bibliothéconomie—La requérante, qui venait de la Chine populaire, avait obtenu d'une université chinoise un diplôme d'anglais et d'enseignement de l'anglais—Elle avait travaillé pendant onze ans dans une bibliothèque universitaire et avait alors participé à un programme officiel à plein temps de deux ans de formation de bibliothécaires—Elle avait passé les examens, mais elle n'avait pas reçu son certificat à cause de la révolution—La demande a été rejetée, étant donné que la requérante n'avait pas les qualités requises et qu'elle ne s'attendait pas à travailler comme bibliothécaire puisqu'elle ne satisfaisait pas aux conditions d'admissibilité à la profession de bibliothécaire et qu'elle n'avait pas travaillé dans une bibliothèque depuis 1980—Demande rejetée—En mentionnant les exigences normales en matière de formation, l'agent d'immigration n'a pas entravé son pouvoir discrétionnaire et n'a pas considéré qu'un diplôme universitaire en bibliothéconomie était obligatoire—Cette mention, ainsi que le fait que l'agent a parlé du manque d'expérience dans une bibliothèque depuis 1980, montre que celui-ci cherchait à évaluer l'expérience de la requérante dans ce domaine, bien que le manque d'expérience ne puisse pas entrer en ligne de compte dans l'évaluation—L'expérience réelle ne remplace pas l'exigence du Règlement selon laquelle il faut apprécier la «préparation professionnelle spécifique»—À défaut de préparation, l'expérience elle-même importe peu dans le processus d'évaluation—À défaut de quelque fondement permettant d'évaluer l'allégation implicite au sujet de l'équivalence de la formation de la requérante, la décision selon laquelle cette dernière n'avait pas les qualités requises pour devenir bibliothécaire au Canada ne peut pas être remise en question au moyen d'un examen judiciaire—Il n'y a pas eu manque d'équité du fait que l'agent n'a pas fait part de ses préoccupations, compte tenu de la Loi et du Règlement—Les requérants peuvent se procurer un exemplaire de la Loi et du Règlement et ils doivent convaincre l'agent des visas qu'ils satisfont aux critères et que l'admission au Canada ne contrevient pas à la Loi—La décision ne parle pas des points attribués à l'égard de chaque facteur à apprécier en vertu de l'art. 8(1)a) et de l'annexe I du Règlement, mais dans le paragraphe préliminaire il est fait mention des critères devant être pris en considération et des principales

IMMIGRATION—Suite

raisons pour lesquelles la requérante ne satisfait pas aux critères—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 6, 8, 114—Règlement sur l'immigration, 1978, DORS/78-172, art. 8, annexe I.

YU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1550-90, juge MacKay, ordonnance en date du 10-8-90, 14 p.)

Demande du statut de résident permanent rejetée pour le motif que le mariage était invalide en vertu du droit hindou (le requérant avait épousé la femme de son frère défunt), qu'une mesure d'expulsion avait déjà été prise, et que le ministre n'avait pas donné son consentement conformément à l'art. 57 de la Loi sur l'immigration de 1976—La Commission d'appel de l'immigration a rejeté l'appel pour le motif que le mariage était invalide—Elle n'a pas conclu à l'existence de raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi du redressement spécial nécessaire en vue de remédier à la mesure d'expulsion et à l'absence de consentement écrit du ministre—L'appelante cherche à obtenir une déclaration selon laquelle le mariage est valide et à faire renvoyer l'affaire devant la Commission en vue d'un nouvel examen de la question du redressement spécial fondé sur des raisons d'ordre humanitaire—Étant donné que la Commission a déjà examiné la question des raisons d'ordre humanitaire, la conclusion ne peut pas être annulée sans motif—Exigence selon laquelle le consentement écrit du ministre ne peut pas être remplacé par une décision favorable de la Commission, fondée sur la «compétence en *equity*» de cette dernière—L'art. 57 exige que le consentement du ministre soit obtenu avant que la personne concernée ne retourne au Canada—Distinction faite avec *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Narwal*, [1990] 2 C.F. 385 (C.A.), dans lequel il a été jugé que la capacité de se marier est régie par la loi du domicile matrimonial envisagé, soit l'Ontario, où il n'existe aucun empêchement au mariage—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 57 (mod. par S.C. 1984, chap. 40, art. 36).

KAUR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-405-89, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 11-10-90, 5 p.)

EXPULSION

Demande d'autorisation d'appel fondée sur l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration et demande de prorogation de délais—Le requérant recherche en réalité une suspension des mesures d'expulsion engagées à son endroit au motif qu'il a l'intention de commencer une action pour faire déclarer inconstitutionnel et invalide l'Arrangement de réciprocité entre la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et le Service d'immigration et de naturalisation des États-Unis concernant l'échange de personnes expulsées entre les deux pays—Il est bien établi qu'une telle déclaration ne peut être obtenue par voie de requête mais uniquement par voie d'action—L'intention du requérant d'attaquer la constitutionnalité de l'Arrangement n'affecte en rien le caractère exécutoire de l'ordonnance d'expulsion à l'égard de laquelle la Cour d'appel fédérale a déjà

IMMIGRATION—Suite

rejeté la demande en autorisation d'appel du requérant—Requête rejetée avec dépens.

ABDULLAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2434-90, juge Dubé, ordonnance en date du 1-10-90, 3 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Demande d'autorisation de présenter une requête en prohibition et en *certiorari* afin d'empêcher Jean-Claude Desmarais de siéger pour l'enquête dans le dossier du requérant, de nationalité polonaise, au motif qu'il avait déclaré à l'émission *Le Point* qu'il n'y avait presque plus de danger de persécution dans les pays de l'Est—Aussi, demande de prorogation de délais pour présenter la requête—Il n'existe aucune des raisons spéciales prévues par la Loi pour proroger les délais—Les requêtes sont rejetées.

JEZEWSKI C. DESMARAIS (90-T-656, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 26-9-90, 3 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen et de l'annulation de la décision selon laquelle le tribunal avait conclu à l'absence d'un minimum de fondement—Une citoyenne colombienne s'était appuyée sur trois événements précis pour revendiquer le statut de réfugiée: (1) elle avait accidentellement été témoin de voies de fait; (2) son frère avait été assassiné; (3) un autre frère était disparu et avait été kidnappé—La requérante s'était également appuyée sur des menaces continues d'extorsion par des «militaires» et sur le fait que les autorités militaires avaient effectué une perquisition chez elle—Question de savoir si le tribunal a commis une erreur en omettant de conclure que les autorités militaires colombiennes cherchaient à persécuter la requérante et sa famille—Juge Heald, J.C.A.: la conclusion du tribunal selon laquelle aucun des événements, y compris les tentatives d'extorsion et la perquisition, n'étaient liés ou ne se rapportaient de quelque façon que ce soit aux convictions politiques de la requérante peut être appuyée par la preuve—La décision du tribunal montre que ce dernier a minutieusement examiné la preuve dans son ensemble et qu'il «a compris les questions» soulevées par la preuve—La requérante n'a présenté aucune preuve vraisemblable permettant à la section du statut de réfugié de conclure que la crainte d'être persécutée était fondée—Aucune erreur susceptible de révision n'a été commise—Demande rejetée—Juge Stone, J.C.A., (dissident): le tribunal a omis de tenir compte d'éléments de preuve importants et la décision devrait être annulée.

MEDINA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-93-90, juge Heald, J.C.A., (le juge Stone, J.C.A., étant dissident), jugement en date du 11-10-90, 12 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de la révision d'une décision dans laquelle il a été jugé qu'il n'y avait pas un minimum de fondement—Les remarques du tribunal au sujet du critère que le tribunal qui tient une audience sur le minimum de fondement doit appliquer laissent à désirer, mais on ne saurait

IMMIGRATION—Fin

vraiment douter que le critère approprié a été appliqué—
Demande rejetée.

KUEN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE
L'IMMIGRATION) (A-126-90, juge en chef Iacobucci, juge-
ment en date du 13-9-90, 1 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen et de
l'annulation d'une décision défavorable concernant la question
du minimum de fondement—Le tribunal a commis une erreur
en déterminant le bien-fondé de la revendication du requérant
ainsi qu'en obligeant celui-ci à établir le lien causal prévu par la
définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» et à
le convaincre de l'existence d'un tel lien—Le requérant est uni-
quement tenu d'établir la possibilité d'un lien causal—Le tribu-
nal a imposé une charge trop lourde au requérant et n'a donc
pas pesé la preuve de la manière appropriée—Demande accueil-
lie—Décision annulée et affaire renvoyée à un tribunal diffé-
remment constitué en vue d'un réexamen.

OSEI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMI-
GRATION) (A-145-90, juge Décary, J.C.A., jugement en
date du 16-10-90, 3 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen et de
l'annulation d'une décision défavorable concernant la question
du minimum de fondement—Le tribunal a appliqué les mauvais
critères et a commis une erreur en pesant et en appréciant la
preuve d'une manière qui convenait davantage à une audience
devant la section du statut de réfugié—Les art. 2 et 46.01(6)
de la Loi sur l'immigration énoncent les critères à appliquer—
Demande accueillie—Décision annulée et affaire renvoyée à un
comité constitué différemment.

KUMIH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE
L'IMMIGRATION) (A-178-90, juge Urie, J.C.A., jugement
en date du 16-10-90, 2 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen et de
l'annulation d'une décision défavorable rendue au sujet de la
question du minimum de fondement—Le tribunal a conclu que
la preuve présentée par le requérant, à savoir qu'il avait été
arrêté et battu par la police en Inde par suite de sa participation
aux activités d'une organisation sikh pouvait être crue, mais il a
rendu une décision défavorable à son égard pour le motif qu'à
son avis, rien ne prouvait que la présumée persécution était liée
au gouvernement indien—Les deux membres du tribunal ont
mal compris leur rôle—Au lieu de tenir compte de la preuve en
vue de déterminer si la section du statut de réfugié pouvait
déduire que la présumée persécution était liée au gouvernement
indien, ils ont pesé la preuve et conclu qu'à leur avis, cette
déduction ne devait pas être faite—Le tribunal a commis une
autre erreur en accordant de l'importance au fait non pertinent
que les autorités belges avaient conclu que le requérant n'était
pas un réfugié—Demande accueillie—La décision du tribunal
est annulée et l'affaire est renvoyée en vue d'une nouvelle déci-
sion.

MEHE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE
L'IMMIGRATION) (A-250-90, juge Pratte, J.C.A., juge-
ment en date du 15-10-90, 3 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Appel d'un jugement rendu par la Section de première ins-
tance ((1989), 23 F.T., 100) limitant l'étendue du choix du
contribuable en vertu de l'art. 85 de la Loi de l'impôt sur le
revenu, pour l'année d'imposition 1975, aux biens appartenant
au contribuable le 31 décembre 1971—Le contribuable avait
apparemment l'intention d'inclure dans le choix d'autres biens
acquis entre le 31 décembre 1971 et la date où le choix était
effectué, mais seuls les biens lui appartenant le
31 décembre 1971 ont de fait été inclus—La présumée inten-
tion n'a été révélée au ministre qu'au moment du dépôt de la
nouvelle déclaration devant la Section de première instance
presque neuf ans après que le choix eut été fait—L'intention
d'effectuer un choix en vertu de l'art. 85 ne suffit pas—Le
choix doit réellement être fait—Le ministre n'a pas commis
d'erreur en établissant la cotisation du contribuable en se fon-
dant sur le choix qui avait été effectué—Appel rejeté.

DECONINCK C. CANADA (A-946-88, juge Hugessen,
J.C.A., jugement en date du 12-10-90, 2 p.)

CALCUL DU REVENU

Appel du jugement de la Cour de l'impôt rejetant l'appel
interjeté à la suite de l'établissement d'une nouvelle cotisation
selon laquelle un prêt de 55 000 \$ devait être compris dans le
revenu du contribuable pour 1981—Le contribuable, qui habi-
tait la Norvège, a été embauché par une société norvégienne
(«Musnor») pour établir et exploiter l'entreprise de la société au
Canada—Avant que le contribuable ne s'installe au Canada,
Musnor s'est engagée à fournir une allocation de logement au
contribuable de façon à l'aider à se loger au Canada—La filiale
canadienne («Muscan») a été incorporée en juin 1979, les deux
tiers des actions appartenant à Musnor et l'autre tiers au contri-
buable—Le contribuable s'est installé au Canada en août
1979—Le contribuable a trouvé une maison en avril 1980—
Étant donné que la maison était grevée d'une hypothèque à un
taux d'intérêt raisonnable et qu'une pénalité était prévue en cas
de remboursement avant la date d'expiration, en juin 1982,
Musnor a convenu de laisser l'hypothèque existante expirer
avant d'avancer de l'argent au contribuable—Le contribuable a
acheté la maison en avril 1980 et a assumé l'hypothèque exis-
tante—Musnor a avancé la somme de 55 000 \$ à Muscan, qui
a avancé l'argent au contribuable à titre d'allocation de loge-
ment pour lui permettre de rembourser l'hypothèque existante
aux conditions suivantes: le prêt devait être garanti par une pre-
mière hypothèque sur la maison du contribuable; l'intérêt était
payable trimestriellement au taux de sept pour cent l'an; le prêt
était remboursable si le contribuable cessait de travailler pour
Musnor ou si la propriété était revendue ou cédée; le contribu-
ble devait souscrire à une assurance-incendie et à une assu-
rance-vie en faveur de la créancière hypothécaire—L'hypothè-
que a été enregistrée le 5 octobre 1981 et l'hypothèque
existante a été payée en juin 1982—Le contribuable a payé
l'intérêt conformément aux conditions de l'hypothèque et Mus-
can a déclaré les sommes reçues dans son revenu imposable—
Le prêt n'est pas visé par la définition de l'expression «prêt rési-
dentiel» figurant à l'art. 80.4(2)b) de la Loi de l'impôt sur le
revenu—Étant donné que le législateur a délibérément employé
des termes différents aux art. 15(2) et 15(2)a)(ii), l'expression
«une corporation donnée» ou «une corporation à laquelle elle est

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

liée» figurant à l'art. 15(2) et l'expression «prêteur» figurant à l'art. 15(2)a(ii), le cas du contribuable est visé par l'art. 15(2)a(ii): ce dernier a toujours été un employé de Musnor et à la demande de la société, il est devenu un actionnaire et probablement un cadre et un employé de Muscan; Musnor, qui est la véritable prêteuse, était la créancière hypothécaire reconnue en *equity* et Muscan était simplement la créancière hypothécaire reconnue en common law; des dispositions ont vraiment été prises en vue du remboursement du prêt lorsque ce dernier a été consenti et le remboursement doit avoir lieu dans un délai raisonnable—Conclusion subsidiaire: l'art. 15(2)a(ii) et l'art. 80.4 ne s'appliquent pas au contribuable—Appel accueilli—L'affaire est déferée au ministre avec des directives en vue d'une nouvelle détermination de l'obligation fiscale du contribuable pour 1981, la somme de 55 000 \$ devant être déduite du revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 15(2) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 8; 1980-81-82-83, chap. 48 art. 7), 80.4 (édicte par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 35, chap. 32, art. 16; 1979, chap. 5, art. 25; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 42).

SILDEN C. M.R.N. (T-696-89, juge Muldoon, jugement en date du 28-9-90, 15 p.)

Appel du jugement dans lequel la Section de première instance ([1990] 2 C.F. F-14) a exclu certains montants du revenu de 1982 et de 1983 de la contribuable—L'intimée s'occupait de la construction d'un pipeline de gaz naturel destiné à l'acheminement du gaz de l'Alaska en passant par le Canada jusqu'aux États-Unis—La partie sud du pipeline a été complétée en 1982 («phase I») en vue de l'acheminement du gaz de l'Alberta aux États-Unis—La construction de la canalisation principale a été retardée—Les dépenses n'étaient pas directement reliées aux frais de la phase I assumés à l'égard d'études, de soumissions, de la planification et de la conception du projet dans son ensemble («dépenses préliminaires»)—L'Office national de l'énergie a approuvé à titre de «frais spéciaux» l'inclusion du montant des dépenses préliminaires dans les taux du service de transport que l'intimée avait fourni aux expéditeurs utilisant le pipeline de la phase I—L'intimée s'est engagée envers le gouvernement fédéral à rembourser les frais spéciaux aux producteurs de l'Alberta lorsque la canalisation principale serait achevée—Si la canalisation principale n'était pas achevée, l'intimée n'avait pas le droit de conserver les sommes reçues à titre de frais spéciaux sans l'approbation de l'Office—Question: le juge de première instance a-t-il conclu à tort que l'intimée était légalement tenue, en 1982 et en 1983, de rembourser les sommes reçues à titre de frais spéciaux?—Les sommes deviennent un revenu imposable à condition qu'elles soient de la nature d'un revenu au moment de leur réception—Si la somme reçue est de la nature d'un revenu, elle ne constitue pas une obligation du simple fait qu'il se peut que celui à qui elle a été remise soit obligé de la rembourser éventuellement—La possibilité que les frais spéciaux donnent lieu à une dette est incertaine—Il n'est pas possible d'établir la date du remboursement, le montant dû, l'identité des personnes qui recevront un remboursement en 1982 et en 1983, ou la méthode de remboursement—Par conséquent, l'obligation de l'intimée est éventuelle ou différée et n'existe pas à l'heure actuelle—La dette n'est pas déductible dans le calcul des bénéfices réalisés par l'intimée bien que ces déductions puissent, en vue de l'établisse-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

ment des états financiers, être conformes aux principes comptables généralement reconnus—Les frais spéciaux représentent donc un revenu de l'intimée pour 1982 et 1983—Appel accueilli.

FOOTHILLS PIPE LINES (YUKON) LTD. C. CANADA (A-306-90, juges Urie et Marceau, J.C.A., jugement en date du 11-10-90, 23 p.)

Allocation du coût en capital

(1) Appel d'une nouvelle cotisation rejetant la déduction pour amortissement se rapportant à de la machinerie fabriquée et conçue en Suisse en vue d'être utilisée dans l'entreprise de fabrication du contribuable—Un bien peut faire l'objet d'une déduction pour amortissement lorsque le droit de propriété est transmis au contribuable ou lorsque ce dernier obtient tous les droits accessoires à la propriété comme la possession, l'usage et le risque: *Kirsh Construction Ltd. c. La Reine* (1988), 88 DTC 6503 (C.F. 1^{re} inst.)—Les machines n'étaient pas tout à fait prêtes et le droit de propriété, aux fins de l'impôt, n'avait pas été transmis au contribuable—Action rejetée—(2) Appel de la nouvelle cotisation imposant une pénalité pour avoir sciemment fait un faux énoncé ou une omission dans la déclaration—Le ministre a omis de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'art. 162(3) de la Loi d'établir les faits justifiant l'imposition de la pénalité—Il a tiré une conclusion de fait selon laquelle le contribuable n'avait pas sciemment fait un faux énoncé ou n'avait pas omis de déclarer un revenu; il n'existait aucune circonstance équivalant à une faute lourde de la part du contribuable—Action accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 162(1),(3), 163(1),(2),(3).

CROWN CORK & SEAL CANADA INC. C. CANADA (T-563-86, T-564-86, juge Muldoon, jugement en date du 21-9-90, 37 p.)

Déductions

Appel du jugement dans lequel la Section de première instance ((1989), 30 F.T.R. 309) a admis la déduction en vue du remboursement effectué par la contribuable pour l'année d'imposition 1978 en vue de mettre fin au régime d'options d'achat d'actions établi en faveur de certains cadres et employés—Selon un contrat passé le 11 juillet 1978 avec une société américaine d'exploitation du pétrole et du gaz («Ashland U.S.»), la contribuable a convenu d'acheter les actions de la filiale canadienne d'Ashland U.S. («Ashland Canada»), à 33,50 \$ l'action («contrat de vente»)—Ashland Canada avait un régime d'options d'achat d'actions (le «régime») au moment de la passation du contrat de vente—Les modalités de chaque option accordée par le régime figuraient dans un contrat d'options écrit entre Ashland Canada et chaque bénéficiaire d'options—Le contrat de vente donnait à chaque bénéficiaire d'options l'occasion d'annuler l'option en contrepartie du paiement de la différence entre le prix de l'exercice de l'option et la somme de 33,50 \$ CAN l'action—Après avoir payé la somme de 2 772 317 \$ aux bénéficiaires d'options conformément au contrat de vente, Ashland Canada a annulé le régime—La

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

somme de 2 772 317 \$ a été comprise dans la déclaration d'impôt de 1978 d'Ashland Canada en tant que dépense courante déductible—Question de savoir si le paiement effectué en vue de mettre fin au régime est une dépense déductible en vertu de l'art. 9(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, ou une dépense en capital au sens de l'art. 18(1)b)—Il s'agit d'une dépense en capital: c'est un paiement définitif qui a eu un effet sur la structure du capital de la contribuable—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 9(1), 18(1)b).

CANADA C. KAISER PETROLEUM LTD. (A-8-90, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 10-10-90, 10 p.)

SAISIES

Opposition par un tiers à la saisie-exécution pratiquée en l'espèce—L'opposante revendique la propriété des deux véhicules saisis—L'opposante a prouvé être la seule et unique propriétaire des deux véhicules saisis et qu'elle a droit à la main-levée de la saisie exécution concernée—Le fait que la société-saisie et la société-opposante aient presque le même nom corporatif n'autorise pas la Cour, quand il ne s'agit pas de fraude, à soulever le voile corporatif—La vente des véhicules à l'opposante a eu lieu bien avant la saisie—Que l'opposante ait tardé à faire corriger les certificats d'immatriculation des véhicules ne saurait avoir d'incidence qu'à l'égard des frais de la présente procédure—L'opposition est donc maintenue; l'opposante est déclarée l'unique propriétaire des deux véhicules et main-levée de la saisie-exécution est accordée.

M.R.N. C. PLOMBERIE CHAUFFAGE ALMA INC. (ITA-580-87, juge Pinard, ordonnance en date du 2-10-90, 5 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Interprétation de l'expression «réputée être employée», dans le cadre de l'exportation, figurant à l'art. 4(3) de la Loi sur les marques de commerce—Appel de la décision du registraire radiant les marques de commerce de l'appelante conformément à l'art. 44(3) de la Loi, par suite de non-usage—Question de savoir si l'usage satisfait aux exigences de l'art. 44(1),(3)—Appel accueilli—L'art. 4(3) doit être interprété indépendamment de l'art. 4(1)—L'expression «usage» figurant à l'art. 4(3) ne se rapporte pas expressément aux conditions établies à l'art. 4(1) en ce qui concerne l'usage—En vertu de l'art. 4(3), pour que l'usage soit réputé être tel au Canada, les marchandises ou les colis sur lesquels la marque de commerce est apposée au Canada doivent être exportés du Canada dans un autre pays au moyen d'une opération commerciale—L'expression «exportées» figurant à l'art. 4(3) signifie «envoyées du Canada dans un autre pays par voie commerciale» ou «transportées du Canada dans un autre pays dans le cadre du commerce»—Interprétation compatible avec *National Sea Products Ltd. c. Scott & Ayles* (1988), 19 C.P.R. (3d) 481 (C.F. 1^{re} inst.)—D'après la preuve, l'appelante satisfait à la norme de preuve établie à l'art. 4(3) lorsqu'il s'agit d'être reconnue à titre d'usager réputé—Les exigences de l'art. 44(1),(3) sont satis-

MARQUES DE COMMERCE—Suite

faites—Loi sur les marques de commerce, S.C.R. 1970, chap. T-10, art. 4(1),(3), 44(1),(3)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 4(1),(3), 45(1),(3).

CIES MOLSON LTÉE C. MOOSEHEAD BREWERIES LTD. (T-428-84, juge MacKay, ordonnance en date du 5-7-90, 22 p.)

CONTREFAÇON

Demande d'injonction interlocutoire empêchant la défenderesse (intimée) de continuer à employer, à diffuser et à distribuer une brochure publicitaire où figurent les marques de commerce de la demanderesse, laquelle contient des renseignements au sujet des services de cette dernière et une comparaison des taux offerts par la défenderesse et par la demanderesse—Les deux parties fournissent des services de messageries et de livraison—L'intimée soutient (1) que l'art. 7a) de la Loi n'a pas été violé étant donné que les déclarations figurant dans la brochure ne sont ni fausses ni trompeuses; (2) que l'art. 7 est inconstitutionnel étant donné qu'il énonce un délit, soit la diffamation, et (3) que l'art. 22 de la Loi n'a pas été violé—Demande accueillie—Une question importante de droit ne doit pas être tranchée au moyen d'une injonction interlocutoire: *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.)—L'art. 7a) est présumé constitutionnellement valide—Il existe une question importante à trancher—La balance des inconvénients penche du côté de la requérante: *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.)—Il est impossible de calculer le montant des dommages-intérêts subis par la requérante—Le montant des dommages-intérêts de l'intimée pourrait être déterminé—Le statu quo qui existait avant la tentative de diffusion de la brochure est maintenu—L'intimée n'est pas privée du droit de faire concurrence à la requérante—Elle se voit uniquement dénier le droit de faire de la publicité comparative—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 7a), 22.

PUROLATOR COURIER LTD. C. MAYNE NICKLESS TRANSPORT INC. (T-1412-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 25-9-90, 7 p.)

ENREGISTREMENT

Appel de la décision qu'avait prise le registraire de rejeter l'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce «Seagram Real Estate Ltd.»—Il s'agit essentiellement de savoir s'il y a confusion entre la marque de commerce «Seagram Real Estate Ltd.» et le dessin du «S» employé en liaison avec l'entreprise de courtage immobilier et de prêt hypothécaire de l'intimée d'une part, et les diverses marques de commerce et noms commerciaux employés en liaison avec l'entreprise de fabrication et de vente de boissons alcooliques de l'appelante d'autre part, où figurent le terme Seagram ou Seagram's, ou encore le dessin de marque déposé «S»—La question de la confusion doit être tranchée compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, y compris les circonstances énoncées à l'art. 6(5) de la Loi—Aucune probabilité raisonnable de confusion—Différence dans la prééminence du «S» figurant sur les dessins de marque

MARQUES DE COMMERCE—Suite

et dans la manière dont chaque dessin incorpore le terme Seagram—Le fait que les appelantes emploient la forme possessive du terme Seagram et du nom commercial en se fondant sur le nom d'un particulier pousserait la personne moyenne qui est mise en présence de leurs produits à supposer que Seagram est un nom de famille—Le terme Seagram n'est pas en soi distinctif et le seul caractère distinctif que les appelantes peuvent avec raison d'alléguer est fondé sur la fabrication et la vente de boissons alcooliques—Les marques des appelantes ne peuvent pas être protégées simplement parce qu'elles sont devenues fameuses—Les biens et services offerts en vente par les parties sont tout à fait différents—«Le Canadien ordinaire moyennement intelligent» ne choisira probablement pas un courtier immobilier en se fondant sur la marque de commerce de celui-ci—La prise en considération des événements futurs et des possibilités de diversification ne doit pas inclure une conjecture au sujet d'une diversification dans le cadre de laquelle des marchandises, des services ou des entreprises tout à fait différents seraient offerts—Le seul élément de la marque de commerce et du nom commercial de l'intimée qui est probablement susceptible de faire conclure que les services offerts par l'intimée découlent de la même source que les produits offerts par les appelantes est le terme Seagram—Toutefois, l'emploi du terme n'est pas identique, étant donné que les appelantes utilisent toujours la forme possessive sur leurs produits—Les affidavits de certaines personnes établissant un lien entre la marque de commerce de l'intimée et les sociétés des appelantes ont une faible valeur probante compte tenu du contre-interrogatoire—La preuve d'un sondage d'opinion publique qui n'a duré qu'un jour et qui a été mené dans quatre centres commerciaux d'une région du Canada 12 ans après les dates pertinentes, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est probable qu'il y ait confusion, est admissible, mais sa valeur probante est faible—Le sondage a été mentionné dans l'affidavit d'un professeur et conseiller auprès de sociétés d'études de marché et de fabricants qui avait aidé à concevoir et à superviser le sondage ainsi que dans l'affidavit du président de la société qui avait effectué le sondage—Aucun affidavit de personnes présentes pendant le sondage ou ayant participé au sondage et aucune preuve directe de la manière dont les questionnaires ont été remplis ou au sujet de l'exactitude des réponses—Les questions ont été posées et les réponses données dans un milieu artificiel ne correspondant pas à la réalité—Les résultats du sondage ne sont pas représentatifs de la réaction du Canadien ordinaire moyennement intelligent—Il n'existe aucune probabilité raisonnable que le fait que le nom de famille Seagram est incorporé dans la marque de commerce et dans le dessin de l'intimée est susceptible de faire conclure que les services de courtage immobilier auxquels est liée la marque sont offerts ou fournis par la même personne que celle qui fabrique et vend des boissons alcooliques sous les marques de commerce et les noms commerciaux des appelantes—La marque de commerce de l'intimée est donc enregistable et distinctive et ne crée pas expressément de la confusion avec la marque de commerce des appelantes—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 2, 6, 12(1)*d*), 56.

JOSEPH E. SEAGRAM & SONS LTD. C. CANADA (REGISTRAR DES MARQUES DE COMMERCE) (T-183-85, juge MacKay, jugement en date du 4-10-90, 25 p.)

MARQUES DE COMMERCE—Fin

Appel de la décision du registraire des marques de commerce rejetant la demande d'enregistrement pour la marque «Sécurité et dessin»—L'appelante fait valoir que le registraire a erré en concluant que cette marque n'est pas enregistable parce qu'elle pourrait créer de la confusion avec les marques de l'intimée «Security» et «Security Muffler»—Les marques des deux parties visent des marchandises et des services qui se rapportent à l'automobile—L'appelante n'a pas réussi à démontrer que le registraire aurait commis une erreur en statuant comme il l'a fait—Appel rejeté.

GARANTIE UNIVERSELLE (QUÉBEC) LTÉE C. PRONTO AUTO REPAIR DEALERSHIP INC. (T-1111-90, juge Dubé, jugement en date du 1-10-90, 5 p.)

PRATIQUE

Appel d'une ordonnance autorisant le requérant, en vertu de la Règle 704(7), à procéder à des contre-interrogatoires à l'égard des affidavits déposés par l'intimée dans une procédure de radiation—Aucune limite n'a été imposée au sujet de l'étendue des contre-interrogatoires et aucun motif n'a été exprimé à l'appui de l'ordonnance—Plusieurs déposants avaient déjà été contre-interrogés au sujet d'affidavits déposés dans les procédures d'opposition antérieures—La Règle 704 prévoit une procédure sommaire—La partie qui demande l'autorisation de procéder à un contre-interrogatoire doit prouver l'existence de circonstances particulières, à savoir que l'affidavit est ambigu, qu'il contient une opinion qui doit être éclaircie ou à l'égard de laquelle aucun fondement n'est invoqué—Le contre-interrogatoire n'est pas autorisé lorsque la partie qui procède à l'interrogatoire est en mesure d'obtenir les renseignements—Appel accueilli en partie—Le contre-interrogatoire complet à l'égard de tous les affidavits va à l'encontre de la nature sommaire prévue par la Règle 704—La plupart des renseignements font partie des archives publiques—Le contre-interrogatoire est autorisé conformément aux circonstances particulières existant relativement à certaines parties des affidavits—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 336(5), 704 (mod. par DORS/79-57, art. 16)—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 57 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64).

BUREAU LAITIER DU CANADA C. SWIFT-ECKRICH, INC. (T-2438-88 juge Rouleau, ordonnance en date du 9-10-90, 4 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Production de documents*

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à la demanderesse de répondre aux questions auxquelles elle s'était opposée au moment de l'interrogatoire préalable pour le motif que celles-ci se rapportaient à des documents protégés

PRATIQUE—Suite

rédigés en prévision d'un litige ou portant sur des communications entre un avocat et son client—Aucun affidavit à l'appui de l'allégation concernant le privilège—Divulgateur ordonné.

BANDE INDIENNE DES SARCIS C. CANADA (T-1627-82, juge Strayer, ordonnance en date du 19-10-90, 2 p.)

Requête en vue de la production d'un document mentionné dans un document produit en vue de l'interrogatoire préalable et à l'égard duquel un privilège est invoqué—Le document était un rapport sur des essais destinés à déterminer s'il y avait contrefaçon et devait servir à l'obtention d'une opinion juridique («premier document»)—Le premier document fait l'objet d'un privilège—Un résumé du premier document a été préparé par un avocat («deuxième document»)—Un résumé similaire au deuxième document («le troisième document») a été joint à la lettre envoyée par un cadre supérieur d'une partie à un collègue représentant l'autre partie («la lettre»)—Certains mots figurant dans le deuxième document ne figurent pas dans le troisième document; des pièces qui avaient été reproduites mécaniquement à partir du premier document sont jointes au troisième document, mais non au deuxième—Les pièces jointes au troisième document ne révèlent pas nécessairement l'existence du premier document—L'opération qu'on a tenté de décrire en produisant le troisième document était qu'au moment où la lettre a été envoyée, des négociations étaient en cours en vue d'un règlement—Il n'était pas nécessaire de produire le troisième document pour atteindre le but recherché au moyen de la production de la lettre—Le troisième document est un document complet, le deuxième document ne constituant qu'une ébauche—Le privilège dont bénéficient les premier et deuxième documents n'a pas été abandonné par suite de la production du troisième—Requête rejetée—La production des premier et deuxième documents n'est pas ordonnée.

UNILEVER PLC C. PROCTER & GAMBLE INC. (T-2534-85, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 25-9-90, 4 p.)

COMPARUTION

Le requérant, qui est détenu dans un pénitencier, demande un *mandamus* à l'égard de la procédure s'appliquant aux appels téléphoniques—Un jugement fondé sur le dossier écrit conformément à la Règle 324 ne peut pas être rendu à moins que le requérant ne consente à la chose—Aucune preuve de consentement—Lorsque le requérant est incarcéré, et qu'aucune circonstance spéciale ne nécessite une comparution personnelle, celui-ci doit consentir à être représenté par un avocat ou à ce que la demande soit examinée en vertu de la Règle 324—La demande doit être tranchée dans le cadre d'une audience orale à laquelle le requérant est représenté par un avocat—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

OLSON C. CANADA (T-2603-89, juge Strayer, ordonnance en date du 12-10-90, 3 p.)

PRATIQUE—Suite

FRAIS ET DÉPENS

Présentation d'un mémoire de frais au montant de 1 718,50 \$ pour la taxation entre parties suite au jugement rendu dans la présente affaire—L'action avait été désignée comme cas type et le jugement rendu s'appliquait à quatre autres causes—Quelle serait la méthode équitable pour répartir les frais des cinq actions?—Vu l'importance et la complexité de la cause (détermination et répartition des payes de vacances dans l'industrie de la construction), les montants maximums prévus aux articles du tarif B sont alloués—Les frais taxés et alloués s'appliquent à tous les dossiers connexes; seuls les déboursés peuvent varier—Le mémoire de frais de la partie intimée est taxé et alloué au montant de 488.50 \$.

PORTELANCE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1765-89, officier taxateur Daoust, taxation en date du 27-9-90, 5 p.)

Taxation—Mémoire de frais concernant les frais prévus par l'art. 1(1)a), e) et j) du tarif B se rapportant au dossier d'un procès connexe—L'affaire n'a été ni tranchée ni réglée—L'ordonnance interlocutoire qui a fait l'objet d'un appel ne porte pas sur les questions de fond de l'action; elle adjuge les dépens de l'affaire—Les frais prévus par l'art. 1(1)a) et j) du tarif B, exigibles une seule fois pendant la durée de l'action, n'ont pas encore été adjugés—Les frais prévus par l'art. 1(1)e) du tarif B qui se rapportent à l'ordonnance interlocutoire ne sont pas encore exigibles—L'officier taxateur n'a pas compétence pour adjuger les dépens, et ne peut donc pas taxer les dépens se rapportant au dossier du procès.

M.R.N. C. SAJIM (A-246-89, officier taxateur Stinson, taxation en date du 9-10-90, 2 p.)

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de justification fondée sur le fait que l'intimé a omis de se conformer à l'ordonnance lui enjoignant de remettre un passeport saisi par les agents d'immigration et remis aux autorités de l'Allemagne de l'Ouest en vue de son annulation—Les motifs de l'ordonnance montrent que le juge savait que le passeport faisait déjà l'objet de procédures de confiscation par les autorités de l'Allemagne de l'Ouest—Le juge avait mentionné la possibilité que seul le passeport annulé puisse être obtenu—Lorsque le passeport a finalement été remis, il n'était plus valide—Demande rejetée—Étant donné que le passeport avait été remis, le requérant n'a pas présenté de preuve *prima facie* à l'appui de la délivrance d'une ordonnance de justification—La remise du passeport était suffisante aux fins de l'observation de l'ordonnance et des motifs y afférents.

GASSMANN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1559-90, juge Joyal, ordonnance en date du 5-10-90, 3 p.)

PRATIQUE—Suite

PARTIES

Qualité pour agir

Appel de l'ordonnance ([1990] 2 C.F. F-70 (1^{re} inst.)) par laquelle l'appelante a été constituée intimée à certaines conditions dans une procédure fondée sur l'art. 18—Redressement demandé en vertu de la procédure fondée sur l'art. 18: *certiorari* et *mandamus* contre divers ministres au sujet des décisions qui avaient été prises à l'égard de la construction et de l'exploitation d'une usine de pâte à papier et d'installations connexes sur la rivière de la Paix, en Alberta—Appel accueilli pour les motifs exprimés dans *Alberta c. Edmonton Friends of the North Environmental Society* (A-224-90, Stone, J.C.A., jugement en date du 28-9-90, C.A.F., encore inédit)—Motifs additionnels permettant d'accueillir l'appel: l'usine, qui a coûté 600 millions de dollars, est déjà exploitée; la construction et l'exploitation de l'usine est autorisée par les autorités fédérales et provinciales; étant donné que l'issue de l'affaire fondée sur l'art. 18 influe directement sur les droits de l'appelante, cette dernière devrait bénéficier pleinement du statut d'intimée sans être assujettie aux conditions imposées par l'ordonnance.

DAISHOWA CANADA CO. C. EDMONTON FRIENDS OF THE NORTH ENVIRONMENTAL SOCIETY (A-211-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 28-9-90, 3 p.)

DAISHOWA CANADA CO. C. BANDE INDIENNE DE LITTLE RED RIVER (A-212-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 28-9-90, 3 p.)

Appel de l'ordonnance ([1990] 2 C.F. F-70 (1^{re} inst.)) par laquelle l'appelante a été constituée intimée à certaines conditions dans une procédure fondée sur l'art. 18—Redressement demandé en vertu de la procédure fondée sur l'art. 18: *certiorari* et *mandamus* contre divers ministres au sujet des décisions qui avaient été prises à l'égard de la construction et de l'exploitation d'une usine de pâte à papier et d'installations connexes sur la rivière de la Paix, en Alberta—Appel accueilli pour les motifs exprimés dans *Alberta c. Edmonton Friends of the North Environmental Society* (A-224-90, Stone, J.C.A., jugement en date du 28-9-90, C.A.F., encore inédit)—Motifs additionnels permettant d'accueillir l'appel: l'exploitation de l'usine est autorisée par le ministre des Transports; l'appelante a délivré au propriétaire de l'usine des permis et des licences autorisant la construction de l'usine ainsi que des installations de prise d'eau et d'évacuation; l'appelante est propriétaire de l'embranchement et du pont de chemin de fer construits en vue d'être utilisés en liaison avec l'usine; la construction du pont a été autorisée par le ministre des Transports; étant donné que l'issue de l'affaire fondée sur l'art. 18 influe directement sur les droits de l'appelante, cette dernière devrait bénéficier pleinement du statut d'intimée sans être assujettie aux conditions imposées par l'ordonnance.

ALBERTA C. BANDE INDIENNE DE LITTLE RED RIVER (A-225-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 28-9-90, 3 p.)

PRATIQUE—Suite

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Les passages figurant dans la nouvelle déclaration dont la radiation est demandée se rapportent aux questions en litige et ne constituent pas un abus de la procédure judiciaire—Les parties contestées de la plaidoirie étaient apparemment acceptables pour la défenderesse au moment de la présentation d'une requête antérieure concernant d'autres modifications contestées—Un long interrogatoire préalable a eu lieu et la preuve a été recueillie au moyen d'une commission—La défenderesse a plaidé deux fois en réponse à la plaidoirie contenant les allégations contestées—Requête rejetée.

BANDE INDIENNE DES SARCIS C. CANADA (T-1627-82, juge Strayer, ordonnance en date du 19-10-90, 2 p.)

REJET DE LA PROCÉDURE

Défaut de poursuivre

Appel dans une affaire d'impôt sur le revenu—Le demandeur agit pour son propre compte—Il a déposé, mais n'a pas signifié, une requête montrant qu'il voulait que sa cause soit entendue—Le demandeur n'a pas répondu à la lettre que lui avait envoyée le défendeur pour tenter d'organiser un interrogatoire préalable—Il allègue ne pas avoir reçu la lettre—La requête est rejetée sans préjudice du droit de demander de nouveau le rejet si le demandeur ne communique pas avec le défendeur pour organiser l'interrogatoire préalable dans un délai d'un mois—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

FERGUSON C. CANADA (T-501-86, notaire en chef adjoint Giles, ordonnance en date du 12-10-90, 3 p.)

SIGNIFICATION

Ex juris—À la suite de l'octroi de l'autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle, les défendeurs américains ont demandé une ordonnance annulant l'ordonnance *ex parte* autorisant la signification de l'avis de déclaration à l'extérieur du ressort de la Cour—La Règle 307 de la Cour fédérale autorise la signification *ex juris*, mais exige un affidavit ou un autre élément de preuve montrant qu'à la connaissance du déposant, la demanderesse a une bonne cause d'action—L'affidavit doit contenir une preuve établissant les faits justifiant l'octroi du redressement demandé; le motif pour lequel le déposant croit qu'il y a une bonne cause d'action doit être énoncé; les allégations figurant dans la déclaration ne sont ni des éléments de preuve ni des faits, mais sont de simples allégations de fait: *American Cyanamid Co. et autres v. Ethicon Inc. et autres* (1975), 22 C.P.R. (2d) 75 (C.F. 1^{re} inst.)—Action en contrefaçon des brevets accordés aux demanderesse pour des aspirateurs—La déclaration contient de simples allégations d'inconduite figurant dans la déclaration et dit qu'à la connaissance du déposant, les faits énoncés montrent que la demanderesse a une bonne cause contre les défendeurs—Le

PRATIQUE—Fin

déposant n'a pas énoncé des faits, mais les allégations que les demandereses avaient faites—L'affidavit ne suffit pas pour montrer l'existence d'une cause défendable contre les défendeurs américains—Ordonnance autorisant la signification *ex juris* annulée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 307, 337(2)b).

IONA APPLIANCES INC. C. AMWAY OF CANADA LTD. (T-1126-89, juge Martin, ordonnance en date du 7-9-90, 5 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Demande visant à obtenir les copies originales de documents notamment le test «in Basket» et la grille de correction s'y rapportant—Test servant à évaluer les aptitudes de gestion de candidats à certains postes dans la fonction publique fédérale—Le caractère confidentiel de ce test a toujours été maintenu étant donné son utilisation comme instrument de sélection à travers le pays—Il est prévu que l'utilisation du test ne cessera d'augmenter—Il n'existe qu'une seule et unique version du test pour la gestion intermédiaire—Requête rejetée—L'art. 22 de la Loi sur l'accès à l'information s'applique et autorise les institutions fédérales à protéger le caractère confidentiel des renseignements relatifs à des examens tels que le test «in Basket» ainsi que la grille de correction—L'argument selon lequel le test et la grille de correction constituent le «support» des renseignements personnels dont la divulgation est requise est rejetée—Pour être l'objet de la Loi sur les renseignements personnels, les renseignements «supportant» les renseignements personnels doivent être eux-mêmes vêtus d'un caractère personnel—Le test et la grille de correction n'ont aucun caractère personnel—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 3—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 22.

BOMBARDIER C. CANADA (COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (T-2215-89, juge Addy, ordonnance en date du 29-6-90, 6 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen de la décision rendue par l'arbitre en vertu du Code canadien du travail au sujet d'un congédiement injuste—Demande accueillie en ce qui concerne une question: l'arbitre a commis une erreur en adjuvant les dépens sur la base procureur-client sans tenir compte des principes établis dans *Banca Nazionale del Lavoro du Can. Ltée c. Lee-Shanok* (1988), 22 C.C.E.L. 59 (C.A.F.)—Question renvoyée à l'arbitre en vue d'un réexamen de la question des dépens, compte tenu de l'arrêt *Banca*.

ALBERTA WHEAT POOL C. KONEVSKY (A-96-89, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 11-9-90, 2 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'annulation de l'ordonnance dans laquelle le CCRT désignait l'intimée à titre d'agent négociateur d'un groupe d'employés de la requérante—Question de savoir si le Conseil a agi dans les limites de sa compétence et conformément aux règles de la justice naturelle en acceptant une modification apportée à la requête en accréditation de l'intimée—L'intimée a remplacé le nom de l'employeur figurant dans la requête par celui de la requérante après que le greffier eut envoyé une copie de la requête ainsi que des instructions sur la marche à suivre à l'employeur désigné dans la requête initiale, à l'adresse de la requérante—Peu de temps après avoir reçu la demande de modification de l'intimée, le greffier a envoyé à la requérante une copie de la requête et de la modification ainsi que des instructions concernant la marche à suivre—La requérante n'a pas tenu compte de la procédure écrite: (1) elle a omis d'exposer de façon détaillée les raisons pour lesquelles la modification était fondamentale, de façon à permettre au Conseil d'être parfaitement informé et de déterminer s'il existait des circonstances spéciales justifiant de s'écarter de la procédure habituelle; (2) elle a insisté pour obtenir une audience en vue de la détermination de la question de savoir si une nouvelle requête devait être déposée—Le Conseil a examiné la demande conformément à la procédure annoncée; il avait le droit d'agir comme il l'a fait—Demande rejetée.

WOODWARD'S LTD. C. ASSOC. INTERNATIONALE DES MACHINISTES ET DES TRAVAILLEURS DE L'AÉROSPATIALE (A-138-90, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 29-10-90, 7 p.)

FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

ACCÈS À L'INFORMATION

Sécurité nationale—Affidavits—Contre-interrogatoire—Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance obligeant le directeur général du Service canadien du renseignement de sécurité à se présenter devant la Section de première instance de la Cour fédérale pour être contre-interrogé au sujet de l'affidavit déposé par suite de procédures intentées par l'appelant en vertu de l'art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Le déposant allègue que la divulgation des renseignements demandés risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales et aux efforts de détection d'activités subversives par le Canada ou au déroulement d'enquêtes licites en vertu de la Loi sur l'accès à l'information—La plupart des questions ont fait l'objet d'une opposition pendant le contre-interrogatoire du déposant devant l'enquêteur officiel—Dans les requêtes de ce genre, le déposant est habituellement obligé de se présenter de nouveau devant l'enquêteur officiel pour répondre à des questions précises—Toutefois, la situation actuelle n'est pas inhabituelle—La justice exige que le déposant soit interrogé devant le juge, qui serait mieux placé pour peser la situation et établir l'équilibre entre les droits privés du particulier et l'intérêt public dans les affaires de sécurité—Requête accueillie—Le juge a le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience à huis clos, au besoin.

GOLD C. M.R.N. (T-836-85, juge Dubé, ordonnance en date du 23-10-90, 4 p.)

ANIMAUX

Appel interjeté devant l'évaluateur en vertu de l'art. 14 de la Loi sur les maladies et la protection des animaux—Question de savoir si le montant de l'indemnité est raisonnable—Les examens ayant montré que le troupeau de bisons de l'appelant était atteint de brucellose, le ministre a ordonné la destruction du troupeau conformément à l'art. 11(1)a) de la Loi—Le nombre de bisons, leur classification et le montant de l'indemnité ont été établis d'après l'évaluation effectuée pour le ministre à la suite d'une inspection visuelle—Selon les permis délivrés en vertu de la Loi et préparés sur les lieux, le nombre et la classification des bisons qui ont été enlevés pour être abattus sont différents de ce qui avait été établi au moment de l'évaluation—L'indemnité est fondée sur la classification au moment de l'évaluation—La méthode à employer pour compter et classer les animaux n'est pas établie dans la Loi ou dans le Règlement—La pratique du ministre selon laquelle une équipe d'évaluation est envoyée pour observer les animaux et établir leur valeur

ANIMAUX—Fin

marchande à la suite d'une consultation et de négociations avec le propriétaire est un système raisonnable en vue du calcul de l'indemnité qu'il convient de verser—Des erreurs de classification ont été commises au moment où les permis ont été délivrés et les animaux chargés pour l'abattage—La classification a été modifiée par la Cour—L'indemnité est versée conformément à la classification faite par la Cour—Loi sur les maladies et la protection des animaux, L.R.C. (1985), chap. A-11, art. 11(1)a), 14.

RESTORICK C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (P-1-89, juge Rouleau, jugement en date du 16-11-90, 7 p.)

ANTIDUMPING

Demande *ex parte* en vue de l'obtention d'une ordonnance de rétention de certains dossiers conformément à l'art. 17(3) de la Loi sur la concurrence pour le motif (1) que l'état matériel des dossiers ne se prête pas aux procédés de reproduction photographique ou mécanique; (2) que les dossiers codés au moyen de couleurs ne seraient pas facilement identifiables; (3) que les originaux sont nécessaires en cas d'examen cryptographique et typographique—L'ordonnance *ex parte* relève du pouvoir discrétionnaire judiciaire—La Cour peut refuser d'examiner la demande sans avis si elle n'est pas convaincue qu'il y a lieu de rendre l'ordonnance—Selon la jurisprudence, il n'existe aucun droit exprès à un avis, bien qu'un avis puisse être signifié s'il convient de le faire—Demande accueillie—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), chap. C-34, (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19, art. 19), art. 17(3) (mod., idem, art. 24).

DAVIS WIRE INDUSTRIES LTD. (RE) (T-93-90, T-163-90, T-230-90, juge Joyal, ordonnance en date du 2-11-90, 3 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision rendue par le juge-arbitre au sujet de l'imposition d'une pénalité—Il a été conclu que le requérant n'était pas admissible à recevoir les prestations étant donné qu'il avait omis de prouver sa disponibilité pour un emploi approprié au sens de

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

la définition de la Loi sur l'assurance-chômage et des règlements d'application parce qu'il n'avait pas fait des efforts adéquats pour chercher un emploi et non parce qu'il étudiait à temps partiel à l'université—Demande rejetée.

CUTTS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-239-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 1-11-90, 1 p.)

BREVETS**CONTREFAÇON**

Compte rendu comptable des bénéfices dans une action en contrefaçon de brevet—*Teledyne Industries, Inc. et autres c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1^{re} inst.) appliquée—La demanderesse a droit aux recettes provenant des articles de contrefaçon de la défenderesse moins les frais variables et les frais fixes liés aux sommes reçues—Aucune partie ni aucune fraction des frais qui auraient été assumés si la contrefaçon n'avait pas eu lieu n'est déductible—Il incombe à la défenderesse d'établir les bénéfices réalisés par suite de l'utilisation de la propriété de la demanderesse—L'omission de rendre compte du plein montant des recettes rend la défenderesse coupable d'outrage au tribunal—La méthode comptable «directe» ou «marginale» doit s'appliquer au compte rendu des profits—Il est contraire aux principes d'*equity* de permettre la déduction de la fraction des frais fixes qui peut être attribuée à la contrefaçon—S'il est impossible d'établir les bénéfices supplémentaires réalisés sur les bénéfices initiaux retenus, la défenderesse est réputée avoir bénéficié de la retenue, et l'intérêt au taux courant est calculé sur le montant retenu—Intérêt payable à compter de la date où les bénéfices sont réalisés—Les frais généraux en l'espèce ne sont pas calculés conformément à la méthode comptable directe ou marginale—Les demanderesse allèguent que les défenderesses ont déduit les frais non directement imputables à la fabrication des produits—Seul le coût de l'énergie nécessaire pour faire marcher les machines utilisées dans la fabrication du produit de contrefaçon est déductible et seulement quand celles-ci servent à cette fin—Les frais imputables à l'agrandissement de l'usine, à la surface occupée par la machinerie servant à fabriquer les articles de contrefaçon et aux frais de main-d'œuvre non directement imputables au fonctionnement des machines en cause ne sont pas déductibles—Une partie ne doit pas bénéficier de l'usurpation de la propriété privée d'une autre personne—Un sommaire analytique du préjudice financier doit être préparé par un comptable en y incluant les recommandations figurant dans le rapport.

HANCOR, INC. C. SYSTÈMES DE DRAINAGE MODERNES INC. (T-2126-85, arbitre Daoust, rapport en date du 30-10-90, 6 p.)

L'action en contrefaçon de brevet et violation de marque de commerce a été entendue en même temps que l'action dans laquelle la validité du brevet était contestée—Les demanderesse dans l'action en contrefaçon («Stiga» et «Noma») sont titulaires de licences pour le brevet se rapportant à une luge à trois skis («SnoRacer») avec un dispositif d'arrêt et vendent les luges au Canada conformément aux revendications du brevet depuis 1982—La défenderesse dans l'action en contrefaçon («S.L.M.»)

BREVETS—Suite

a commencé à vendre ses luges «Snofox» au Canada en 1987—S.L.M. a tenté d'obtenir de Stiga une licence l'autorisant à fabriquer les luges de cette dernière au Canada—Lorsque Stiga a informé S.L.M. qu'elle détenait déjà une licence avec Noma, S.L.M. a délibérément entrepris de concevoir une luge qu'elle pourrait fabriquer et dont l'apparence serait suffisamment différente de celle de Noma pour ne pas créer de la confusion et risquer de violer la marque de commerce ou le brevet—Les deux sortes de luges en concurrence sont distribuées et annoncées sur une grande échelle—a) Contrefaçon de la marque de commerce—Action fondée sur les allégations de confusion et de concurrence déloyale—Les questions de fait se rapportant à la confusion et à la concurrence déloyale doivent être tranchées compte tenu de l'apparence générale des luges elles-mêmes considérées dans leur ensemble—Aucune des deux sortes de luges n'est suffisamment différente des autres luges à trois skis dont le ski médian est orientable, ni suffisamment différente l'une de l'autre pour que les différences puissent être remarquées à première vue—En l'absence d'éléments distinctifs facilement visibles, Noma ne peut pas, en ce qui concerne la marque de commerce, revendiquer le monopole à l'égard de ses luges—Par conséquent, l'action en violation de la marque de commerce de Noma est rejetée—b) Validité du brevet—La question de savoir si l'invention est à bon droit brevetable dépend entièrement des faits—Le brevet n'est pas invalide pour manque d'inventivité, d'utilité ou à cause de l'évidence ou comme revendiquant plus que l'invention—S.L.M. a omis de s'acquitter de la charge d'établir l'invalidité du brevet—Par conséquent, le brevet est reconnu et l'action que S.L.M. a intentée pour contester la validité du brevet est rejetée—c) Contrefaçon du brevet—Selon une interprétation raisonnable du brevet, la luge «Snofox» de S.L.M. contrefait le brevet étant donné que cette dernière emploie un ressort permettant au dispositif d'arrêt de fonctionner—Noma ne possède aucun droit exclusif sur le monopole de la conception des luges à trois skis orientables—La seule protection à laquelle Noma a droit est celle qui est fournie par le brevet—Par conséquent, Noma a droit: (1) à une injonction restreinte interdisant à S.L.M. de violer ses droits en continuant à fabriquer, à commercialiser et à vendre au Canada des luges incorporant le dispositif d'arrêt en litige; (2) des dommages-intérêts, ou un compte rendu comptable des bénéfices, résultant de la vente de ces luges—S.L.M. peut continuer à commercialiser ses luges si le dispositif d'arrêt en litige est enlevé ou encore elle peut remettre les luges en vue de leur destruction—Noma a droit aux deux tiers des dépens concernant l'action en contrefaçon dans laquelle tous les débours et tous les frais liés aux deux actions doivent être inclus—Aucun honoraire d'avocat distinct en ce qui concerne le moyen de défense invoqué avec succès par Noma dans l'action intentée par S.L.M., mais Noma a droit à tous les débours et à tous les frais y afférents jusqu'à la date où les actions ont été réunies.

STIGA AKTIEBOLAG C. S.L.M. CANADA INC. (T-2698-87, T-2109-87, juge suppléant Walsh, jugement en date du 15-11-90, 57 p.)

PRATIQUE

Requête présentée par la défenderesse en vue de l'annulation ou de la modification du rapport dans lequel l'arbitre fixait le

BREVETS—Suite

montant qu'elle devait payer aux demanderesse à titre de bénéfices réalisés par suite de la vente de «machines à ramer convertibles» qui contraisaient le brevet de la demanderesse—Requête présentée par les demanderesse en vue de l'homologation du rapport et de l'inscription du jugement—Questions: (1) méthode comptable à employer; (2) charge de la preuve qui incombe à la défenderesse lorsqu'il s'agit de prouver les frais pertinents; (3) application appropriée de la méthode comptable—(1) Il est bien établi que la méthode différentielle est celle qu'il convient d'employer pour rendre compte des bénéfices réalisés par la défenderesse dans une affaire de contrefaçon de brevet (*Teledyne Industries, Inc. et al. c. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (C.F. 1^{re} inst.))—(2) Les demanderesse ne sont tenues de prouver que les ventes faites par la défenderesse; il incombe alors à cette dernière de prouver les frais à déduire du chiffre des ventes pour en arriver aux bénéfices—Tout doute au sujet du calcul des frais ou des bénéfices doit être réglé en faveur de la demanderesse—La défenderesse est tenue d'expliquer d'une manière générale comment les frais généraux allégués ont en fait été assumés dans la fabrication du produit en litige—La charge qui incombe à la défenderesse n'est pas déraisonnable, injuste ou inexacte à un point tel qu'elle rend inapplicable la méthode différentielle—(3) La formule de calcul des bénéfices, selon la méthode différentielle n'est pas contestée: total des ventes nettes moins (coûts directs plus augmentation des frais communs)—Les parties ont convenu du chiffre des ventes nettes de la défenderesse—Le montant des coûts directs et des frais communs est en litige—Le montant accordé par l'arbitre n'est pas modifié—Le montant des bénéfices que la défenderesse doit payer aux demanderesse est confirmé—L'arbitre a eu raison d'accorder aux demanderesse, sur la base procureur-client, les frais liés aux deux jours consacrés à la préparation de l'interrogatoire préalable, aux deux jours consacrés à l'interrogatoire préalable et au jour où le renvoi a eu lieu—La nature de l'appel est telle que le montant qui dépasse celui qui est prévu par le tarif doit être accordé en ce qui concerne le temps de préparation.

TYE-SIL CORP. C. DIVERSIFIED PRODUCTS CORP.
(T-1565-85, juge Reed, ordonnance en date du 19-10-90, 32 p.)

Appel de l'ordonnance du 22 août 1990 dans laquelle le protonotaire-chef adjoint (1) a désigné certaines pages de la transcription des débats comme étant assujetties à l'ordonnance de protection antérieure; (2) a rejeté la requête en modification de l'ordonnance de protection, et requête en modification de l'ordonnance compte tenu de faits nouveaux survenus depuis le dépôt de celle-ci—Une ordonnance de protection, dans la forme convenue par les parties, a été rendue avant le procès—L'ordonnance frappée d'appel a été rendue à la suite du procès, mais avant que le jugement soit prononcé—Le jugement a conclu que le brevet des demanderesse était valide et qu'il avait été contrefait—Il n'existe aucun motif impérieux permettant de modifier l'ordonnance de protection ni aucun argument convaincant permettant de croire que le protonotaire-chef adjoint a commis une erreur de droit—Requêtes rejetées.

LUBRIZOL CORP. C. IMPERIAL OIL LTD. (T-577-87, juge Cullen, ordonnance en date du 7-11-90, 5 p.)

BREVETS—Fin

Requête en vue de l'obtention de l'autorisation de déposer une nouvelle déclaration contre le mis en cause—Le protonotaire a refusé de radier les paragraphes de la défense dans lesquels le mis en cause répond aux allégations d'invalidité faites contre lui dans la déclaration de la défenderesse tant que ces dernières figuraient dans la déclaration—Le fait que les allégations figurant dans la déclaration sont exactes importe peu lorsqu'il s'agit de savoir si la modification doit être autorisée—Selon la Règle 319(2), il n'est pas nécessaire de déposer un affidavit certifiant que l'allégation d'invalidité a été radiée de l'avis de mise en cause étant donné que la chose ressort du dossier—Requête accueillie—Étant donné que les procédures qui vont découler de cette ordonnance ainsi que les autres actes de procédure déjà déposés ne permettront pas de statuer définitivement sur le litige, la situation mérite une mesure énérgique *ex proprio motu*—Il est ordonné aux parties de donner par écrit dans un délai de 30 jours la raison pour laquelle le protonotaire ne devrait pas de sa propre initiative ordonner (1) que le mis en cause, en sa qualité de copropriétaire du brevet, soit considéré comme partie à l'action conformément à l'art. 55(2) de la Loi sur les brevets et qu'il se fasse signifier la défense dans l'action principale (2) que le mis en cause ait un délai de 30 jours pour répondre à la plaidoirie dans l'action principale et (3) que tout jugement définitif dans l'action principale au sujet de la validité lie le mis en cause—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 319(2), 347—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 55(2).

DE KOROMPAY C. ONTARIO HYDRO (T-377-88, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 7-11-90, 5 p.)

CITOYENNETÉ**CONNAISSANCES REQUISES**

Appel du rejet par le juge de la citoyenneté d'une demande de citoyenneté pour le motif que le requérant possédait une connaissance inadéquate du Canada ainsi que des responsabilités et privilèges liés à la citoyenneté—Connaissance adéquate au moment de l'appel—Appel accueilli—Demande de citoyenneté approuvée.

ROBERTSON (RE) (T-2465-89, juge Pinard, ordonnance en date du 22-11-90, 2 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE**BREFS DE PRÉROGATIVE*****Certiorari***

Demande en vue de faire annuler la décision dans laquelle le ministre des Transports a confirmé la suppression du service de contrôle de la circulation aérienne à l'aéroport de Castlegar—Après avoir fait part au ministre de ses préoccupations au sujet des changements envisagés, le requérant n'a fait aucune autre observation écrite, et s'est appuyé sur les assurances données par lettre par des ministres successifs qu'une consultation en profondeur aurait lieu avant qu'une décision définitive ne soit

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite

prise—Le ministre a affirmé que tous les usagers de l'aéroport avaient été informés du projet et que leurs observations avaient été reçues et examinées—Aucune objection n'a été formulée au sujet des changements envisagés—Au cours d'une réunion publique à laquelle participaient 70 personnes, dont des représentants du Ministère et des médias, on n'a invoqué aucun argument au sujet de la sécurité, de l'exploitation ou des questions techniques sur lesquelles les changements envisagés pourraient influencer—Aucune observation justifiant la modification des changements envisagés par le Ministère—Le requérant ne conteste pas le pouvoir exprès ou implicite du ministre ni la légitimité de la procédure de prise de décision—Il n'est pas établi que la décision compromettrait sérieusement la sécurité des usagers, ni qu'il n'a pas été tenu compte de faits pertinents—Le requérant s'appuie sur la notion de l'«attente raisonnable» ou «légitime» de l'équité dans la procédure: *Re Liverpool Taxi Owners' Association*, [1972] 2 A11 ER 589 (C.A.)—Si la chose est compatible avec les responsabilités publiques de l'organisme intéressé et après avoir sérieusement tenu compte de ce que l'autre partie avait à dire, la Cour devrait ordonner la tenue d'une audience publique dans la mesure où un intérêt public primordial l'exige et où cela n'est pas incompatible avec la bonne administration—Les tribunaux canadiens évitent d'appliquer cette notion sauf s'ils sont convaincus que l'organe de décision manifestait de la mauvaise foi—En l'espèce, il n'y a aucune preuve de mauvaise foi—La lettre envoyée par le ministre ne contenait aucun engagement—Le requérant n'a pas établi que les changements influeraient vraiment sur les mesures de sécurité aérienne—Demande rejetée.

CENTRAL KOOTENAY (DISTRICT RÉGIONAL) C. CANADA (T-2843-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 6-11-90, 7 p.)

Prohibition

Demande visant à faire interdire à la défenderesse de mener une enquête disciplinaire sur deux accusations d'infractions à la discipline interne en attendant qu'un jugement soit rendu au sujet d'accusations portées au criminel devant un tribunal extérieur, lesquelles découlent des mêmes événements—La requérante, qui est détenue à la prison pour femmes de Kingston, a été accusée de deux infractions, soit l'incitation et l'entrave, en vertu du Règlement du service des pénitenciers; elle a également été accusée, sous deux chefs chacune, d'infractions au Code criminel, à savoir qu'elle avait commis des voies de fait et qu'elle avait proféré des menaces—L'enquête interne et les procédures criminelles sont des procédures différentes; par conséquent, conformément à l'art. 13 de la Charte, la preuve que la requérante présente à l'enquête ne peut pas être utilisée pour l'incriminer dans une procédure criminelle—La preuve ne convainc pas la Cour que la requérante subira un préjudice si l'enquête est menée avant la tenue du procès au criminel—La possibilité d'un préjudice résultant de l'incapacité de donner des réponses complètes et de faire une pleine divulgation à l'enquête est trop éloignée pour justifier un redressement extraordinaire

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

de la nature d'un bref de prohibition—Demande rejetée—Aucun dépens.

HAINES C. PRISON POUR FEMMES DE KINGSTON (T-2853-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 1-11-90, 8 p.)

COURONNE**CONTRATS**

Action en dommages-intérêts pour violation de contrat—La demanderesse a fourni à la défenderesse, à sa demande, une estimation écrite pour des stores vénitiens de couleur «blanc antique»—La défenderesse a par la suite envoyé au ministère des Approvisionnements et Services une demande en vue de l'acquisition des stores, dans laquelle il était mentionné que la demanderesse était l'un des deux fournisseurs et qui était à peu près identique à l'estimation sauf que la couleur indiquée était le beige—La défenderesse a par la suite placé une commande auprès de la demanderesse et cette dernière a commandé des stores de couleur «blanc antique» de son fournisseur—Approvisionnement et Services a par la suite envoyé à la demanderesse une commande d'achat selon laquelle les stores devaient être beiges, ce que le personnel de la demanderesse a omis de remarquer—La demanderesse a livré des stores de couleur blanc antique à la défenderesse, mais elle ne les a pas installés, étant donné qu'ils étaient de la mauvaise couleur—La demanderesse a refusé de fournir à la défenderesse de nouveaux stores beiges—La défenderesse a obtenu ailleurs les stores qu'elle voulait—La demanderesse n'a pas pu vendre les stores de couleur blanc antique; elle réclame donc le coût des stores, plus l'intérêt—Litige au sujet de la question de savoir si Approvisionnement et Services a lu toute la formule de demande à la demanderesse en commandant les stores et s'il a reçu l'estimation de cette dernière—L'affaire ne porte que sur des questions de fait—La demanderesse a omis d'établir sa réclamation selon la pondération des probabilités—Action rejetée.

PRAIRIE DRAPERY SHOPPE LTD. C. CANADA (T-146-89, juge Strayer, jugement en date du 29-10-90, 8 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Négligence—Action découlant de l'émission de mandats en blanc par le maître de poste local en échange de chèques que les demandeurs avaient remis à un comptable pour payer leur impôt sur le revenu—Les demandeurs ont eu recours à un comptable pour s'occuper de la comptabilité de leur entreprise et préparer leurs déclarations d'impôt sur le revenu—De 1970 à 1973, les demandeurs ont remis au comptable plusieurs chèques à l'ordre du receveur général du Canada pour payer leur impôt sur le revenu—Le maître de poste local a accepté les chèques en paiement de mandats en blanc qu'il a remis au comptable—Les chèques n'étaient pas endossés par le receveur général ou par le comptable—Le comptable a négocié les mandats et s'en est approprié le produit—Le comptable a plaidé coupable à une accusation de fraude et a purgé une peine d'emprisonnement—Les tâches du maître de poste sont régies par les règlements établis dans le *Manuel de la procédure financière* publié par

COURONNE—Fin

ordre du ministre des Postes en vertu de la Loi sur les postes—L'employé des postes qui ne se conforme pas aux règlements dans l'exercice de ses fonctions est *prima facie* coupable de négligence—L'employé est personnellement responsable envers l'employeur et l'employeur est responsable envers les parties lésées en vertu de la Loi sur la responsabilité de la Couronne—La Couronne est responsable sur le plan délictuel à l'égard de la négligence que le maître de poste a commise lorsqu'il a enfreint le règlement en encaissant le chèque qui lui avait été présenté par une personne autre que le bénéficiaire sans l'endossement de ce dernier et lorsqu'il a émis un mandat en blanc à une personne autre que le tireur ou le bénéficiaire des chèques.

HAY C. CANADA (T-3979-75, juge Dubé, jugement en date du 21-11-90, 7 p.)

CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Ordre de priorité des réclamations—Le prêt consenti à la société par la demanderesse est garanti par un acte de cession générale dûment enregistré des créances de la société en date du 26 avril 1983—Le séquestre et administrateur de la société a été désigné le 5 décembre 1988—Le séquestre a signifié aux débiteurs de la société des avis officiels dans lesquels il leur demandait de lui verser les sommes dues—Revenu Canada, au nom de la défenderesse, a également signifié à certains débiteurs de la société, en vertu de l'art. 224(1.2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des demandes de paiement leur enjoignant de verser les sommes dues à la défenderesse—Première question: la cession générale des comptes débiteurs a-t-elle pour effet de transférer au cessionnaire tous les droits sur ces biens de sorte que ces créances n'appartiennent plus au cédant?—Oui—La demanderesse a donc acquis, le 26 avril 1983, un droit absolu en common law et en *equity* sur tous les comptes existants et futurs de la société et sur les autres créances—Seconde question: l'art. 224(1.2) de la Loi de l'impôt sur le revenu accorde-t-il la priorité à la défenderesse?—Non—Pour que l'art. 224(1.2) donne lieu à ce qui équivaudrait à une expropriation des biens de la demanderesse, il faudrait qu'il soit libellé de façon à rendre cette intention tout à fait claire; tel n'est pas le cas—La réclamation de la demanderesse a donc priorité sur celle de la défenderesse—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 224(1.2), (1.3) (édicte par L.C. 1987, chap. 46, art. 66).

BANQUE TORONTO-DOMINION C. CANADA (T-2280-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 17-10-90, 10 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LES DOUANES**

Requête en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant au ministre de délivrer toute licence d'exploitation d'entrepôt d'attente de grand-route—La question de savoir si le ministre a outrepassé le pouvoir qui lui avait été délégué en exerçant son pouvoir dans un but non prévu par la Loi, à savoir

DOUANES ET ACCISE—Fin

recouvrer les coûts reliés à l'octroi des licences concernant des entrepôts d'attente et imposer une limite de sept ans pour la durée des licences, constitue une question sérieuse à trancher—L'existence d'un préjudice irréparable en l'absence d'une injonction interlocutoire n'est pas prouvée—Le préjudice peut être calculé et compensé par des dommages-intérêts—Demande rejetée.

MULTIMODAL INC. C. M.R.N. (T-1679-90, juge Denault, ordonnance en date du 1-11-90, 3 p.)

DROIT D'AUTEUR**PRATIQUE**

Requête visant à l'obtention de l'autorisation de déposer une nouvelle déclaration en vue d'ajouter l'allégation selon laquelle certains agissements visaient à la réalisation de bénéfices et de réclamer (1) des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices plutôt que des dommages-intérêts ou la restitution des bénéfices; (2) des dommages-intérêts punitifs; (3) les dépens sur la base procureur-client—Examen de ce qu'on entend par dommages-intérêts accrus, punitifs ou exemplaires—La Règle 427 prévoit que la modification peut être autorisée même si elle a pour effet d'ajouter une nouvelle cause d'action ou de remplacer une ancienne cause d'action par une nouvelle si cette dernière découle des mêmes faits—La nouvelle demande de redressement visant à l'obtention de dommages-intérêts et à la restitution des bénéfices a peut-être pour effet d'ajouter une nouvelle cause d'action, mais le redressement est fondé sur les mêmes faits—Le temps qui s'est écoulé depuis le dépôt de la déclaration initiale n'aggraverait pas le préjudice que pourra subir la défenderesse étant donné que depuis le début de l'action, celle-ci savait qu'elle était susceptible d'être condamnée à payer des dommages-intérêts et à restituer des bénéfices—L'ajout d'un paragraphe est refusé étant donné que celui-ci ne se rapporte pas à une cause d'action visant à l'obtention de dommages-intérêts punitifs si on leur attribue un autre sens que les dommages-intérêts exemplaires—Étant donné que la demanderesse peut obtenir des dommages-intérêts réels et la restitution des bénéfices, elle n'a pas droit à des dommages-intérêts exemplaires pour des motifs liés à la restitution des bénéfices—Les bénéfices ne peuvent pas excéder l'indemnité payable à la demanderesse, laquelle comprendra la restitution des bénéfices en plus des dommages-intérêts—Étant donné que selon certains arrêts, il faut plaider les dommages-intérêts accrus (punitifs), bien que la chose ne soit pas strictement nécessaire, la modification est autorisée—Aucun fait n'a été plaidé à l'appui de la demande visant à l'obtention des dépens sur la base procureur-client—Le refus d'autoriser la modification n'empêche pas l'octroi de ces dépens si la conduite de la défenderesse dans l'action le justifie—Compte tenu de la nature relativement simple de la modification et de l'éventualité d'une instruction à une date rapprochée, le délai de production de la nouvelle défense est abrégé—La nouvelle réponse doit être déposée dans les 15 jours qui suivront—En l'absence d'opposition au sujet de l'omission de

DROIT D'AUTEUR—Fin

déposer une défense à l'encontre de la demande reconventionnelle, celle-ci pourra être déposée dans un délai de deux semaines—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 402, 427.

JELIN INVESTMENTS LTD. C. SIGNTECH INC. (T-5486-79, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 8-11-90, 6 p.)

Appel d'une ordonnance radiant certaines parties de la déclaration—Les défenderesses soutiennent (1) que bien que le protonotaire ait radié l'allégation d'inexécution de contrat, qui ne relève pas la compétence de la Cour, il a omis de radier les paragraphes énonçant le fondement de l'allégation, (2) que les allégations de carambouillage, de vol et de dol sont dommageables, non pertinentes et ne relèvent pas de la compétence de la Cour et (3) que les allégations d'œuvre dérivée, tout en visant peut-être une allégation de reproduction notable, pourraient aussi viser d'autres activités qui ne contreviennent pas à la Loi sur le droit d'auteur—Appel rejeté—Aucune erreur manifeste de droit—La Cour ne doit priver aucune partie de la possibilité de chercher la réparation d'un tort sérieux pour des motifs de procédure sauf dans les cas les plus flagrants—Les actions en violation du droit d'auteur comportent la protection de droit moraux—Les agissements mentionnés dans les paragraphes contestés ne constituent peut-être pas à eux seuls des torts susceptibles de faire l'objet d'une action, mais peuvent contribuer à la décision finale.

682330 ONTARIO INC. C. CINEPLEX ODEON CORP. (T-2466-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 7-11-90, 3 p.)

DROIT MARITIME**CONTRATS**

La demanderesse réclame la somme de 36 497,83 \$ qui lui serait apparemment due en vertu d'un contrat passé avec les défendeurs en vue de l'installation d'un système hydraulique à bord du navire de la société défenderesse—Les défendeurs allèguent que la demanderesse a violé le contrat en installant un système défectueux, en effectuant des travaux non autorisés et en exigeant un prix excessif de sorte qu'ils ont subi des dommages—Les défendeurs demandent donc que le montant des dommages-intérêts soit compensé par toute somme jugée due à la demanderesse et présentent une demande reconventionnelle pour les frais qu'ils ont été obligés d'assumer pour remplacer le système défectueux—Conclusions de fait: (1) il existait un contrat selon lequel la demanderesse s'était engagée à fournir un système hydraulique adéquat pour le navire des défendeurs à un prix raisonnable pour du travail et des matériaux en sus des prix énoncés dans la proposition initiale du 12 novembre 1987; (2) le contrat a été modifié verbalement de façon à prévoir la fourniture d'un système hydraulique plus poussé à un prix raisonnable; (3) les prix exigés à l'égard de certains articles étaient exorbitants; (4) le travail avait presque été achevé bien qu'il ait en partie été mal exécuté; (5) la somme de 34 733,82 \$ que les défendeurs ont payée en vue de faire réparer le système hydraulique défectueux est acceptée comme représentant la meilleure mesure des dommages-intérêts réclamés par les défendeurs

DROIT MARITIME—Suite

dans la demande reconventionnelle—Il est jugé que la somme de 30 105,22 \$ est due à la demanderesse—Les dommages-intérêts accordés à l'égard de la demande reconventionnelle sont compensés par le solde dû à la demanderesse—Un jugement est rendu en faveur des défendeurs au montant de 4 628,60 \$, plus l'intérêt couru avant le jugement au taux de 12,5 % l'an, à compter de la date où la défense et la demande reconventionnelle ont été déposées, l'intérêt postérieur au jugement étant accordé au même taux ainsi que les dépens se rapportant à la demande reconventionnelle.

HYDRAPOWER MARINE LTD. C. TARA M.J. (LE) (T-1118-88, juge McNair, jugement en date du 15-10-90, 27 p.)

Question de savoir si un contrat valide et obligatoire a été passé en vue de la vente du bateau-pompe des défendeurs aux demandeurs—Les parties ont discuté de la vente d'un bateau-pompe au cours d'une rencontre qui a eu lieu le 6 octobre 1989—À la fin de la réunion, le représentant des défendeurs («Ellis») a demandé au représentant des demandeurs («Mark») de rencontrer le courtier d'Ellis pour «rendre le tout légal»—Le courtier a envoyé à Mark par courrier la formule imprimée intitulée «Convention d'achat et quittance provisoire» fixant le prix d'achat à 180 000 \$, énonçant les modalités de paiement et stipulant que tous les moteurs devaient être en état de marche et que la roue du gouvernail principal et le canot devaient être enlevés, la date de signature et d'acceptation étant fixée au 6 octobre 1989, à 16 h—Le courtier a envoyé à Mark une copie du contrat à laquelle était jointe une lettre d'accompagnement disant ceci: [TRADUCTION] «Ellis m'a informé que vous aviez conclu un accord tel qu'en témoigne la convention d'achat ci-jointe»—Mark a signé le contrat et l'a retourné, de même que le dépôt requis, au courtier le lendemain—Le courtier a envoyé par la poste le contrat signé à Ellis le 10 octobre, avec une lettre d'accompagnement disant ceci: [TRADUCTION] «Suivant vos instructions, nous avons soumis l'offre signée ci-jointe à [Mark]. . . nous attendons un mot d'ordre de votre part concernant la mise en marche des moteurs»—Le navire a été inspecté en présence des deux parties au cours de la semaine qui a suivi la rencontre du 6 octobre—Ellis a reçu l'accord signé vers le 20 octobre—Le 24 octobre, Mark a été informé par les procureurs d'Ellis que conformément aux instructions de leur client, ils devaient nier l'existence du contrat—Ellis a par la suite négocié la vente du bateau à la ville de San Francisco pour la somme de 300 000 \$—Les demandeurs ont intenté une action et le bateau a été saisi—Les parties ont convenu de la mainlevée de la saisie, le produit de la vente devant être déposé dans un compte portant intérêt en attendant l'issue du procès—Les contrats de vente de navires sont régis par les règles ordinaires du droit des contrats—Pour qu'un contrat soit valide, deux conditions sont nécessaires: (1) il doit exister une entente claire au sujet de toutes les conditions essentielles; (2) il faut déterminer si les parties avaient objectivement l'intention d'être contractuellement liées uniquement après la signature du contrat formel—La question de savoir si une entente verbale obligatoire a été conclue dépend des faits particuliers de chaque affaire—Principe général s'appliquant au Canada: un contrat exécutoire peut être conclu par la simple acceptation verbale de ses conditions avant même qu'un écrit ne vienne constater l'accord des parties—Les parties ont convenu de toutes les conditions essentielles du contrat à la

DROIT MARITIME—Fin

réunion de 6 octobre—Les parties avaient avant tout l'intention de passer un contrat obligatoire—La conduite des parties après le 6 octobre est compatible avec leur intention d'être liées par l'entente—La convention elle-même est simplement l'expression officielle d'une entente verbale antérieure—Un contrat valide et en vigueur a été conclu—La distribution du produit de la vente, plus l'intérêt accru, est ordonnée.

MARK FISHING CO. C. NORTHERN PRINCESS SEAFOOD LTD. (T-2469-89, juge Joyal, jugement en date du 2-11-90, 24 p.)

EXPROPRIATION**PRATIQUE**

Interrogatoire préalable—Demande fondée sur la Règle 465(1)c des Règles de la Cour fédérale en vue de l'obtention d'une ordonnance obligeant la défenderesse à faire comparaître la personne qui avait effectué l'évaluation de la propriété du demandeur afin de procéder à son interrogatoire préalable—La propriété a été expropriée par la défenderesse et l'offre d'indemnité de cette dernière était fondée sur le rapport d'un évaluateur, qui était joint à l'offre—Question de savoir si l'évaluateur était un «officier ministériel ou autre officier de la Couronne» au sens de la Règle 465(1)c—Manque de preuve à l'appui de la conclusion que l'évaluateur avait des liens suffisamment étroits avec la Couronne—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 465(1)c.

WEBER C. CANADA (T-1529-89, juge Reed, ordonnance en date du 29-10-90, 4 p.)

FONCTION PUBLIQUE**APPELS**

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision dans laquelle le comité d'appel avait annulé la nomination de la requérante—L'employeur a tenu un concours interne à la fin de 1987—La requérante et l'intervenante ont été jugées qualifiées pour le poste—La requérante a obtenu la meilleure note et a été choisie en vue de la nomination—Seul le nom de la requérante a été inscrit sur la liste d'admissibilité—L'intervenante a interjeté appel dans le délai fixé—L'intervenante s'est désistée de son appel après que l'employeur l'eut informée que le concours avait été annulé et qu'aucune nomination ne serait faite—L'appel s'est poursuivi au cas où d'autres questions ou d'autres parties auraient été concernées—La Commission de la fonction publique a par la suite informé l'employeur que la preuve était insuffisante pour justifier la radiation de la requérante de la liste d'admissibilité et que la liste était toujours considérée comme valide—L'employeur a donc décidé de procéder à la nomination de la requérante et a informé l'intervenante de la chose par une lettre en date du 3 juin 1988—L'intervenante a interjeté appel—Le 17 octobre 1988, le comité d'appel a conclu que l'intervenante s'était désistée de l'appel par suite des déclarations trompeuses et mal à propos de l'employeur et a déclaré que le comité d'appel était habilité à statuer sur le fond de l'affaire—Le 26 janvier 1989, le comité a annulé la nomination

FONCTION PUBLIQUE—Suite

de la requérante sur la base du principe du mérite—Demande en instance: l'avis de nomination du 3 juin 1988 est vicié; le délai d'appel n'a donc pas encore commencé à courir—La décision provisoire rendue par le comité le 17 octobre est fondée—Il n'est pas nécessaire d'examiner les autres questions soulevées—Demande rejetée.

BOVA C. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (A-56-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 19-11-90, 12 p.)

PROCÉDURE DE SÉLECTION*Chances d'avancement préjudiciées*

L'appelant n'a pas reçu de formation en ce qui concerne l'équipement de cartographie informatisé étant donné qu'il ne pouvait pas accepter du travail par postes—Vingt-trois autres employés ont suivi des cours de formation et ont été nommés sans concours à des postes reclassifiés—Appel du jugement de première instance ([1990] 2 C.F. 181) rejetant la demande d'annulation de la décision dans laquelle la Commission de la fonction publique avait conclu que les chances d'avancement n'avaient pas été amoindries puisque la reclassification était fondée sur le rendement individuel dans les postes eux-mêmes plutôt que sur une élévation de postes particuliers—Le juge de première instance a déclaré qu'en vertu de l'art. 21(1), le rôle de la Commission à l'égard des nominations faites sans concours consiste à agir à titre d'organisme de sélection afin d'identifier les fonctionnaires qui ont qualité pour contester la nomination—La Commission a agi dans les limites de sa compétence en vertu de l'art. 21(1)—Lorsque la promotion de chaque employé est fondée uniquement sur son rendement personnel dans son poste et que les chances d'avancement de l'appelant sont les mêmes que si les nominations n'avaient pas été effectuées, la Commission est habilitée à donner son avis, à savoir que l'appelant n'est pas une «personne dont les chances d'avancement sont amoindries»—Lorsque les nominations contestées sont non exclusives, il est difficile de s'acquitter de la charge de prouver que les chances d'avancement ont été amoindries—Ce n'est que lorsqu'il y a une relation de cause à effet entre une nomination sans concours et les chances d'avancement que la Commission doit se demander si cette relation cause un préjudice à l'appelant—Les nominations n'ont pas privé l'appelant de ses propres chances d'avancement—Appel rejeté—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 21(1).

KENNEDY C. CANADA (COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (A-157-90, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 13-11-90, 6 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

L'employeur a unilatéralement modifié les cycles de postes et les horaires de postes—La convention collective énumère les cas dans lesquels les cycles de postes peuvent être modifiés, lesquels ne s'appliquent pas en l'espèce—Le droit de gestion de l'employeur ne comprend pas le droit de modifier unilatéralement les cycles et les horaires de postes afin d'épargner des frais

FONCTION PUBLIQUE—Fin

additionnels de main-d'œuvre en évitant de payer des heures supplémentaires et d'accorder des crédits de jour de remplacement—Il est fait mention de *Canada (Procureur général) c. Warkentin*, A-606-89, juges Urie, Décary et Linden, J.C.A., jugement en date du 14-9-90, C.A.F., encore inédit, dans lequel il a été jugé que la politique adoptée par l'employeur ne peut pas changer le sens de la convention collective ou en annuler l'effet—Le droit que possède la direction de décider du nombre d'employés, d'organiser et d'assigner le travail, et d'établir l'horaire des postes est expressément modifié par la convention collective—L'accord mutuel est nécessaire à moins que les conditions de la convention collective ne soient satisfaites—La convention collective prévoit expressément que l'horaire des postes, une fois affiché, ne peut être modifié que si cela est nécessaire—Le fait d'économiser de l'argent est souhaitable, mais cela ne constitue pas une nécessité—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

ELLIS C. CANADA (A-268-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 8-11-90, 7 p.)

GRC

Demande contestant la décision défavorable qui avait été prise à l'égard du requérant par le comité d'examen établi en vertu de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada—Le requérant doit se conformer à la procédure de règlement des griefs énoncée dans la Loi, surtout lorsque la procédure n'est pas contestée—La demande présentée à la Cour d'appel en vue de la prorogation du délai d'appel est rejetée—La Section de première instance n'a pas compétence pour statuer sur une demande parallèle visant à obtenir essentiellement le même redressement lorsque la Loi prévoit l'accès à la Cour d'appel sur une question de droit—Dans la mesure où il s'agit d'une question discrétionnaire, il ne convient pas d'entendre la demande puisque le requérant reconnaît que la Cour d'appel est le tribunal approprié, puisque c'est à lui qu'il s'est adressé pour faire proroger le délai et pour demander le renvoi devant la Cour d'appel de la demande dont la Section de première instance est saisie—La demande de rejet présentée par la Couronne est accueillie—La demande en vue de l'obtention du redressement prévu par l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale est rejetée—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), chap. R-10—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

NUOSCI C. CANADA (GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-2454-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 21-8-90, 4 p.)

Demande d'injonction provisoire exigeant l'acceptation du requérant à titre de membre du «caucus» des représentants qui se rencontrent dans le cadre du Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles tant que la requête de *certiorari* n'aura pas été tranchée—Le requérant est l'un de deux représentants élus de la division C—Les représentants rencontrent le commissaire de la GRC plusieurs fois par année—Avant de rencontrer le commissaire, les représentants

GRC—Fin

se réunissent en «caucus» pour déterminer les questions à soulever et l'ordre de priorité de celles-ci—Le caucus se réunit également en d'autres occasions—Il est divisé en sous-comités chargés d'examiner diverses questions concernant les membres—Le requérant a été expulsé du caucus pour inconduite et irresponsabilité—Cela l'empêche de participer aux travaux préparatoires du caucus avant de rencontrer le commissaire, d'être membre de sous-comités et de représenter les membres—La question de savoir si le caucus est autorisé à expulser le requérant est une question sérieuse à trancher—Les critères de la balance des inconvénients et du préjudice irréparable s'appliquent en faveur du requérant—La participation du requérant au caucus ne causera aucun préjudice aux intimés—S'il n'est pas autorisé à participer au caucus, le requérant et ceux qu'il représente subiront un préjudice—Un préjudice irréparable serait subi même si le requérant peut envoyer un sous-représentant étant donné que ce dernier n'est pas autorisé à voter ni à participer aux travaux des sous-comités—Règlement de la Gendarmerie royale du Canada, 1988, DORS/88-361, art. 96 (mod. par DORS/89-581, art. 1)—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), chap. R-10, art. 21(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 12).

DELISLE C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GRC) (T-2801-90, juge Reed, ordonnance en date du 12-11-90, 12 p.)

IMMIGRATION**EXPULSION**

Demande fondée sur l'art. 28 à la suite d'une mesure d'expulsion conditionnelle—Le requérant est entré au Canada avec un visa d'étudiant qui a expiré le 30 septembre 1987 et n'a pas été renouvelé—Le 10 juin 1987, le requérant a été jugé inapte, pour cause d'aliénation mentale, à subir un procès pour meurtre; il est détenu depuis lors en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur—Une enquête a été ouverte et il a été allégué que le requérant est visé par l'art. 27(2)e) de la Loi sur l'immigration, c'est-à-dire qu'il est un visiteur ayant excédé la durée de visite fixée, et par l'art. 27(2)a) de la Loi, c'est-à-dire qu'il est inadmissible à cause d'un problème de santé qui, de l'avis de deux médecins, entraînerait vraisemblablement un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé—Pendant l'enquête, le requérant a allégué être un réfugié au sens de la Convention—Le ministre a admis que la revendication avait un minimum de fondement—L'arbitre a conclu que les allégations fondées sur les art. 27(2)a) et e) étaient légitimes et a pris une mesure d'expulsion conditionnelle—La contestation du requérant portait exclusivement sur la conclusion tirée en vertu de l'art. 27(2)a)—L'opinion des médecins, à savoir que le requérant risquait d'entraîner un fardeau excessif, est probablement entièrement fondée sur la décision judiciaire relative à la santé mentale du requérant et non sur une évaluation indépendante de la preuve médicale—Les médecins n'ont pas tenu compte du rapport du médecin, en violation de l'art. 22a) du Règlement sur l'immigration—La détention en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur ne peut pas automatiquement appuyer la conclusion selon laquelle on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que le requérant entraîne un fardeau excessif pour les

IMMIGRATION—Suite

services sociaux ou de santé—La conclusion selon laquelle le requérant est visé par l'art. 27(2)a) de la Loi est annulée—La mesure d'expulsion conditionnelle continue d'être appuyée par la décision fondée sur l'art. 27(2)e) de la Loi—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 22a), 27(2)a),e).

SEYOUM C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-412-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 15-11-90, 3 p.)

PRATIQUE

Requête en vue de l'autorisation d'intenter une procédure fondée sur les art. 18 ou 21 de la Loi sur la Cour fédérale et en vue de la prorogation du délai de 15 jours dans lequel la procédure doit être intentée—Possibilité raisonnable que l'agent n'ait pas tranché le cas de la requérante conformément aux lignes directrices postérieures à l'affaire *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1^{re} inst.)—Autorisation de présenter une demande fondée sur l'art. 18 accordée.

THAXTER C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-677, juge Reed, ordonnance en date du 29-10-90, 2 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance interdisant le renvoi de la requérante du Canada tant que la Cour fédérale n'aura pas statué sur la demande d'autorisation, ou sur l'instance fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale—La requérante revendique le statut de réfugiée et son cas fait partie de l'arriéré; elle s'est vu refuser l'entrevue demandée pour des raisons humanitaires par le bureau s'occupant de l'arriéré des revendications du statut de réfugié—Procédure de demande d'examen judiciaire entamée—Une entrevue a eu lieu—Refus d'accorder le statut pour des raisons humanitaires—Présentation d'une demande d'annulation du refus d'accorder le statut—Demande rejetée: (1) il n'y a pas de mesure d'expulsion ou de renvoi dont on peut différer l'exécution; (2) rien ne permet de croire que la requérante risque d'être renvoyée avant la tenue d'au moins une autre audience; (3) en l'absence de menace ou de danger de renvoi ou de renvoi véritable ou d'une mesure d'expulsion dont l'exécution peut être différée, la Cour craint que l'octroi d'un sursis à ce stade n'ait pour effet d'en faire une garantie automatique dans une procédure d'immigration intentée devant la Section de première instance de la Cour fédérale—Aucune ordonnance concernant les dépens.

PATEL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-704, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 24-10-90, 3 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Demande d'annulation du refus d'inclure les requérants dans le programme d'arriéré des revendications du statut de réfugié—Les requérants n'ayant pas quitté le Canada comme on leur demandait de le faire dans une lettre et n'ayant pas obtenu une prorogation supplémentaire du délai en vue de l'obtention du statut de réfugié au sens de la Convention, le rapport prévu

IMMIGRATION—Fin

par l'art. 27 a été rédigé en juillet 1986—Étant donné que les requérants étaient au Canada le 21 mai 1987, ils étaient admissibles au programme d'arriéré si l'agent d'immigration avait en sa possession des renseignements montrant qu'ils étaient visés par l'art. 27(2)—Demande rejetée—En l'absence de preuve que les requérants ont fait des efforts pour transmettre les renseignements nécessaires au ministre, la connaissance ne peut pas être présumée—Il incombe au requérant de montrer l'existence de motifs raisonnables permettant de conclure que l'agent d'immigration avait en sa possession les «renseignements» requis: *Deol c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 296 (C.F. 1^{re} inst.)—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 27—Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié, DORS/86-710, art. 2.

LALL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2415-87, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 6-11-90, 3 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'annulation d'une décision défavorable rendue au sujet de la question du minimum de fondement—La décision du tribunal dépend entièrement de la conclusion selon laquelle le requérant n'était pas un témoin digne de foi, ce qui à son tour, dépend de l'appréciation par le tribunal du témoignage de ce dernier—Il est impossible de présumer avec certitude que le tribunal a réellement compris la preuve sur laquelle il a fondé sa décision: il existe de nombreuses contradictions entre les détails du témoignage, énoncés dans la décision du tribunal, et les détails figurant dans la transcription des débats—Demande accueillie—L'affaire est renvoyée pour qu'une nouvelle audience ait lieu devant un autre arbitre et un autre membre de la section.

DEOL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-130-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 15-11-90, 2 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen et de l'annulation de la décision défavorable rendue au sujet de la question du minimum de fondement—Le requérant est un citoyen de l'Ouganda détenant un passeport du Kenya qui allègue être un réfugié au sens de la Convention parce qu'il craint d'être persécuté pour ses opinions politiques (ses opinions, selon lui, allant à l'encontre de celles du gouvernement) et parce qu'il est membre d'un certain groupe social (arabe musulman)—L'allégation selon laquelle le requérant craignait à juste titre d'être persécuté a échoué compte tenu de la manière dont le tribunal a apprécié sa crédibilité: le tribunal ne croyait pas le requérant, lorsqu'il affirmait que des menaces avaient été proférées contre son père et que celui-ci avait par la suite été enlevé et tué par des soldats de l'Ouganda—La déposition du requérant a été mal comprise par le tribunal—Le fait que le tribunal a accordé énormément d'importance à la déposition du requérant nous permet de douter que sa décision aurait été la même s'il n'avait pas omis de bien comprendre la déposition du requérant—Demande accueillie—La décision du tribunal est annulée et l'affaire est renvoyée à un groupe différemment constitué en vue d'une nouvelle décision.

AHMED C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-215-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 25-10-90, 6 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Paiement de cessation d'emploi—Appel du jugement rendu par la Cour de l'impôt selon lequel le paiement doit être compris dans le revenu pour l'année d'imposition 1978—Le contribuable, qui est un ingénieur professionnel travaillant à titre de directeur de l'exploitation, a cessé de travailler pour l'employeur en 1978—Selon l'art. 56(1)a)(viii) de la Loi de l'impôt sur le revenu, le paiement de cessation d'emploi est compris dans le revenu; cette disposition a été adoptée par L.C. 1979, chap. 5, art. 15(1), mais elle a été déclarée rétroactive et applicable aux montants reçus par suite d'une cessation d'emploi après le 16 novembre 1978—Question: la cessation d'emploi a-t-elle pris effet le 16 novembre 1978, avant ou après cette date?—Le contribuable a été avisé de la cessation d'emploi le 23 octobre 1978, date à laquelle il a convenu a) de continuer à travailler, en assumant de moins lourdes responsabilités, tant qu'un certain projet ne serait pas terminé dans environ un mois; b) de continuer à toucher son salaire normal jusqu'au 31 décembre 1978; c) de toucher une indemnité d'environ 25 000 \$ une fois que le projet serait achevé d'une manière satisfaisante à la condition de continuer à travailler jusqu'au 31 décembre 1978—Lorsque l'avis de cessation d'emploi prend effet à une date ultérieure, le contrat de travail continue à s'appliquer jusqu'à la date fixée en vue de la cessation d'emploi—Le contribuable est demeuré employé à plein temps jusqu'au 31 décembre 1978—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 56(1)a)(viii) (édicte par S.C. 1979, chap. 5, art. 15(1)).

PAQUIN C. M.R.N. (T-716-86, juge Addy, jugement en date du 17-10-90, 7 p.)

Fiducie constituée en faveur d'un conjoint dans un testament en date du 22 décembre 1978—Accord d'achat-vente d'actions entre M. Greenwood et ses fils signé le même jour et stipulant que le prix d'achat serait garanti au moyen d'un billet à ordre, dont le capital serait payable au décès de la mère—Les intérêts sur le billet devaient être versés mensuellement à la mère sa vie durant, par l'entremise de la fiducie—L'accord empêche la dévolution irrévocable des actions—Pour qu'un bien soit irrévocablement dévolu, il faut que le bénéficiaire ait le droit de décider s'il le gardera ou s'il l'aliénera—Les fiduciaires ne jouissaient pas d'une telle discrétion ou d'un tel pouvoir à l'égard des actions—Les exécuteurs étaient tenus de vendre les actions aux fils au décès du testateur—L'art. 70(5) s'applique et le contribuable est réputé avoir disposé des actions à son décès à leur juste valeur marchande—Le fait que l'avis de cotisation a été signifié au nom de la «succession de feu Sidney Greenwood» au lieu de «feu Sidney Greenwood» n'invalide pas celle-ci—L'exécuteur qui a reçu l'avis de cotisation n'a pas été dérouté—L'avis d'opposition ne fait pas valoir que l'avis était mal adressé et l'avis de ratification identifie correctement le contribuable—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 70(5) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 19), (6) (mod., idem; S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 38), 153(8), 166.

GREENWOOD, SUCCESSION C. CANADA (T-1936-88, juge Reed, jugement en date du 2-11-90, 5 p.)

L'art. 12(1)b) de la Loi prévoit que la somme payable à l'égard de la fourniture de services rendus dans le cadre de

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'exploitation d'une entreprise, bien qu'elle ne soit due que dans une année postérieure, doit être incluse dans le revenu—Selon une modification effectuée en 1983, la somme est réputée à recevoir à compter de celui des jours suivants à survenir le premier: le jour où a été remis le compte et le jour où aurait été remis le compte, si la remise de ce compte n'avait pas subi un retard indu—La demanderesse facture ses clients après que les services téléphoniques et autres services de télécommunications ont été fournis—Jusqu'en 1984, la demanderesse comptabilisait son revenu, aux fins de l'impôt, selon la méthode dite «du montant gagné», selon laquelle elle établissait le montant estimatif des revenus gagnés par la société en fin d'exercice même si elle n'avait pas encore envoyé de facture à certains clients—En 1984, elle a adopté la «méthode du montant facturé», selon laquelle elle comptabilisait le revenu aux fins de l'impôt en fin d'exercice uniquement si une facture avait été envoyée au client—Les sommes non encore facturées ne sont pas visées par l'art. 12(1)b) puisqu'il ne s'agit pas de sommes «à recevoir»—La demanderesse fournit un service continu et elle en tire un bénéfice sur une base continue—L'art. 9(1) dispose que le revenu tiré d'une entreprise est le bénéfice réalisé—La méthode comptable employée aux fins de l'impôt doit être celle qui reflète le mieux le revenu réellement gagné dans l'année—Dans le secteur des télécommunications, le revenu est habituellement comptabilisé selon la méthode «du montant gagné», car celle-ci représente plus fidèlement le revenu pour l'année comparative à d'autres méthodes—Le revenu gagné quotidiennement n'est pas de nature conditionnelle—Les revenus gagnés, mais non facturés, étaient assimilés au revenu en vertu de l'art. 9(1) avant 1984 et ils auraient également dû l'être par la suite—Application du principe comptable de la continuité en vertu duquel l'information comptable doit être présentée selon la même méthode d'une année à l'autre, pour assurer la représentation exacte de la situation financière—La modification de 1983 ne visait pas à permettre aux contribuables de changer leur méthode comptable et de passer de la méthode «du montant gagné» à la méthode «du montant facturé», ni à les y obliger, mais plutôt à obliger les contribuables qui emploient la méthode du montant facturé aux fins de leur déclaration à comptabiliser le revenu non facturé—L'art. 12(2) prévoit que l'art. 12(1)b) ne doit pas s'interpréter comme signifiant que des sommes qui n'y sont pas visées ne doivent pas être incluses dans le calcul du revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 9(1), 12(1)b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 4),(2).

MARITIME TELEGRAPH AND TELEPHONE CO. C. CANADA (T-166-89, T-179-90, juge Reed, jugement en date du 15-11-90, 7 p.)

Déductions

Appels de la décision du M.R.N. concernant la déductibilité de certains postes dans le calcul de la base de la déduction pour épousement, de l'abattement des bénéfices pétroliers et de la surtaxe des corporations au cours des années d'imposition 1974 et 1975—Deux actions portant sur des questions identiques ont été entendues ensemble sur présentation d'une preuve commune—Questions: (1) Les loyers versés à la Couronne provinciale à l'égard de droits d'exploitation souterraine du gaz et du

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

pétrole constituent-ils des «frais d'exploration au Canada» au sens de l'art. 66.1(6a)(i) ou (iii) de la Loi de l'impôt sur le revenu, en vue de l'inclusion dans la base de la déduction pour épuisement gagnée au sens de l'art. 1205 du Règlement, ou s'agit-il de «frais d'aménagement au Canada» exclus de la base de la déduction pour épuisement gagnée? (2) Les dépenses se rapportant à la recherche scientifique dans des secteurs où il n'y a pas eu de production de pétrole ou de gaz en 1974 ou en 1975 doivent-elles être comprises dans le calcul des «bénéfices de production imposables» au sens des art. 124.1 et 124.2 de la Loi et des «bénéfices relatifs à des ressources» en vertu de la Partie XII du Règlement, ces expressions constituant des éléments cruciaux dans le calcul de la surtaxe des corporations, de l'abattement des bénéfices pétroliers et de la déduction pour épuisement? (3) La déduction pour amortissement se rapportant aux biens achetés pour Syncrude doit-elle entrer en ligne de compte dans le calcul des bénéfices de production imposables en vue de la détermination de la surtaxe des corporations, de l'abattement des bénéfices pétroliers et de la déduction pour épuisement?—(1) Loyers: les paiements effectués par la contribuable en vue de l'acquisition ou du maintien de droits sont visés par la définition des «avoirs miniers canadiens» au sens de l'art. 66(15)c) de la Loi—Les sommes versées à la Couronne provinciale sont donc exclues de la définition de l'expression «frais d'aménagement au Canada» figurant à l'art. 66.2(5a)(iii) de la Loi—L'exclusion expresse figurant à l'art. 1205 du Règlement en ce qui concerne les montants visés par l'art. 66.2(5a)(iii) de la Loi l'emporte sur le libellé général de la définition des «frais d'exploration au Canada» énoncée à l'art. 66.1(6a) de la Loi—Les paiements ne sont donc pas compris dans la base de la déduction pour épuisement gagnée—(2) Recherche scientifique: un système distinct d'inclusions dans le revenu et d'exclusions du revenu est établi par les art. 124.1 et 124.2 de la Loi; ces dispositions ont une portée et un but beaucoup plus précis que les dispositions concernant le calcul du revenu énoncées à l'art. 3 de la Loi lorsqu'elles exigent que le revenu et les déductions soient liés à la production au sens de l'extraction du sol en tant que source de revenu—Le calcul des bénéfices de production imposables est indépendant du calcul du revenu pour l'application de l'art. 3 de la Loi—Ces dépenses sont liées aux objectifs à long terme de la contribuable et non à la production actuelle véritable tirée de ressources minérales—Dépenses non déductibles—(3) Déduction pour amortissement: le calcul des bénéfices de production imposables prévus par les art. 124.1 et 124.2 de la Loi se rapporte à la production au sens strict du terme—Étant donné qu'il n'y a pas eu de production véritable en 1974 et en 1975, il ne peut pas y avoir de déduction pour amortissement—Appel rejeté en ce qui concerne la première question et accueilli en ce qui concerne les deuxième et troisième questions—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 66(15)c) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 35(21)), 66.1(6a)(i),(iii) (édicte, idem, art. 36(1)), 66.2(5a) (édicte, idem); 1977-78, chap. 1, art. 31(2)); 124.1 (édicte par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 80), 124.2 (ajouté, idem)—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., chap. 945, art. 1201, 1205, 2900.

GULF CANADA LTÉE C. CANADA (T-1741-84, juge McNair, jugement en date du 25-10-90, 25 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Appel des nouvelles cotisations que le M.R.N. a établies à l'égard des années d'imposition 1984 et 1985—En 1982, le contribuable, qui est un homme d'affaires et un agriculteur, a prêté à son fils 400 000 \$ à des fins commerciales, le prêt devant être remboursé avec intérêt au plus tard en 1983—Le fils n'a pas pu rembourser le plein montant du prêt en 1983—Il a remboursé 15 000 \$ et a transféré au contribuable deux propriétés qui lui appartenaient—Dans sa déclaration d'impôt de 1984, le contribuable a déduit une perte d'entreprise découlant du prêt—Le montant de la perte a été calculé comme étant la différence entre le coût des propriétés pour le contribuable et leur juste valeur marchande présumée—Pour réclamer la déduction, le contribuable a considéré les propriétés comme des biens figurant dans un «inventaire»; il a ensuite déduit la perte au moyen d'une réduction de la valeur de l'inventaire, c'est-à-dire qu'au lieu d'utiliser le soi-disant coût, il a employé la juste valeur marchande conformément à l'art. 10(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le ministre a refusé la déduction pour trois raisons: (1) les propriétés ne constituent pas des biens figurant dans un inventaire d'entreprise au sens de la Loi; (2) les montants utilisés en vue du calcul de la perte ne représentent pas la juste valeur marchande des propriétés; (3) les propriétés n'ont pas été acquises dans le cadre d'une opération entre personnes sans lien de dépendance—Question en litige: le contribuable a-t-il subi une perte découlant d'une activité «commerciale», ce qui donnerait lieu à une perte de nature non capitale?—Si les propriétés sont considérées comme des biens figurant dans un «inventaire», le gain ou la perte découlant de leur aliénation doit être considéré comme un revenu ou une perte d'entreprise; pour que le demandeur puisse se prévaloir de la réduction de la valeur de l'inventaire prévue à l'art. 10(1) de la Loi, la perte doit avoir été subie dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise—L'expression «entreprise» est définie en des termes généraux à l'art. 248(1) de la Loi—La définition comprend le concept d'un risque de caractère commercial, ce qui porte sur une opération isolée—Pour déterminer si un gain ou une perte est un gain ou une perte en capital ou un gain ou une perte d'entreprise, les tribunaux se sont demandés si le gain ou la perte découlait d'un investissement (gain ou perte en capital), ou si le contribuable a acquis la propriété dans le but de faire un profit en la revendant plus tard (revenu ou perte d'entreprise); l'élément le plus important est l'intention du contribuable au moment où la propriété a été acquise—Le contribuable n'avait pas l'intention de revendre les propriétés ou de les utiliser par ailleurs d'une façon commerciale—Les propriétés ont été acquises uniquement à titre de garanties de la somme due par le fils—Le contribuable n'a pas pu établir que les propriétés étaient admissibles à titre de biens figurant dans un inventaire—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 10(1), 248(1).

VAN DONGEN C. CANADA (T-1923-87, juge Cullen, jugement en date du 29-10-90, 15 p.)

Revenu ou gain en capital

Appel du jugement dans lequel la Cour de l'impôt a déclaré que le profit tiré de la vente d'une propriété agricole en 1976 constitue un revenu d'entreprise—Les options d'achat de la propriété ont été exercées en 1974 de façon à permettre aux fils du

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

président de la contribuable («Snell») de s'établir comme agriculteurs—Une fois les options exercées, le fils aîné («Rupert») a informé Snell qu'il ne voulait plus s'occuper d'agriculture; les deux autres fils ont dit qu'ils ne feraient pas d'agriculture en l'absence de Rupert—Snell a donc décidé qu'il était préférable de vendre la propriété—La propriété a été vendue en 1976—Question de savoir si le profit tiré de la vente constitue un gain en capital ou un revenu d'entreprise—L'intention première de la contribuable au moment où la propriété a été acquise est l'élément le plus important—L'intention secondaire de vendre dans le cas où le but premier ne peut être atteint est également pertinente dans certains cas—La jurisprudence récente s'est graduellement éloignée de la notion de l'intention secondaire: la perspective de revendre pour faire un profit doit constituer maintenant un «motif déterminant» de l'acquisition de la propriété [*Crystal Glass Canada Ltd. c. La Reine* (1989), 89 DTC 5143 (C.A.F.)]—Le sort du litige dépend de questions de fait et de crédibilité concernant l'intention dans laquelle la propriété a été acquise—La contribuable a acheté la propriété dans le seul but d'acquérir une terre agricole qui serait finalement cédée à Rupert—Aucune intention, secondaire ou autre, de vendre pour faire un profit—Par conséquent, le profit tiré de la vente constitue un gain en capital.

SNELL FARMS LTD. C. M.R.N. (T-2376-84, juge Cullen, jugement en date du 31-10-90, 15 p.)

Appel de la nouvelle cotisation dans laquelle la part de la demanderesse du produit de la vente d'une exploitation agricole était considérée comme un revenu—La demanderesse s'occupe principalement de la construction et de la location d'immeubles—La demanderesse et trois autres entreprises ont acquis et détenu la propriété en vertu d'un contrat de société—La société a conservé la propriété pendant 15 ans, période pendant laquelle elle a reçu un revenu tiré de la location du pâturage et de la maison de ferme—La société a présenté plusieurs plans de lotissement en vue d'un projet domiciliaire, bien que le propriétaire de la demanderesse se soit opposé au projet et ait tenté de faire modifier le plan de façon que celui-ci comporte davantage de propriétés à revenu—La défenderesse soutient que la demanderesse a décliné toute responsabilité liée à la participation active aux projets de mise en valeur de la société de façon que l'intention de la majorité du groupe subsume toute intention contraire—L'intention de l'ensemble des membres de la société est concluante lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence de l'intention de revendre la propriété pour faire un profit—Au moment de l'acquisition, la société avait l'intention de détenir l'exploitation agricole en vue d'un projet futur de location, mais elle a changé d'idée entre le moment de l'acquisition et celui de la vente—La société dans son ensemble a agi d'une manière claire et non équivoque de façon qu'il soit possible de considérer la propriété comme un bien commercial destiné à être vendu progressivement dans le cadre d'un projet d'expansion domiciliaire plutôt que comme un bien immobilisé—L'intention de l'ensemble du consortium subsume celle des membres—La demanderesse n'a pas prouvé que la cotisation était erronée—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 3, 4, 9, 248.

HOMES DEVELOPMENT LTD. C. CANADA (T-113-87, juge McNair, jugement en date du 26-10-90, 12 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**PÉNALITÉS**

L'appelante a surévalué sa dette fiscale pour 1978—Elle a conclu une entente avec le ministre en vue de réaffecter les sommes payées en trop à son impôt sur le revenu de 1979—Au moyen d'une nouvelle cotisation, le ministre a conclu que l'appelante avait sous-estimé sa dette fiscale pour 1978—Il a établi la cotisation à 11 968,23 \$ au titre de l'intérêt sur les acomptes provisionnels devant être faits avant la production de la déclaration conformément à l'art. 161(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, et à 83 601,69 \$ au titre de l'intérêt sur le solde de l'impôt impayé à l'expiration du délai de production de la déclaration de 1978 en vertu de l'art. 161(1)—Le juge de première instance [[1987] 3 C.F. F-41] a jugé que les paiements devaient être considérés comme s'ils avaient initialement été effectués à l'égard de l'année 1979 en vertu de l'entente—Appel accueilli en partie—L'appelante devait l'intérêt en vertu de l'art. 161(1), mais non en vertu de l'art. 161(2)—En vertu de l'art. 161(2), l'intérêt peut être réclamé si l'acompte provisionnel prévu par la partie I n'a pas été payé—L'appelante a payé les acomptes provisionnels requis—Lorsque les acomptes provisionnels ont été payés, l'obligation fiscale n'a pas été éteinte étant donné qu'elle n'existait pas encore—Les sommes devaient s'appliquer à l'obligation fiscale pour 1978 lorsque celle-ci serait établie—Après le paiement, les parties peuvent s'entendre pour modifier l'affectation du paiement tant que la dette prévue n'existe pas—L'entente réaffectant les acomptes provisionnels à une autre année ne modifie pas les événements passés—Selon l'art. 161(1), l'intérêt est dû si la somme payée à l'expiration du délai de production de la déclaration d'impôt est inférieure au montant de l'impôt exigible—À compter de la date de l'entente, les acomptes provisionnels, qui n'avaient pas encore été utilisés en vue d'éteindre l'obligation fiscale de 1978, devaient être affectés à l'obligation fiscale de 1979—Par suite de l'entente, à l'expiration du délai de production de la déclaration d'impôt, la somme payée «au titre» de l'impôt sur le revenu de 1978 ne comprenait pas les montants initialement payés à cette fin étant donné qu'ils avaient depuis lors été affectés à l'année d'imposition 1979—La nouvelle cotisation est renvoyée au ministre en vue d'un réexamen pour le motif qu'en ce qui concerne l'année 1978, l'appelante ne devait pas d'intérêt en vertu de l'art. 161(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 157(1)a)(i) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 57), 161, 164 (mod. par S.C. 1978-79, chap. 5, art. 8)—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), chap. F-11, art. 26.

CANADA C. UNION GAS LTD. (A-585-87, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 29-10-90, 6 p.)

PRATIQUE

Requête visant: a) au rejet de la demande présentée en vertu de l'art. 225.2(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu (i) en vue de faire fixer la date et le lieu où la Cour statuera sur la question de savoir si l'ordre de «recouvrement compromis» donné par le M.R.N. en vertu de l'art. 225.2(1) est fondé et (ii) en vue de l'obtention d'une ordonnance de sursis de l'exécution des certificats déposés par le M.R.N. en vertu des art. 222 et 223; b) à

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'annulation du sursis partiel ordonné le 31 mars 1988; et c) au paiement des frais d'entreposage assumés par le shérif en raison du retard dans le prononcé de la décision—Le contribuable a déposé des avis d'opposition à l'égard des nouvelles cotisations établies pour les années d'imposition 1983, 1984, 1985 et 1986 après l'expiration du délai de 90 jours prévu par l'art. 165(1)—La demande présentée par le contribuable en vue d'une prorogation du délai de dépôt des avis d'opposition a été rejetée par la Cour de l'impôt—À la suite de la délivrance d'un ordre ministériel en vertu de l'art. 225.2(1), l'intimée a fait enregistrer des avis de saisie à l'égard de deux des véhicules et d'autres biens du contribuable—Le sursis partiel est ordonné—Question de savoir si la demande n'a plus qu'un intérêt théorique étant donné la décision rendue par la Cour de l'impôt—La décision rendue par la Cour de l'impôt a pour effet d'épuiser irrévocablement les délais et d'annuler les restrictions légales empêchant le M.R.N. de prendre des mesures pour recouvrer la dette fiscale impayée—Compte tenu de la décision rendue par la Cour de l'impôt, l'ordre ministériel n'a plus de raison d'être—Requête accueillie: la demande fondée sur l'art. 225.2(2) est rejetée, le sursis partiel annulé, les frais d'entreposage assumés par le shérif devant être ajoutés au solde de la dette fiscale due par le contribuable—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 152(1) (mod. par S.C. 1978-79, chap. 5, art. 5), (2), (8), 225 (mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 115), 225.1 (ajouté, idem, art. 116), 225.2 (ajouté, idem).

NEEB C. CANADA (T-534-88, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 16-10-90, 11 p.)

Actions en dommages-intérêts intentée contre un fonctionnaire de Revenu Canada («Smith») et la Couronne pour parjure, libelle, fraude, outrage au tribunal, complot et d'autres fautes professionnelles» apparemment commises par les défendeurs dans l'établissement de la nouvelle cotisation d'impôt du contribuable pour 1983—L'action résulte d'une autre action intentée devant la Cour fédérale, dans laquelle le bien-fondé de la cotisation de 1983 était contesté—Examen minutieux des procédures relatives à l'action sur le fond, lesquelles ont été longues et compliquées: fondamentalement, le contribuable, qui habite aux États-Unis, allègue ne pas être obligé de payer l'impôt sur le gain en capital retenu au moment de la vente d'une partie d'une exploitation agricole située en Alberta et allègue que les paiements effectués n'ont pas été portés au crédit de son compte—Le ministre a reconnu qu'une partie du gain en capital imposable avait été ajoutée par erreur au revenu de 1983 du contribuable et Smith a convenu que la retenue concernant le gain en capital n'avait pas été portée au crédit du compte général du contribuable comme il se devait, mais qu'elle avait été portée à un compte auxiliaire portant les déductions auxquelles le contribuable avait droit en sa qualité de non-résident—Questions en litige en l'espèce: (1) La déclaration révèle-t-elle une cause raisonnable d'action? (2) La Cour fédérale a-t-elle compétence en ce qui concerne Smith?—(1)a) Allégation selon laquelle Smith s'est parjuré pendant l'interrogatoire préalable lorsqu'il a «menti» en disant que la retenue relative au gain en capital avait été portée au compte auxiliaire: la common law ne reconnaît aucun recours civil fondé sur le parjure—b) Allégation selon laquelle Smith a commis un libelle pendant l'interrogatoire préalable et dans un document concernant le rapprochement du compte du contribuable où il est fait mention d'un

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

«revenu non déclaré»: l'immunité absolue s'étend aux remarques faites pendant l'interrogatoire préalable et l'immunité conditionnelle protège les renseignements transmis en vertu d'une obligation légale, sociale ou morale—L'immunité conditionnelle peut être contrecarrée par l'intention de nuire, mais la preuve ne suffit pas pour appuyer l'allégation—c) Fraude, complot, etc.: le contribuable a omis de produire des détails ou une preuve véritable de fraude ou de fausse déclaration—d) «Autres fautes professionnelles»: en supposant que le contribuable ait allégué une cause d'action pour un acte administratif illicite sous ce chef, aucune preuve n'appuie une telle cause d'action bien que la responsabilité délictuelle puisse être imposée pour cause d'abus de pouvoir commis délibérément et dans l'intention de nuire—(2) La Cour fédérale n'a pas de compétence à l'égard de Smith en sa qualité de défendeur individuel étant donné que les deuxième et troisième éléments du critère établi dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752 ne sont pas satisfaits: l'art. 17(4b) de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Section de première instance la compétence à l'égard des actions contre les préposés de la Couronne, mais il n'y a pas de «loi fédérale» régissant ou établissant la responsabilité de Smith étant donné que toutes les causes d'action sont de nature délictuelle et qu'elles ressortissent donc du droit provincial, et non du droit fédéral—Action contre Smith rejetée pour défaut de compétence—Action contre la Couronne rejetée étant donné que les causes d'action ne sont pas appuyées par la preuve et que de nombreuses autres questions déjà tranchées sont simplement de nouveau soulevées—Les dépens entre parties adjugés aux défendeurs sont payables immédiatement après la taxation.

HANSON C. SMITH (T-2013-88, juge Cullen, jugement en date du 21-10-90, 17 p.)

INJONCTIONS

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance (1) accordant à la demanderesse une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse a) de continuer à violer les droits que possède la demanderesse sur son dessin industriel; b) de continuer à offrir en vente et à vendre le style de meuble n° 9037 («le style de la défenderesse»); c) de continuer à violer les droits d'auteur que possède la demanderesse sur son étiquette volante; d) d'attirer l'attention du public sur son style de meuble de façon à créer ou à risquer de créer de la confusion au Canada entre son style et l'entreprise ou le style n° 249 de la demanderesse; e) de faire passer son style pour celui de la demanderesse; (2) accordant l'autorisation de modifier la déclaration—L'autorisation de modifier la déclaration est accordée—La demande d'injonction provisoire restreinte est accueillie et un calendrier est établi de façon que la demande d'injonction interlocutoire soit examinée sans délai—Il est interdit à la défenderesse d'expédier tout sofa visé par l'allégation de violation et d'en promouvoir la vente tant que la demande d'injonction interlocutoire n'aura pas été tranchée—La demanderesse risque de subir un préjudice irréparable si l'injonction n'est pas délivrée—La balance des inconvénients penche du côté de la demanderesse.

SKLAR-PEPPLER INC. C. DECOR-REST FURNITURE LTD. (T-1781-90, juge Reed, ordonnance en date du 29-10-90, 5 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

La Cour d'appel a infirmé le jugement dans lequel la Section de première instance avait donné à la Commission nationale des libérations conditionnelles le choix entre un *certiorari* annulant sa décision ou une ordonnance prévoyant la tenue d'une audience à huis clos destinée à lui permettre de justifier la non-divulgence des renseignements au requérant—L'affaire a été renvoyée à la Section de première instance pour que l'audience soit reprise—Directives au sujet des éléments de preuve et des arguments devant être présentés à la reprise de l'audience—La limite prévue par l'art. 17(5) du Règlement sur la libération conditionnelle à l'égard des droits reconnus par l'art. 7 de la Charte est «prescrite par la loi»—La Commission peut présenter des arguments et des éléments de preuve supplémentaires afin de répondre à l'une ou à plusieurs des questions suivantes: (1) Pourquoi l'art. 17(5) constitue-t-il une limite «raisonnable», «dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique», même s'il n'existe pas de mécanisme indépendant d'examen des décisions de la Commission en vertu de cet article? (2) La décision de la Commission, selon laquelle la divulgation des renseignements au requérant pouvait «raisonnablement mettre en danger la sécurité d'une personne», était-elle justifiable compte tenu des documents dont elle disposait? (3) En l'espèce, l'intérêt public en jeu dans le cas de la non-divulgation, conformément à l'art. 17(5), l'emporte-t-il sur l'intérêt qui est servi par la divulgation?—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 24(1)—Règlement sur la libération conditionnelle, C.R.C., chap. 1249, art. 17(5) (mod. par DORS/86-817, art. 4).

GOUGH C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2439-90, juge Reed, directives en date du 8-11-90, 6 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Injonctions—Demande d'injonction interlocutoire empêchant la défenderesse de fabriquer, de distribuer, d'annoncer et d'offrir en vente des insecticides portant la marque de commerce «Insectigone», une étiquette protégée par un droit d'auteur et des feuilles d'information—La demanderesse, qui est la propriétaire inscrite de la marque de commerce, vend des insecticides naturels sous la marque de commerce depuis le mois de mai 1988—La demanderesse possède également le droit d'auteur sur les étiquettes apposées sur son produit et sur les feuilles d'information décrivant le produit—La défenderesse fabrique des insecticides au Canada sous la marque de commerce de la demanderesse et distribue, annonce, offre en vente et vend le produit, avec les étiquettes et des feuilles d'information presque identiques à ceux de la demanderesse par les biais de réseaux de distribution similaires à ceux par lesquels le produit de la demanderesse est vendu—La défenderesse affirme avoir conclu une entente verbale par laquelle la demanderesse lui permettait de vendre et de distribuer des insecticides sous sa marque de commerce, avec les étiquettes faisant l'objet du droit d'auteur et les feuilles d'information—La demanderesse nie l'existence de l'entente—Le seuil critique lorsqu'il s'agit d'accorder une injonction interlocutoire consiste à savoir s'il existe une question sérieuse à trancher (*Turbo Resources Ltd.*

MARQUES DE COMMERCE—Suite

c. Petro Canada Inc., [1989] 2 C.F. 451 (C.A.)—La demanderesse a établi l'existence d'une question sérieuse à trancher et a présenté une preuve *prima facie*—La balance des inconvénients penche du côté de la demanderesse—La demanderesse subirait un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée—Injonction interlocutoire accordée.

CHEM-FREE ENVIRONMENT INC. C. ASTRAL INDUSTRIAL PRODUCTS LTD. (T-2254-90, juge Denault, ordonnance en date du 16-10-90, 7 p.)

CONTREFAÇON

Injonctions—Demande d'injonction interlocutoire dans une action en contrefaçon d'une marque de commerce—Il faut établir l'équilibre entre les trois conditions requises en vue de l'octroi d'une injonction interlocutoire—La demanderesse a démontré qu'il existait une question importante à trancher, mais la défenderesse a soulevé plusieurs moyens de défense importants—La demanderesse n'a pas réussi à établir qu'elle subirait un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée—L'octroi de dommages-intérêts après l'audience indemniserait suffisamment la demanderesse de tout préjudice subi par suite de la présumée contrefaçon—Demande rejetée.

ALL TREAT FARMS LTD. C. ASB GREENWORLD LTD. (T-650-90, juge Reed, ordonnance en date du 15-10-90, 5 p.)

Injonctions—Demande d'injonction interlocutoire empêchant la défenderesse de violer la marque de commerce déposée «Style» de la demanderesse—La demanderesse publie un journal de mode sous cette marque de commerce environ 16 fois l'an sous forme de journal petit format s'adressant aux cadres supérieurs de l'industrie du vêtement et aux détaillants de vêtements pour femmes—La défenderesse publie un quotidien, le *Montreal Gazette*, qui en janvier 1990 a commencé à publier une section intitulée *Style* dans l'édition du mardi, laquelle porte sur les styles et la mode, et principalement sur la mode féminine—Question de savoir si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder une injonction interlocutoire—Le critère préliminaire consiste à déterminer s'il existe une question sérieuse à trancher—Discussion des éléments à apprécier une fois satisfait le critère préliminaire—Il existe une question sérieuse à trancher: les deux parties s'occupent activement du domaine de la publicité et la demanderesse est propriétaire de la marque de commerce se rapportant au mot «Style»—Il est peu probable que cela crée de la confusion ou que cela cause préjudice à l'achalandage: les publications sont trop différentes en ce qui concerne l'apparence, les lecteurs et la présentation—Même s'il y avait confusion, il est peu probable qu'il en résulterait un préjudice irréparable: il est peu probable que la personne qui achète par erreur une publication plutôt que l'autre répéterait son erreur, de sorte que le tort serait minime et réparable au moyen de dommages-intérêts—Demande rejetée.

STYLE COMMUNICATIONS INC. C. SOUTHAM INC. (T-2356-90, juge Cullen, ordonnance en date du 28-11-90, 8 p.)

MARQUES DE COMMERCE—Suite

ENREGISTREMENT

Appel du refus d'enregistrer la marque de commerce «Automatic Parking Devices of Canada» en vue de son emploi en liaison avec l'entretien de matériel pour terrains de stationnement et de matériel servant à contrôler l'accès, la fourniture de services de consultation, de génie et de conception liés à l'installation de matériel pour terrains de stationnement et de matériel de contrôle d'accès—La demande a été rejetée pour le motif que la marque donne une description claire de la nature et du lieu d'origine des services en violation de l'art. 12(1)b) de la Loi sur les marques de commerce même si l'appelante s'est désistée de l'emploi exclusif des mots sauf dans la marque de commerce—Appel accueilli—Pour déterminer si la marque projetée donne une «description claire», il faut s'en remettre à la première impression d'un acheteur éventuel, selon les tribunaux—Le mot «claire» signifie «nette, évidente et facile à comprendre»—L'art.12(1)b) est destiné à empêcher le monopole de l'utilisation d'un mot se rapportant à la nature ou à la qualité d'une marchandise ou d'un service—Explication au sujet du recours au désistement—La combinaison des mots est inhabituelle, sinon unique en son genre—La marque décrit des marchandises, et non des services—Marque non visée par l'art. 12(1)b)—À la suite de la décision du registraire, la demande a été rejetée avant que la marque ne soit annoncée dans le *Journal des marques de commerce*—Le fait que le registraire accueille une demande de publication conformément à l'art. 36 montre simplement qu'il n'est pas convaincu que la marque n'est pas enregistrable, et non qu'elle est enregistrable—Étant donné que les mots de la marque sont employés en liaison avec l'entreprise depuis 1965, la publication aurait dû être permise—Le registraire «a commis une erreur» en omettant d'examiner la marque dans son ensemble et de tenir dûment compte des arguments de l'appelant—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 12(1)b), 34, 36.

CANADIAN PARKING EQUIPMENT LTD. C. CANADA
(REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE)
(T-1627-85, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 2-11-90, 10 p.)

Appel de la décision dans laquelle le registraire a rejeté l'opposition à la demande concernant la marque de commerce «Nishi» destinée à être employée en liaison avec du matériel électronique—L'opposition était fondée sur le motif (1) que la marque représentait principalement simplement le nom de famille de particuliers vivants ou de particuliers décédés dans les trente années précédentes, (2) qu'elle n'était pas enregistrable parce que son adoption était interdite par l'art. 9(1)k), et (3) qu'elle n'était pas distinctive—À l'appui de l'opposition, on a déposé un affidavit dans lequel il était déclaré que Toshitugu Nishi est bien connu dans le domaine du commerce de matériel électronique au Canada étant donné qu'il a contribué à introduire et à promouvoir la ligne «Panasonic», et que «Nishi» est un nom de famille commun au Japon, lequel peut être reconnu en tant que tel au Canada—Le registraire a décidé que la marque de commerce projetée ne représentait pas principalement simplement un nom de famille car ce mot voulait également dire «ouest» en japonais et que c'était un nom de famille peu courant ailleurs qu'à Vancouver, de sorte que la majorité des Canadiens ne le reconnaîtraient pas comme étant un nom de famille—Il a été conclu que la participation de M. Nishi

MARQUES DE COMMERCE—Suite

dans le secteur de l'électronique est insuffisante pour empêcher l'enregistrement en vertu de l'art. 9(1)k) et que rien n'appuie le motif fondé sur l'absence de caractère distinctif—La Cour devrait uniquement intervenir si le registraire a clairement commis une erreur dans sa décision ou si un nouvel élément de preuve est présenté: *McFadden, Fincham, Marcus & Allen c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, T-2996-89, juge Pinard, jugement en date du 22-10-90, C.F. 1^{re} inst., encore inédit—Aucun nouvel élément de preuve n'a été présenté—Le registraire a tenu compte de tous les faits—Aucune erreur n'a été établie—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 9(1)k), 38(8).

NISHI C. ROBERT MORSE APPLIANCES LTD. (T-2738-89, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 6-11-90, 8 p.)

RADIATION

Demande de radiation de la marque de commerce «Heintzman» enregistrée par Heintzman & Co. en 1926 en vue de son emploi en liaison avec des pianos—Les pianos Heintzman sont fabriqués à Hanover (Ontario) par Heintzman & Co. et ses successeurs («Heintzman Company») depuis 1850—Le requérant a constitué une filiale en 1977 et a acquis le droit d'employer le nom Heintzman dans son nom et dans son appellation commerciale—La société Heintzman a été achetée en 1981 par Sklar Peppler Inc. («Sklar»), qui a continué de fabriquer des pianos Heintzman dans les locaux de Heintzman à Hanover jusqu'en 1988, année où elle a fermé la division de fabrication Heintzman et a vendu le reste du stock de pianos Heintzman à la seconde intimée («Music Stand») —Le 14 septembre 1988, Sklar a cédé la marque de commerce à la première intimée («751056») qui a signé en faveur de Music Stand un permis d'utilisation de la marque—La demande d'enregistrement de Music Stand comme utilisateur autorisé de la marque a été déposée le 19 septembre 1988 et a été accueillie le 28 octobre 1988—Du 10 octobre 1986 au mois de septembre 1988, Music Stand, bien qu'elle ne fût ni propriétaire ni usager inscrit de la marque, a employé la marque en liaison avec le stock de pianos Heintzman acheté de Sklar et en liaison avec des pianos d'autres sources—Music Stand a finalement employé la marque uniquement en liaison avec des pianos obtenus de sources américaines et coréennes—Question de savoir si la marque de commerce a perdu son caractère distinctif—La marque de commerce désigne des pianos de grande qualité fabriqués au Canada par la société Heintzman—Les intimées ont délibérément tenté de dissimuler le fait que les pianos provenaient d'autres sources et ont tenté de donner l'impression que les pianos vendus sous le nom Heintzman provenaient des installations de Heintzman situées à Hanover—Le caractère distinctif est perdu par suite de l'emploi de la marque de commerce par Music Stand en liaison avec des pianos obtenus de sources différentes de celles à laquelle le public associait la marque—Aucune perte du caractère distinctif par suite: a) de l'emploi de la marque par le requérant et par d'autres membres de la famille Heintzman; b) de la propriété d'une société fictive ou c) de l'emploi de la marque par Music Stand pendant deux ans

MARQUES DE COMMERCE—Suite

alors qu'elle n'était ni propriétaire ni usager inscrit de la marque—Enregistrement radié.

HEINTZMAN C. 751056 ONTARIO LTD. (T-1441-89, juge Reed, jugement en date du 15-11-90, 20 p.)

Appel de la décision dans laquelle l'agent principal d'audition, pour le compte du registraire des marques de commerce, a conclu que la marque de commerce «Promode» de la société intimée n'était pas employée au moment où l'avis a été signifié en vertu de l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce, mais qu'il y avait des circonstances spéciales justifiant la non-radiation de l'enregistrement—Question de savoir si la société intimée a démontré que le défaut d'employer la marque est attribuable à des circonstances spéciales justifiant le défaut d'emploi—Le propriétaire inscrit de la marque est tenu d'établir l'existence de circonstances spéciales justifiant le non-emploi—Les «circonstances spéciales» sont définies pour l'application de l'art. 45 comme étant des circonstances inhabituelles, peu courantes ou exceptionnelles—La société intimée a clairement toujours eu l'intention d'établir l'emploi de la marque bien qu'une série de circonstances indépendantes de sa volonté au sens de la définition l'eussent empêchée de le faire—Absence d'erreur claire dans la manière dont l'agent principal d'audition a tenu compte de tous les faits; aucune nouvelle preuve n'a été présentée devant la Cour—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 2, 4(1), (3), 45, 56(1), (5).

McFADDEN, FINCHAM, MARCUS & ALLEN C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-2996-89, juge Pinard, ordonnance en date du 22-10-90, 9 p.)

Appel d'une ordonnance ((1988), 22 F.T.R. 59) dans laquelle la Section de première instance a accueilli, en partie, la demande présentée par l'appelant en vue de faire radier trois marques de commerce de l'intimée, à savoir «Expo 86», «Expo» et «86»—Demande rejetée à l'égard des marques «Expo 86» et «Expo» et accueillie à l'égard de la marque «86»—Question en appel: le tribunal d'instance inférieure a-t-il eu raison de refuser de radier l'enregistrement des marques «Expo» et «Expo 86»?—La demande présentée par l'appelant en vue de l'enregistrement comme marque de commerce d'un dessin incorporant le mot «Expo» et le chiffre «86» est rejetée pour le motif que la marque est semblable à la marque «Expo 86» que l'intimée avait adoptée et employée à titre de marque officielle conformément à l'art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce—En outre, la marque projetée crée de la confusion avec les marques déposées «Expo» et «Expo 86» de l'intimée—Le tribunal d'instance inférieure a rejeté à tort l'exception préliminaire soulevée par l'intimée à la suite de la demande de radiation de l'appelant, à savoir que ce dernier n'est pas une «personne intéressée» au sens de l'art. 2 et qu'il ne peut donc pas présenter une demande—Une personne est intéressée au sens de l'art. 2 s'il y a raisonnablement lieu de craindre qu'elle subira un préjudice quelconque si une marque de commerce n'est pas supprimée du registre—Que les marques de l'intimée demeurent ou non inscrites dans le registre, la situation de l'appelant demeure la même: il sera incapable d'employer sa marque parce que la radiation des marques de l'intimée n'aura pas d'incidence sur l'existence de la marque officielle «Expo»—Par conséquent,

MARQUES DE COMMERCE—Fin

l'appelant n'est pas une «personne intéressée» au sens de l'art. 2—Appel rejeté.

MIHALJEVIC C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (A-936-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 18-10-90, 4 p.)

PÊCHES

Demande de *certiorari* annulant certaines ordonnances de fermeture des pêches visant l'ensemble ou certaines parties de la baie Howe (C.-B.) et s'appliquant aux crevettes, aux grosses crevettes et aux crabes, lesquelles ont été rendues en 1988 et en 1989—La requérante exploite une usine de pâte à papier près de la baie Howe—Les intimés, qui sont agents des pêches, ont rendu des ordonnances de fermeture—Les intervenants pêchent le crabe dans la baie Howe—Les intervenants avaient intenté une action antérieure contre la requérante et contre une autre société devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique; ils alléguaient que celles-ci avaient fait en sorte que soit déversé un «effluent nocif» dans les eaux de la baie Howe, ce qui avait entraîné la fermeture des pêches de crabe («l'action intentée par les intervenants»)—L'action intentée par les intervenants était fondée sur divers motifs de responsabilité et notamment sur l'art. 42(3) de la Loi sur les pêches—Questions en litige: (1) la requérante a-t-elle qualité pour demander un *certiorari* à l'égard des ordonnances de fermeture? (2) Dans l'affirmative, la Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à refuser d'accorder le *certiorari*, compte tenu de l'action intentée par les intervenants? (3) Dans la négative, la délivrance des ordonnances de fermeture était-elle autorisée par la Loi sur les pêches et par son Règlement d'application? (4) Dans l'affirmative, les intimés ont-ils à bon droit exercé leurs pouvoirs en rendant les ordonnances de fermeture?—(1) Qualité pour agir: La requérante a qualité pour agir—La requérante est une «personne lésée» par l'ordonnance étant donné que l'art. 42(4) de la Loi aura pour effet de la rendre responsable d'une manière absolue envers les intervenants en ce qui concerne les dommages résultant de la fermeture si ces derniers établissent que la substance nocive déversée dans la baie Howe, laquelle a entraîné la fermeture des pêches de crabe, provenait de son usine—(2) Exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder le *certiorari*: la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer si la requérante a droit au *certiorari* compte tenu du fond de l'affaire—Seule la Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour accorder un *certiorari* annulant les ordonnances rendues par des agents fédéraux agissant en vertu d'une loi fédérale, mais la Cour suprême de la Colombie-Britannique pourrait rendre une décision incidente selon laquelle les fermetures sont invalides dans une action en dommages-intérêts entre deux particuliers ne liant pas la Couronne—Aucune injustice n'est commise lorsqu'une demande de *certiorari* est examinée en l'absence de preuve par les intervenants—Il s'agit essentiellement de questions de droit—Aucune preuve supplémentaire n'est requise à l'égard des faits—(3) Validité des ordonnances de fermeture: les ordonnances sont autorisées—Les fermetures destinées à protéger la santé du public sont autorisées par l'art. 4(1) du Règlement de pêche des mollusques et crustacés du Pacifique—L'art. 19 du Règlement ne vise pas à limiter le reste du Règlement à la réglementation à des fins non liées à la santé—(4)

PÊCHES—Fin

Exercice des pouvoirs de fermeture: les pouvoirs ont été à bon droit exercés par les agents qui ont rendu les ordonnances—Même si l'art. 4(1) du Règlement est interprété strictement comme voulant dire que la décision elle-même concernant la fermeture doit être prise par le directeur régional ou par un agent des pêches, le directeur général a pris la décision en participant à l'élaboration des directives données aux intimés en vue de la délivrance des ordonnances—Demande rejetée—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), chap. F-14, art. 42—Règlement de pêche des mollusques et crustacés du Pacifique, C.R.C., chap. 826, art. 4(1), 19.

WESTERN PULP INC. C. ROXBURGH (T-2402-90, juge Strayer, ordonnance en date du 15-11-90, 14 p.)

PRATIQUE

FRAIS ET DÉPENS

Taxation entre parties des dépens de la demanderesse, qui avait eu gain de cause dans une affaire de contrefaçon de brevet—Le mémoire est réduit de 11 940,39 \$ en ce qui concerne divers postes (7 405 \$ pour les honoraires et 4 535,39 \$ pour les débours)—Le certificat de taxation est examiné en ce qui concerne les frais des témoins, les honoraires se rapportant à la préparation de l'audition de l'affaire et les frais de photocopie—La décision de l'officier taxateur concernant les deux premiers postes n'est pas modifiée—Frais de photocopie: les débours sont admissibles uniquement s'ils sont essentiels à la conduite de l'action—Le montant réclamé doit correspondre aux frais véritables de photocopie et la partie réclamant la somme déboursée doit convaincre l'officier taxateur qu'il s'agit de frais réellement assumés et que les copies étaient essentiels—Il n'a pas été établi devant l'officier taxateur que les copies étaient essentielles à la conduite de l'action—L'officier taxateur a commis une erreur en admettant les frais de photocopie—L'affaire est renvoyée à l'officier taxateur.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. C. TYE-SIL CORP. (T-1565-85, officier taxateur Reinhardt, taxation en date du 5-10-90, 32 p.)

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. C. TYE-SIL CORP. (T-1565-85, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 22-11-90, 11 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Annulation ou modification

Demande en vue du réexamen ou de l'annulation d'une ordonnance rejetant la demande présentée en vertu de l'art. 82.3 de la Loi sur l'immigration afin d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la section du statut de réfugié—L'ancien procureur du requérant avait déposé cette demande sans avoir obtenu l'autorisation de son client—Aucun affidavit ni aucun autre document n'avait été produit à l'appui—La demande d'autorisation a été rejetée pour le motif que le requérant avait omis de déposer les documents dans le délai prescrit par la Règle 9(3) des Règles de la Cour fédérale—Le requérant n'a été mis au courant de la décision de la

PRATIQUE—Suite

section du statut qu'à la fin d'avril ou au début de mai 1990; il a alors consulté une conseillère en immigration qui a entrepris de porter l'affaire en appel—Après avoir appris, au cours de la première semaine du mois de juillet, que l'appel n'avait pas été interjeté, le requérant a consulté son procureur actuel, qui l'a informé de la demande d'autorisation et de la décision rendue à ce sujet—La compétence que possède la Cour d'annuler ou de modifier l'ordonnance est fondée sur la Règle 1733, et non sur la Règle 330 ou sur la Règle 337(5)b): le fait pour le requérant de découvrir que des procédures non autorisées avaient été intentées est considéré comme un «fait . . . qui a été découvert par la suite»—Toutefois, le requérant n'a pas réussi à prouver qu'il a une cause soutenable au fond telle que l'appel envisagé pourrait être accueilli et qu'il serait opportun de proroger le délai dans lequel les documents à l'appui de la demande d'autorisation doivent être déposés—Demande rejetée.

SARAFIMOSKI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-A-1392, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 19-10-90, 5 p.)

PLAIDOIRIES

Détails

Appel de l'ordonnance rendue par le protonotaire-chef, sans motifs, enjoignant aux demandeurs de répondre à 106 questions sur 107—Le style de plaidoirie légèrement mélodramatique et polémique des demandeurs peut avoir poussé les défendeurs à exiger des détails dans une demande verbeuse, sans fin, redondante et peut-être même cocasse—Appel accueilli en partie—Le protonotaire-chef a commis une erreur de droit en omettant d'appliquer le principe selon lequel il n'est pas nécessaire de fournir de détails à l'égard de renseignements que le grand public connaît ou peut facilement obtenir même avant que le litige ne commence—Les demandeurs ne sont pas tenus de fournir des détails au sujet du préjudice prévisible—Les droits qui ont apparemment été violés doivent être suffisamment identifiés et des détails doivent être donnés au sujet des violations appréhendées—Des détails sont également requis en ce qui concerne l'allégation d'excès de compétence et de pouvoir à l'égard des biens-fonds, les dispositions pertinentes du traité invoqué et l'allégation de conflit d'intérêts—Les dépens ne sont adjugés aux parties ni en appel ni à l'égard de la requête.

CRIS DE LA BAIE JAMES C. CANADA (T-962-89, juge Muldoon, ordonnance en date du 12-10-90, 17 p.)

Requête en radiation

Appel de l'ordonnance rejetant une demande visant à faire suspendre une procédure tant qu'une action semblable était pendante devant la Cour suprême de l'Ontario—Les parties, les ressorts et les litiges sont différents—La mauvaise foi découlant de l'introduction de plusieurs actions distinctes devant la Cour fédérale n'est pas établie—Le jugement rendu dans l'affaire portée devant la C.S.O. ne mettra pas fin à toutes les activités reprochées—La suspension vise à éviter des jugements contradictoires, et non seulement des procédures contradictoires—

PRATIQUE—Suite

Aucun des deux tribunaux n'est sur le point de rendre jugement—Il est inopportun d'entraver le droit que possède la demanderesse de poursuivre son action devant cette Cour—Le droit à une audience devant un tribunal ne devrait pas être entravé pour des motifs de procédure sauf dans les cas les plus clairs—Il n'est pas établi que le protonotaire a commis une grave erreur de droit—Appel rejeté.

94272 CANADA LTD. C. MOFFATT (T-520-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 30-10-90, 3 p.)

Demande présentée par la troisième défenderesse en vue de la radiation de divers paragraphes de la déclaration en vertu de la Règle 419 des Règles de la Cour fédérale pour le motif qu'ils ne révèlent aucune cause raisonnable d'action contre elle—Dans les paragraphes contestés, il est allégué que la requérante, en sa qualité de maître d'œuvre, était responsable de la contrefaçon du brevet de la demanderesse par des sous-traitants—La Cour n'est pas convaincue au-delà de tout doute que la demanderesse n'a aucune chance d'avoir gain de cause: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735—La question de savoir si la demanderesse est en mesure de prouver ses allégations doit être tranchée par le juge du procès, une fois qu'il aura entendu toute la preuve—Demande rejetée.

UMACS OF CANADA INC. C. S.G.B. 2000 INC. (T-1364-90, juge Martin, ordonnance en date du 30-10-90, 4 p.)

PRATIQUE—Fin**REPRÉSENTATION PAR UN PROCUREUR OU SOLICITOR**

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance excluant les procureurs de la demanderesse («des procureurs») du dossier—Les procureurs représentaient la demanderesse («Cullom») ainsi que la première défenderesse («Bruce Tile»), qui étaient codéfenderesses dans une action antérieure en contrefaçon de brevet («la première action»)—Cullom a retenu les services des procureurs et a entrepris de défendre la première action pour le compte de Bruce Tile et de payer les frais en découlant—La première action n'a jamais dépassé l'étape des plaidoiries et a été abandonnée—Le critère approprié lorsqu'il s'agit d'exclure des procureurs pour des raisons de conflit d'intérêts consiste à déterminer si une apparence de manquement existe dans l'esprit d'une personne raisonnable, juste et avisée, bien informée de tous les faits—Le critère n'a pas été satisfait—L'objet des deux actions est différent—Les procureurs agissaient uniquement conformément aux instructions de Cullom dans la première action—Aucune preuve de communication directe ou indirecte entre les procureurs et Bruce Tile—Aucune preuve à l'appui de la conclusion que Bruce Tile pourrait être lésée du fait que les procureurs représentent Cullom en l'espèce—Requête rejetée.

CULLOM MACHINE TOOL & DIE, INC. C. BRUCE TILE INC. (T-2007-90, juge Reed, ordonnance en date du 29-11-90, 4 p.)

FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

ANIMAUX

Appel de l'indemnité accordée par suite de la destruction d'élan en vertu de la Loi sur les maladies et la protection des animaux—Après avoir avisé l'appelant qu'il soupçonnait que le bétail se trouvant sur son bien-fonds, en Alberta, était atteint de brucellose, l'intimé a déclaré que ce lieu était infecté conformément à l'art. 23 de la Loi et a examiné le bétail pour voir s'il était malade—Les examens ont montré que le troupeau n'était pas atteint de brucellose—L'intimé a déclaré que le bien-fonds et le bétail de l'appelant n'étaient pas infectés—Une femelle, un veau et un fœtus ont été détruits par suite de l'examen et l'appelant a reçu à cet égard une indemnité de 6 500 \$—Aucune indemnité additionnelle n'a à être versée pour d'autres animaux qui, selon l'appelant, sont morts ou ne sont pas nés par suite du stress causé par l'examen car l'appelant a droit à une indemnité uniquement si l'animal blessé pendant l'examen meurt ou s'il doit être détruit par suite de cette blessure (art. 12(1)d) de la Loi)—Quant au montant approprié des dommages-intérêts, l'«expert» de l'intimé n'est pas qualifié pour décider de la valeur des animaux—La preuve de l'appelant est retenue étant donné qu'elle est plus vraisemblable—La décision du ministre est modifiée—Le montant de l'indemnité est porté à 10 500 \$—Aucune ordonnance n'est rendue à l'égard des dépens—Loi sur les maladies et la protection des animaux, L.R.C. (1985), chap. A-11, art. 12, 15, 16, 23.

SUCH C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE)
(P-1-88, juge Cullen, jugement en date du 26-11-90, 8 p.)

BREVETS

CONTREFAÇON

Injonctions—Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire empêchant les défendeurs d'utiliser ou de fournir des produits contrefaisant le brevet de la demanderesse concernant un procédé comportant le bétonnage des planchers de tours et le transport des coffrages par grue au niveau suivant—La demanderesse s'occupe de fournir aux entrepreneurs en coffrage le matériel d'échafaudage, de coffrage, d'échafaudage et d'autre matériel du même genre—Le défendeur individuel, ancien associé de la demanderesse, a constitué l'une des sociétés défenderesses et a commencé à utiliser et à fournir à d'autres la technique dont il avait pris connaissance au cours de son association antérieure avec la demanderesse, soit la manière dont les crics sont attachés aux coffrages volants—Une preuve abondante a été présentée par les deux parties—Une indemnité

BREVETS—Suite

pécuniaire serait adéquate: la société défenderesse vient d'être constituée et elle exerce depuis peu son activité dans l'industrie de la construction; l'effet qu'elle a eu sur la part du marché de la demanderesse peut être évalué exactement; il est plus difficile de replacer les défendeurs dans leur situation initiale s'ils sont frappés d'une interdiction—La balance des inconvénients ne penche pas du côté de la demanderesse; cependant, elle ne favorise pas nécessairement les défendeurs; toutefois, le brevet expire dans quelques mois, le litige ne remonte qu'à six mois et il n'est pas établi que les défendeurs ont sérieusement influé sur la position importante qu'occupe la demanderesse sur le marché—La Cour a des doutes sur la contrefaçon, sur la nature du préjudice, sur la balance des inconvénients et sur la question de savoir quelle argumentation est la plus plausible et la plus susceptible d'être acceptée à l'instruction—Demande rejetée.

UMACS OF CANADA INC. C. S.G.B. 2000 INC.
(T-1364-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 12-9-90, 4 p.)

PRATIQUE

Requête, en vertu de la Règle 341 des Règles de la Cour fédérale, en vue de l'obtention d'un jugement rejetant l'action en contrefaçon de brevet de la demanderesse concernant une méthode permettant de coller du revêtement mural sur une surface à l'aide de compositions adhésives et accueillant la demande reconventionnelle intentée par les défenderesses en vue de l'obtention d'une déclaration d'invalidité—La demande de brevet a été déposée le 8 août 1979; une divulgation supplémentaire a été déposée le 25 mai 1982—La déclaration dans la revendication 1 selon laquelle les particules demeurent séparées et distinctes pendant l'utilisation ne figure que dans la divulgation supplémentaire, et non dans la divulgation initiale—Les défenderesses soutiennent que selon les Règles sur les brevets, le brevet est frappé de nullité parce que les revendications non appuyées par la divulgation initiale sont invalides—Principes applicables: (1) la Règle 341 ne s'applique pas lorsqu'il existe une question de droit sérieuse à trancher; (2) l'interprétation du mémoire descriptif du brevet dans lequel figurent les divulgations et les revendications est une question de droit relevant de la Cour; (3) l'art. 52 des Règles sur les brevets interdit la modification d'une divulgation pour inclure une matière non indiquée dans les dessins ou qui ne peut être raisonnablement

BREVETS—Fin

déduite du mémoire descriptif initialement déposé—La question de savoir si la Cour peut conclure que la déclaration contenue dans la classification supplémentaire au sujet de l'existence de particules séparées et distinctes pendant l'utilisation ne peut pas être raisonnablement déduite du mémoire descriptif initial peut exiger le témoignage d'expert d'une personne versée dans l'art—Les principes régissant la résolution du litige entre les parties ne sont pas du tout clairs—Étant donné qu'il n'existe pas de question de droit raisonnablement défendable fondée sur des conclusions de fait claires et incontestables, le litige ne peut pas être tranché conformément à la Règle 341—Il est nécessaire de tenir un procès—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 341—Règles sur les brevets, C.R.C., chap. 1250, art. 52.

ALLIED COLLOIDS LTD. C. ALKARIL CHEMICALS LTD.
(T-2210-90, juge suppléant Addy, ordonnance en date du 7-12-90, 5 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Procédures criminelles et pénales

Demande visant à contester, en vertu des art. 7 et 10b) de la Charte, la politique du pénitencier de Kingston concernant les appels téléphoniques et les restrictions imposées au requérant par suite de son abus de la politique—Selon la politique, les détenus peuvent faire deux appels «à caractère juridique ou commercial» par semaine et deux appels à caractère social par mois; ils peuvent également faire des appels en cas d'urgence—Tous les appels sont faits à frais virés—Le requérant a téléphoné 80 fois à des avocats pendant une période de 50 semaines—Le requérant s'est prévalu à mauvais escient du privilège de faire des appels en demandant à téléphoner à son avocat, mais en appelant plutôt la femme d'un autre détenu et en demandant au gardien d'autoriser ce dernier à venir au téléphone pour parler à l'avocat—On a donc interdit au requérant de faire des appels téléphoniques «à caractère juridique» pendant une période d'un mois—La Charte ne prévoit pas que les personnes détenues dans un pénitencier peuvent téléphoner à leurs avocats de façon illimitée—L'art. 10b) de la Charte s'applique au moment de la première arrestation ou détention, et ne vise donc pas le cas du requérant—Les principes de justice fondamentale prévus par l'art. 7 de la Charte ne prévoient pas l'accès illimité au téléphone par les détenus—Examen de deux jugements américains—(1) *Johnson by Johnson v. Brelje*, 701 F. 2d 1201 (7th Cir. 1983): il a été jugé que le fait que des personnes détenues dans des cliniques psychiatriques pour le motif qu'elles n'étaient pas aptes à subir un procès avaient le droit de faire seulement deux appels de dix minutes par semaine et n'avaient pas le droit de recevoir des appels de l'extérieur constituait une entrave déraisonnable aux communications entre la personne détenue et son avocat, étant donné en particulier que 70 % d'entre elles venaient d'une région située à 370 milles du centre de détention; (2) *In re Grimes*, 208 Cal. App. 3d 1175 (Ct. App. 1989): la Cour a ordonné l'installation d'une ligne téléphonique gratuite de la prison au bureau du défenseur public après que les téléphones publics ordinaires eurent été remplacés par des appareils permettant des appels à frais virés

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

seulement—L'accès illimité des détenus au service téléphonique local gratuit n'a pas été ordonné—Les jugements américains sont fondés sur des droits garantis par la constitution américaine qui ne sont pas prévus par la Charte—De toute façon, ces arrêts n'aident pas le requérant—Demande rejetée—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 10b).

OLSON C. CANADA (T-2603-89, juge Reed, ordonnance en date du 15-11-90, 5 p.)

DROIT D'AUTEUR

CONTREFAÇON

Le demandeur cherche à obtenir plusieurs redressements par suite de la présumée contrefaçon du droit d'auteur revendiqué sur une œuvre littéraire que les défendeurs auraient utilisée sans son consentement ou sans son autorisation dans un film intitulé *Return of the Jedi* et dans la série d'émissions de télévision intitulée *Ewok Adventure* ainsi que sous diverses autres formes et dans divers autres médias—Le demandeur allègue avoir rédigé certaines notes qui devaient servir de trame au scénario d'un film pour la télévision ou le cinéma et avoir remis celles-ci à un ami, David Hurry, qui devait écrire le scénario et l'envoyer au défendeur individuel («Lucas») —Hurry a apparemment rédigé le scénario intitulé *Space Pets* («le scénario») à l'aide des notes manuscrites du demandeur et a envoyé à Lucas le scénario et la lettre d'accompagnement vers le 20 octobre 1978—Aucune réponse ni aucun accusé de réception n'ont été reçus et le scénario n'a jamais été retourné—Le scénario comptait parmi ses personnages deux espèces de petits animaux à fourrure dotés de caractéristiques d'êtres humains primitifs, qui se nommaient les Olaks et les Ewoks, vivant sur une planète jusque-là inexplorée de l'espace—Des petites créatures animales à fourrure ayant certaines caractéristiques humaines, qui habitaient la planète Endor, étaient en vedette dans le troisième film de la trilogie *Star Wars* des défendeurs, intitulé *Return of the Jedi* («le film») qui est sorti le 25 mai 1983—Le nom des créatures n'est pas prononcé dans le film, mais il apparaît dans le générique de la fin qui énumère, parmi d'autres, des comédiens sous la désignation d'Ewoks—Les créatures sont devenues très connues comme des Ewoks par suite du film, d'au moins une production pour la télévision et de la commercialisation de divers produits, livres et imprimés, avec l'autorisation des défendeurs—Questions en litige: (1) Lucas a-t-il plagié le personnage de l'Ewok ou d'autres caractéristiques importantes du scénario? (2) Peut-il y avoir un droit d'auteur sur le nom Ewok et la description du personnage de l'Ewok faite dans le scénario? (3) Le demandeur était-il l'auteur du scénario de sorte qu'il pouvait revendiquer un droit d'auteur sur son œuvre artistique?—(1) Plagiat: pour trancher la question, il faut comparer les similitudes entre le scénario et le film et déterminer si Lucas avait accès au scénario—Les défendeurs n'ont aucun document attestant la réception du scénario; Lucas et tous les témoins de son organisation ont nié avoir vu le scénario avant

DROIT D'AUTEUR—Suite

que l'action ne fût intentée—L'idée générale d'une espèce primitive de créatures à fourrure dotées de certaines caractéristiques humaines, vivant dans la forêt et disposant d'armes primitives peut être retracée jusqu'au scénario original du film *Star Wars* de 1974 de Lucas—Le personnel de création de Lucas a conçu les Ewoks pour le film en se fondant sur l'idée que Lucas avait eue en 1974, ce dernier leur ayant donné au préalable fort peu de directives précises—Il y a pénurie de jurisprudence canadienne sur les critères devant servir à l'appréciation de l'importance des similitudes—Les éléments suivants sont proposés par les cours d'appel américaines: l'intrigue, le thème, le dialogue, l'atmosphère, le décor, le rythme, le déroulement et les personnages, dans les limites reconnues du droit d'auteur sur l'œuvre protégée—Le critère que le juge des faits doit appliquer dans l'appréciation des éléments consiste à savoir si l'observateur non averti moyen, du moins l'un de ceux à qui l'œuvre est destinée, reconnaîtrait que le passage en cause provient de l'œuvre protégée par le droit d'auteur—En l'espèce, il n'est pas allégué qu'il y a similitude dans l'intrigue ou dans le dialogue; les aperçus antérieurs des deux productions montrent clairement qu'il n'existe aucune similitude de thème, d'atmosphère, de rythme et de déroulement; bien que certaines scènes existent à la fois dans le scénario et dans le film, elles ne peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur ni être protégées par ce droit, car il s'agit d'éléments normaux des productions tirés d'un héritage commun de folklore—Bien qu'il existe certaines similitudes générales dans les détails décrivant les Ewoks, il n'existe pas de similitude importante entre le scénario et le film—Par conséquent, l'observateur non averti moyen, la personne ordinaire dans les auditoriums respectifs visés, ne trouverait aucune similitude importante dans le scénario et dans le film—(2) Existence d'un droit d'auteur sur le nom et la description du personnage de l'Ewok: en général, il ne peut pas y avoir de droit d'auteur sur un simple nom, mais lorsque le nom désigne un personnage bien connu, le droit d'auteur sur le nom et sur le personnage représenté peut être reconnu si le personnage est décrit dans l'œuvre faisant l'objet du droit d'auteur d'une façon suffisamment claire pour devenir généralement connu et reconnu—Les caractéristiques dépeintes dans le scénario ne décrivent pas le personnage de l'Ewok d'une façon suffisamment distincte pour justifier de le reconnaître comme personnage pouvant faire l'objet d'un droit d'auteur et le personnage de l'Ewok décrit dans le scénario n'est pas généralement connu grâce au scénario sur lequel le demandeur allègue avoir un droit d'auteur—Les Ewoks sont devenus célèbres grâce à la production du film des défendeurs, ainsi qu'aux activités connexes de distribution et de promotion—Par conséquent, le personnage de l'Ewok décrit dans le scénario ne fait pas en soi l'objet d'un droit d'auteur—(3) Droit d'auteur sur le scénario: il n'est pas nécessaire de régler la question pour statuer sur la question principale de la violation, de laquelle dépend l'issue de l'affaire—Le demandeur n'a pas établi selon la prépondérance des probabilités que les défendeurs ont en bonne partie produit, reproduit ou adapté le scénario dans le film; il n'y a pas de similitude importante entre le scénario et le film; le personnage de l'Ewok décrit dans le scénario n'est pas une matière protégée par le droit d'auteur; les

DROIT D'AUTEUR—Fin

défendeurs n'ont violé aucun droit d'auteur du demandeur sur le scénario—Action rejetée.

PRESTON C. 20TH CENTURY FOX CANADA LTD.
(T-142-85, juge MacKay, jugement en date du 9-11-90, 45 p.)

INJONCTIONS

Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire destinée à empêcher les défendeurs de commercialiser leur publication intitulée «Your Bridal Notebook» et en vue d'obtenir une reddition de comptes des ventes passées de cette publication—Les demandereses ont enregistré en 1985 leur droit d'auteur sur le guide pour jeunes mariées intitulé «The Bride's Journal»—15 000 exemplaires ont été vendus à raison de trois tirages, et un quatrième tirage est envisagé; de plus, la demanderesse tente de trouver un éditeur aux États-Unis—En 1989, les défendeurs ont entrepris de publier un guide similaire à celui de la demanderesse, intitulé «Your Bridal Notebook»—Il s'agit d'un cas flagrant de plagiat en ce qui concerne de nombreux intitulés et les termes particuliers utilisés dans les aide-mémoire faisant l'objet du droit d'auteur enregistré—Il n'est donc pas nécessaire que la Cour tienne compte de la balance des inconvénients ou de l'opportunité d'accorder des dommages-intérêts au lieu de l'injonction—Les seules parties de la publication de la demanderesse qui peuvent faire l'objet du droit d'auteur sont les locutions et les phrases plus longues dans lesquelles l'agencement des mots est de nature à créer une expression propre aux demandereses—Injonction interlocutoire accordée pour les locutions ou phrases de plus de trois mots qui sont identiques ou presque identiques à des locutions ou phrases figurant dans la publication de la demanderesse—La reddition de compte concernant les ventes passées de la publication des défendeurs ne constitue pas une mesure appropriée au stade interlocutoire, mais elle pourra être demandée, le cas échéant, à l'audience.

OVERSEAS ENTERPRISES LTD. C. FEATHERS PUBLISHING AND MARKETING INC. (T-2684-90, juge Strayer, ordonnance en date du 30-10-90, 5 p.)

DROIT MARITIME**PRATIQUE**

Suspension de la procédure—Requête présentée par les défendeurs en vue de faire suspendre l'action en dommages-intérêts intentée par la demanderesse par suite du dommage causé, pendant le déchargement à Saint John (Nouveau-Brunswick), à une boîte de vitesses transportée depuis les Pays-Bas à bord du navire de la défenderesse—La demanderesse est propriétaire et consignataire de la boîte de vitesses en vertu du connaissement—La compétence de la Cour en ce qui concerne l'audition de l'affaire n'est pas contestée—La considération primordiale, lorsqu'il s'agit de déterminer si la suspension doit être accordée, est l'instance appropriée, ce qui exige un juste équilibre entre les avantages pour toutes les parties et les inconvénients qui découlent de l'audition de l'affaire dans un pays lorsque la cause d'action a pris naissance dans un autre pays: *Yasuda Fire & Marine Insurance Co. c. Le navire «Nosira*

DROIT MARITIME—Fin

Lin, [1984] 1 C.F. 895 (C.A.)—La balance des inconvénients doit être déterminée compte tenu des faits particuliers de l'affaire—La Cour est convaincue au-delà de tout doute raisonnable que la suspension ne doit pas être accordée; la demanderesse a établi que la Cour fédérale est l'instance appropriée; la compétence de la Cour n'est pas remise en question; l'accident s'est produit au Canada, dans un port canadien; le consignataire est canadien; les témoins de toutes les parties sont au Canada; le Canada est le ressort naturel—Demande rejetée.

SAINT JOHN SHIPBUILDING LTD. C. ELDIR (LE)
(T-253-87, juge Cullen, ordonnance en date du 10-12-90, 4 p.)

EXPROPRIATION

Motifs supplémentaires à ceux qui ont été déposés le 15 mars 1990 en vue d'accorder un délai additionnel aux personnes revendiquant un droit sur la parcelle A de biens-fonds expropriés («le bien-fonds») pour déposer des déclarations dans lesquelles elles feraient valoir leur droit pour le motif que selon le plan de Travaux publics, le bien-fonds appartenait à Riggs & Sons Ltd. («Riggs & Sons») et que la Cour avait à sa disposition des renseignements selon lesquels Riggs & Sons avait refusé de formuler une revendication parce qu'elle était mécontente de la procédure d'expropriation—Riggs & Sons a par la suite déposé une déclaration dans laquelle elle alléguait être propriétaire du bien-fonds par suite d'un titre possessoire qu'elle détenait depuis plus de 80 ans—Aucune autre demande d'indemnisation n'a été faite—La preuve de la chaîne de titres est quelque peu floue—Il semble qu'en 1920, le bien-fonds appartenait à Jude Nash («Nash») et qu'il a été cédé aux créanciers de Nash le 23 novembre 1921; Ernest Wilson Riggs («Ernest») a été désigné par les syndicats en vue d'exploiter l'entreprise pour le compte des créanciers; en 1932, Nash a finalement remis à Ernest le bien-fonds et l'entreprise libres de toute charge en faveur des créanciers—Après 1932, ni Nash, ni aucun de ses ayants cause n'ont revendiqué un droit sur le bien-fonds—Ernest était la seule personne à considérer le bien-fonds comme étant le sien de 1932 jusqu'à son décès, en 1972—Le bien-fonds a été légué à la femme d'Ernest, Olive Riggs («Olive»); il lui a été dévolu le 29 juin 1974—Riggs & Sons a été constituée en 1973; depuis lors, elle a exploité l'entreprise anciennement exploitée par Ernest sur le bien-fonds jusqu'à la date de l'expropriation—Olive était propriétaire du bien-fonds au moment de l'expropriation—L'indemnité doit être versée à Olive—Nulle autre personne n'a droit à une indemnité.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. NEWFOUNDLAND AND LABRADOR HYDRO (T-1513-89, juge Martin, motifs supplémentaires de décision en date du 11-12-90, 5 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCÉDURE DE SÉLECTION***Concours*

Demande en vue de la révision et de l'annulation de la décision dans laquelle le comité d'appel de la Commission de la

FONCTION PUBLIQUE—Fin

fonction publique avait conclu que l'exigence linguistique liée au poste n'était pas fondée—L'intimée s'est portée candidate à un concours interne concernant le poste de secrétaire du directeur, Industrie et technologie, ministère de l'Expansion industrielle régionale, à Halifax—L'une des exigences du poste était: «bilingue, nomination impérative PPC-CCC»—L'intimée a été éliminée parce qu'elle n'avait pas réussi l'épreuve de dactylographie en français et l'épreuve de sténographie en anglais—L'appel interjeté par l'intimée à la suite de la nomination de la candidate reçue a été accueilli pour le motif que l'exigence concernant le français au niveau avancé CCC était injustifiable et indéfendable—Pour les motifs énoncés dans *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.), le comité d'appel n'a pas compétence pour se prononcer sur le bien-fondé des qualifications linguistiques imposées par le Ministère en ce qui concerne le poste à combler—Demande accueillie—La décision est annulée et l'affaire est renvoyée au comité d'appel.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. JOLLIMORE
(A-19-90, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 23-11-90, 3 p.)

IMMIGRATION

Demande visant à faire suspendre une mesure d'expulsion et à interjeter appel du refus de la Cour d'appel d'entendre l'affaire—Trois motifs fort valables justifient le rejet de la demande en vue d'obtenir l'autorisation de présenter une demande fondée sur l'art. 18, mais celle-ci a déjà été déposée; par souci d'équité et pour plus de sûreté, reporter l'exécution d'une mesure d'expulsion valide pendant quelques jours est un bien petit sacrifice pour s'assurer que la demande fondée sur l'art. 18 sera examinée par la Cour de la façon appropriée—La Cour doit au moins tenir compte de la demande d'autorisation—L'exécution de la mesure d'expulsion est donc suspendue pendant six jours, la demande d'autorisation devant être entendue au plus tard à ce moment-là.

ANSOMAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-643, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 22-5-90, 4 p.)

PRATIQUE

Requête en vue de l'interrogatoire préalable de l'intimé et de la divulgation de renseignements destinés à aider le requérant à soutenir la requête en autorisation de présenter, en vertu de l'art. 18, une demande visant à faire annuler la décision dans laquelle le ministre avait conclu à l'insuffisance des raisons d'ordre humanitaire permettant de dispenser le requérant de suivre la procédure normale d'immigration—Le tribunal a rejeté la revendication par le requérant du statut de réfugié pour le motif que celle-ci n'avait pas un minimum de fondement; la revendication découlait du fait que le requérant craignait d'être persécuté par le gouvernement du Kenya en raison de ses opinions politiques s'il était renvoyé dans ce pays—Le requérant a par la suite adhéré à la Kenya Canadian Society («la KCS») et a participé au Canada, aux manifestations de la KCS contre le gouvernement du Kenya, malgré les menaces de

IMMIGRATION—Suite

ce dernier—Dans la décision du 23 novembre 1989, l'agent d'immigration a conclu qu'il n'existait aucune raison d'ordre humanitaire permettant de dispenser le requérant de se conformer à la procédure normale d'immigration—Le 15 février 1990, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande que le requérant avait présentée en vue d'obtenir l'autorisation d'intenter, en vertu de l'art. 28, une procédure visant à faire examiner la décision défavorable portant sur la question du minimum de fondement—Le requérant a par la suite participé à une autre manifestation contre le Kenya—Les représentants de l'ambassade du Kenya ont apparemment photographié les manifestants—Au moment où il devait être expulsé, le 23 avril 1990, le requérant a remis à l'agent d'immigration chargé du renvoi une copie d'une lettre adressée au ministre ce jour-là, avec copie à Amnesty internationale, dans laquelle il demandait le réexamen de la revendication de son statut de réfugié au sens de la Convention («la lettre du requérant»)—L'agent chargé du renvoi a lu la lettre, mais il n'a pas mis fin à la procédure d'expulsion («la décision du 23 avril»)—La procédure a été arrêtée par suite de la résistance physique du requérant au moment de l'embarquement à bord de l'avion et a finalement été arrêtée parce que le requérant avait interjeté appel du jugement dans lequel la Cour avait refusé de suspendre la mesure d'expulsion—Le ministre s'est par la suite engagé à ce qu'un représentant du haut-commissariat du Canada à Nairobi surveille le retour au Kenya des personnes qui s'étaient vu refuser le statut de réfugié au Canada—On ne sait pas exactement si le requérant a demandé l'autorisation en ce qui concerne la décision du 23 novembre ou celle du 23 avril—La plupart des arguments du requérant visaient à contester la décision du 23 novembre, mais dans l'avis de requête, celui-ci conteste la décision du 23 avril pour le motif que l'agent chargé du renvoi n'a pas suffisamment tenu compte de la lettre qu'il lui avait envoyée—Dans sa lettre, le requérant ne demande pas expressément le réexamen pour des raisons d'ordre humanitaire; il cherche à rouvrir la revendication de son statut de réfugié au sens de la Convention—Il n'est pas du tout certain que l'agent chargé du renvoi soit tenu d'examiner la situation du revendicateur en ce qui concerne la question des raisons d'ordre humanitaire, qui relève du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil—La façon dont le requérant a procédé en attendant à la dernière minute pour demander à l'agent d'immigration chargé d'assurer son expulsion d'examiner la question de savoir si les événements qui s'étaient déroulés pendant plusieurs mois constituaient des raisons d'ordre humanitaire est déraisonnable et ressemble fortement à un abus du système—Les demandes présentées par le requérant concernant (1) la communication de renseignements au sujet a) de la procédure et de la politique du gouvernement, lorsqu'il s'agissait d'administrer des sédatifs aux revendicateurs pour faciliter leur expulsion, si pareille politique existe, et b) de tout accord entre les gouvernements du Kenya et du Canada au sujet du retour au Kenya des personnes revendiquant le statut de réfugié, ne se rapportent pas à l'objet de la demande d'autorisation ou à la décision dont l'examen est demandé—(2) La demande d'ordonnance en vue de la divulgation des raisons pour lesquelles l'intimé a conclu à l'inexistence de raisons d'ordre humanitaire est mal conçue: pareille communication n'est pas prévue par les Règles de la Cour; tout l'objet des modifications récemment apportées à la Loi sur l'immigration, lesquelles sont destinées à éliminer les revendications futures et à empêcher les retards excessifs, serait anéanti si les

IMMIGRATION—Suite

requérants qui déposent des demandes d'autorisation d'intenter une procédure fondée sur l'art. 18 ou sur l'art. 28 avaient droit à la communication par l'intimé; la Cour n'est pas convaincue que le requérant a le droit de connaître d'autres raisons en plus de celles qu'il connaît déjà ou qu'il soit nécessaire de tenir compte de la demande du requérant en vue de l'examen des raisons d'ordre humanitaire—L'étape préliminaire de la demande d'autorisation n'est pas la procédure appropriée pour déterminer si pareille obligation existe ou si le requérant a droit à des raisons additionnelles—Demande rejetée.

SAID C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-638, juge Reed, ordonnance en date du 20-11-90, 15 p.)

Demande d'autorisation d'intenter une procédure fondée sur l'art. 18, (1) par suite de la décision par laquelle l'agent d'immigration a refusé de recommander l'exercice du pouvoir discrétionnaire en faveur de la requérante pour des raisons d'ordre humanitaire et (2) en vue de contester la constitutionnalité des diverses mesures qui pourraient être prises si la requérante était expulsée—(1) Il n'existe aucune cause défendable—Il s'agit d'une décision discrétionnaire qui ne peut pas donner lieu à un appel au fond—La requérante a omis de montrer qu'il existait une question sérieuse à trancher en ce qui concerne les motifs limités permettant à la Cour d'annuler la décision—(2) Aucune mesure d'expulsion n'est contestée et il est loin d'être certain que pareille mesure puisse être contestée devant la Section de première instance conformément à l'art. 18—Demande rejetée.

SCOTT C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-698, juge Stayer, ordonnance en date du 4-12-90, 2 p.)

Demande d'autorisation en vue de l'obtention d'un bref de prohibition interdisant la tenue d'une audience au sujet de la revendication du statut de réfugié que le requérant avait faite et qui devait avoir lieu à Montréal le 27 novembre 1990—Le requérant a envoyé l'avis d'audition le 16 août, mais la demande n'a été déposée que le 14 novembre—Le requérant a demandé que la demande soit jugée sans comparution personnelle et a refusé de faire entendre l'affaire oralement le 19 novembre à Montréal comme le juge en chef adjoint l'avait prévu—Les observations de l'intimé ont été déposées le 22 novembre—Aucune réponse n'avait été reçue de la part du requérant au moment de l'audition de la demande, le 28 novembre—La demande est rejetée: aucune question sérieuse n'a été soulevée au sujet de la compétence en ce qui concerne la tenue d'une audience—Le fait que le requérant a tardé à déposer la demande justifierait pleinement le refus d'accorder le bref de prohibition.

ELIMELEH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-810, juge Strayer, ordonnance en date du 29-11-90, 2 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Appel de la décision dans laquelle la section du statut de réfugié de la Commission d'appel de l'immigration a refusé

IMMIGRATION—Suite

d'accorder à l'appelant le statut de réfugié au sens de la Convention pour le motif que sa crainte d'être persécuté n'était pas objectivement fondée—En mai 1987, l'appelant, qui était réputé être un terroriste sikh, a été expulsé d'Australie en Inde—L'appelant a été livré à la police de Bombay; il a été mis en état d'arrestation et traité brutalement—Après avoir passé dix jours à l'hôpital et avoir payé des pots-de-vin, l'appelant a reçu son congé et a été confié aux soins de parents—L'appelant a par la suite été assujéti à maintes enquêtes de police et on a tenté de le trouver tant qu'il ne s'est pas enfui de l'Inde en octobre 1988—Après que l'appelant eut quitté l'Inde, un de ses cousins, qu'on avait pris pour lui, a été arrêté au moment d'une descente qui a eu lieu la nuit à son domicile—La Commission a tiré au moins trois conclusions expresses de fait qui permettent de croire que la crainte qu'avait l'appelant d'être persécuté était objectivement fondée; elle a fait, au sujet des motifs et des intentions de la police indienne envers l'appelant, des déductions qui n'étaient pas appuyées par la preuve, et qui ont été faites de façon capricieuse et peut-être même perverse—Les mesures prises contre l'appelant après qu'il eut reçu son congé de l'hôpital à elles seules appuient la conclusion que l'appelant risque raisonnablement d'être persécuté s'il retourne en Inde—Appel accueilli—Il est déclaré que l'appelant est un réfugié au sens de la Convention.

DHILLON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-112-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 14-11-90, 4 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de faire annuler la décision défavorable qui avait été rendue au sujet de la question du minimum de fondement—Les revendications du mari, de la femme et de l'enfant ont été entendues ensemble par un arbitre et par un membre de la section du statut—Le membre de la Commission a commis une erreur de droit en refusant d'ajouter foi à la déposition de la femme parce qu'elle était présente lorsque son mari avait témoigné—La décision est fondée sur une erreur encore plus fondamentale de l'arbitre—Après avoir correctement énoncé le critère du premier palier, l'arbitre a appliqué le critère du second palier en décidant ce qu'elle déciderait selon la preuve, et non ce que pourrait décider la section du statut—L'erreur de l'arbitre a pour effet d'annuler la décision—La demande fondée sur l'art. 28 est accueillie—La décision du tribunal est annulée et l'affaire est renvoyée en vue de la tenue d'une audience au premier palier par un Tribunal constitué différemment.

ANAND C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-302-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 10-12-90, 2 p.)

Un marin polonais, qui servait dans la marine marchande plutôt que de faire son service militaire, a déserté son navire à Thunder Bay—La désertion équivaut à une désertion militaire—Le tribunal du premier palier a commis une erreur de droit en appliquant un critère que sa compétence ne lui permettait pas d'appliquer (*Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238 (C.A.))—Si le critère pertinent avait été appliqué, la revendication aurait été rejetée

IMMIGRATION—Fin

étant donné qu'il n'est pas prouvé que les éléments de la définition du réfugié au sens de la Convention pouvaient être respectés (*Osei c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 1 C.F. F-4 (C.A.)).

SMEKTALA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-315-90, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 10-12-90, 2 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de faire annuler la décision défavorable qui avait été rendue au sujet de la question du minimum de fondement—Le tribunal a appliqué le mauvais critère en obligeant le requérant à établir qu'il courait un danger—Critère approprié: le tribunal doit déterminer s'il existe des éléments de preuve vraisemblables et dignes de foi sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention—Demande accueillie—Décision annulée et affaire renvoyée en vue d'un nouvel examen devant un tribunal constitué différemment.

ENTEZARI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-331-89, juge Urie, J.C.A., jugement en date du 26-11-90, 3 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Le contribuable cherche à déduire du revenu imposable pour l'année d'imposition 1986 les cotisations annuelles qu'il doit verser à des associations professionnelles pour conserver son statut de membre de l'Institut des évaluateurs du Canada et de l'Institut des évaluateurs municipaux de l'Ontario—Ces organismes ne sont pas reconnus par la loi, de sorte que les paiements ne sont pas déductibles—Les évaluateurs salariés ne peuvent pas déduire pareils frais alors que les évaluateurs indépendants peuvent le faire, mais le rejet de la déduction ne viole pas l'art. 15(1) de la Charte parce que la distinction entre l'employé et le travailleur autonome n'est pas analogue aux caractéristiques énoncées à cet article—Appel rejeté.

PETRIN C. CANADA (T-1665-88, juge Martin, jugement en date du 20-11-90, 2 p.)

Appel d'une décision dans laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel interjeté par le contribuable à la suite d'une nouvelle cotisation rejetant les frais d'intérêt déduits en 1981 et en 1982—Le contribuable, un avocat de Vancouver, et sa femme avaient acheté en copropriété un immeuble en 1976 («l'immeuble de la 35^e avenue»)—En 1979, le contribuable a cédé à sa femme son droit sur l'immeuble de la 35^e avenue pour la somme de 30 000 \$, qui n'a jamais été payée—En janvier 1981, la femme a acheté un second immeuble («l'immeuble de la 37^e avenue») au prix de 195 000 \$; de ce montant, la somme de 130 000 \$ a été empruntée à la Banque de Montréal par le contribuable sur un billet à vue; la différence de 65 000 \$ provenait d'un compte conjoint—Plus tard cette année-là, le contribuable a emprunté une somme supplémentaire de 66 442,67 \$ à la banque pour l'investir dans son bureau d'avocats, ainsi que

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

d'autres sommes pour permettre à sa femme d'achever la construction de la maison de la 37^e avenue—Le 1^{er} août 1981, le contribuable a acheté l'immeuble de la 35^e avenue à sa femme pour le prix d'un dollar—Selon l'acte, la valeur marchande de l'immeuble de la 35^e avenue au moment de la vente était de 300 000 \$—Le contribuable allègue avoir convenu avec sa femme qu'il lui devait la somme de 300 000 \$—Le contribuable a été obligé d'affecter l'immeuble de la 35^e avenue à la garantie des prêts à demande, dont le taux dépassait largement 20 %—Du mois de septembre 1981 au mois d'avril 1982, le contribuable a loué l'immeuble de la 35^e avenue; il a tenté de déduire les intérêts payés sur l'emprunt bancaire en 1981 et en 1982 à titre de dépense engagée en vue de tirer un revenu de l'immeuble de la 35^e avenue pour le motif que bien qu'il eût initialement emprunté l'argent pour permettre à sa femme d'acheter l'immeuble de la 37^e avenue, il a contracté une dette envers elle lorsqu'il a acheté l'immeuble de la 35^e avenue, et l'argent emprunté a effectivement servi à payer le solde du prix de vente—Le contribuable allègue avoir acheté l'immeuble de la 35^e avenue à des fins locatives et avoir utilisé l'argent emprunté en vue de tirer un revenu de ce bien—En juillet 1982, le contribuable a vendu la propriété de la 35^e avenue pour la somme de 145 000 \$ et a affecté le produit aux dettes bancaires—Question de savoir si les frais d'intérêt engagés en 1981 et en 1982 constituent des dépenses engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien et s'ils peuvent par conséquent être déduits du revenu au sens de l'art. 20(1)c)(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le contribuable n'a pas fourni de preuve objective qu'il a contracté une dette de 300 000 \$ envers sa femme par suite de l'achat de l'immeuble de la 35^e avenue; il n'a pas pu expliquer comment diverses sommes d'argent importantes étaient déposées dans le compte conjoint ou étaient retirées de ce compte, il n'a pas pu retracer l'affectation des sommes empruntées en litige à travers les diverses présumées opérations entre sa femme et lui et il n'a pas pu expliquer comment le comptable avait calculé le montant de l'intérêt se rapportant à l'emprunt de 130 000 \$ pour les années d'imposition 1981 et 1982—Le contribuable ne s'attendait pas raisonnablement à tirer un revenu de l'immeuble de la 35^e avenue, lequel lui permettait de compenser les intérêts excessifs qu'il payait sur les emprunts bancaires—La seule explication logique est que le contribuable a emprunté l'argent pour financer l'achat d'une nouvelle résidence familiale sur la 37^e avenue—Le contribuable a omis de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait de prouver que le ministre avait commis une erreur de droit—Les intérêts payés sur l'emprunt en 1981 et en 1982 ne sont pas déductibles—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(1)c)(i).

BOWES C. M.R.N. (T-419-89, juge Joyal, jugement en date du 23-11-90, 18 p.)

Revenu ou gain en capital

Appel du jugement dans lequel la Cour de l'impôt a jugé que les bénéfices réalisés par suite de l'expropriation et de la vente de certaines parcelles d'un bien-fonds que le contribuable possédait en société en 1977 et en 1979 devaient être considérés comme un revenu—En 1956, le contribuable et sa femme ont formé une société avec neuf autres couples pour se rencontrer

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

pour des soirées amicales et pour réunir des fonds en vue d'effectuer des placements rentables—Le bien-fonds a été acquis en 1959 au nom du contribuable en fiducie pour la société et pour un autre investisseur—Les expropriations de deux parcelles du bien-fonds ont été réglées en 1977; en 1979, la société a convenu de vendre une parcelle du bien-fonds à la ville d'Edmonton—Le contribuable a déclaré les produits des trois dispositions à titre de gain en capital—Le ministre a établi une nouvelle cotisation selon laquelle les bénéfices étaient considérés comme un revenu—Les bénéfices doivent être considérés comme un revenu uniquement si leur revente à profit constitue la «raison principale» de l'acquisition du bien-fonds—La conduite du contribuable dans son ensemble appuie la conclusion selon laquelle le bien-fonds a été acquis à titre de placement: la constitution d'une société par dix couples est compatible avec des projets à long terme; la conduite de la société est compatible avec l'intention d'effectuer des placements; ni la société ni l'un quelconque de ses membres ne faisaient le commerce d'immeubles lorsque le bien-fonds a été acquis; la première disposition a eu lieu près de 20 ans après l'acquisition et n'était pas une vente volontaire; seules certaines parcelles du bien-fonds ont été expropriées ou ont été menacées d'expropriation; le bien-fonds n'a jamais été annoncé en vue d'être vendu et les offres non sollicitées ont été rejetées—La revente à profit ne constitue pas une «raison principale»—Les bénéfices doivent être considérés comme un gain en capital—Appel accueilli.

WITTEN C. M.R.N. (T-1584-86, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 21-6-90, 8 p.)

NOUVELLE COTISATION

Requêtes en vue de la détermination d'une question de droit en vertu de la Règle 474 des Règles de la Cour fédérale—En mars 1984, le M.R.N. a signifié des avis de cotisation aux contribuables pour l'année d'imposition 1983 à l'égard du montant des gains en capital que ceux-ci devaient par suite de la vente de leur droit sur un centre commercial—Le premier avis de nouvelle cotisation a été envoyé à chaque contribuable au début de 1987—Le 6 avril 1987, les contribuables ont déposé des avis d'opposition aux nouvelles cotisations et ont renoncé au droit à un réexamen de ces dernières en signifiant leur intention d'interjeter appel immédiatement des nouvelles cotisations—Les déclarations ont été déposées le 7 juin 1988—Chaque contribuable a reçu, en juillet 1988, un second avis de nouvelle cotisation dans lequel le montant global de l'impôt établi pour 1983 avait été augmenté—Des avis d'opposition ont été déposés et des appels ont été interjetés pour le motif que ces dernières nouvelles cotisations n'avaient pas été établies dans les trois ans de la date de l'expédition par la poste des avis de première cotisation conformément à l'art. 152(4)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Ces derniers avis de nouvelle cotisation ont été annulés par le protonotaire adjoint le 20 avril 1989—Question de droit à trancher: les avis ultérieurs de nouvelle cotisation ont-ils remplacé et annulé les nouvelles cotisations antérieures?—Proposition générale: une nouvelle cotisation ultérieure valide établie pour la même année d'imposition annule et remplace la cotisation antérieure établie pour la même année—Étant donné que les avis ultérieurs de nouvelle cotisation sont invalides, ils ne remplacent pas et n'annulent pas les premiers avis de nouvelle

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

cotisation—Il reste une question litigieuse à l'égard des nouvelles cotisations antérieures: le montant des gains en capital que doivent les contribuables—Les nouvelles cotisations établies dans les premiers avis de nouvelle cotisation sont donc encore en vigueur malgré la signification ultérieure d'autres avis de nouvelle cotisation—Requêtes rejetées—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 152(1),(3),(4)c) (mod. par S.C. 1984, chap. 45, art. 59(1)), (8).

LORNPORT INVESTMENTS LTD. C. CANADA
(T-1104-88, juge Rouleau, ordonnance en date du 30-11-90, 7 p.)

INJONCTIONS

Requête en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse de continuer à violer les droits que possèdent les demanderesse sur leur dessin industriel enregistré—La première demanderesse est une entreprise qui dessine et fabrique un grand nombre de meubles de qualité vendus partout au Canada par la seconde demanderesse—La seconde demanderesse exploite également une entreprise de design de meubles, et notamment de meubles rembourrés, à titre de filiale possédée en exclusivité par la première demanderesse—La seconde demanderesse est propriétaire d'un dessin industriel enregistré à l'égard du dessin du modèle de canapé de la demanderesse et allègue que la défenderesse a, sans son autorisation, publié, vendu, montré en vente et utilisé des meubles sur lesquels son dessin enregistré, ou une imitation frauduleuse de ce dessin, a été apposé—Les demanderesse ont satisfait au «critère préliminaire» en montrant qu'il existait une question sérieuse à trancher et que les demandes n'étaient ni futiles ni vexatoires—Toutes fois, les demanderesse n'ont pas une apparence de droit si forte qu'elle justifie, pour cette seule raison, l'octroi d'une injonction interlocutoire—Ni l'une ni l'autre des parties ne subiront un préjudice irréparable en payant une indemnité pécuniaire, bien qu'à certains égards, il puisse être difficile de calculer le montant de cette indemnité—Balance des inconvénients: les demanderesse perdront des ventes du modèle en question si l'injonction n'est pas accordée; cependant, le modèle fait partie d'une série de modèles vendus par les demanderesse dont l'excellente réputation ne sera pas détruite par la présence continue sur le marché d'un modèle en bonne partie semblable à un prix moins élevé si l'injonction est refusée, tandis que la défenderesse subira une grave atteinte à sa réputation si l'injonction est accordée et s'il est jugé au procès qu'elle n'aurait pas dû l'être—La balance des inconvénients ne penche donc pas si fortement du côté des demanderesse que cela justifie l'octroi d'une injonction—La demande d'injonction interlocutoire est rejetée en ce qui concerne les questions de concurrence déloyale et de violation de dessin industriel, mais elle est accordée de façon à confirmer l'engagement qu'a pris la défenderesse de ne pas publier ou permettre que soient publiées d'autres brochures de renseignements, que ce soit sur les étiquettes apposées au meuble ou autrement, qui violent le droit d'auteur que possèdent les demanderesse sur les brochures—

INJONCTIONS—Fin

Étant donné que chaque partie a partiellement gain de cause, aucune ordonnance n'est rendue à l'égard des dépens.

SKLAR PEPLER SALES INC. C. DECOR-REST FURNITURE LTD. (T-1781-90), juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 3-12-90, 14 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Détermination de la peine—Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de la nature d'un *mandamus* concernant le calcul de la peine d'emprisonnement—Le 2 février 1987, le requérant a été libéré de prison et placé en liberté surveillée—Le 17 janvier 1988, la libération sous surveillance a été suspendue—Le 18 août 1988, le requérant a été reconnu coupable d'une autre infraction et condamné à 12 mois d'emprisonnement, la peine étant consécutive à toutes les autres infractions—Le 31 octobre 1989, le requérant a été reconnu coupable d'une autre infraction et a été condamné à «18 mois d'emprisonnement à purger cumulativement avec toute autre peine en cours»—La demande se rapporte à cette dernière peine—L'art. 20 de la Loi sur la libération conditionnelle limite le pouvoir que possède le juge lorsqu'il prononce une peine cumulative—L'effet de l'art. 20(1.3) est que la peine contestée est uniquement cumulative avec la peine de 12 mois prononcée le 18 août 1988 et avec aucune autre peine—Demande rejetée—Aucune ordonnance n'est rendue au sujet des dépens—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), chap. P-2, art. 20 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 35, art. 9)(1),(1.1),(1.2),(1.3).

FONTAINE C. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL)
(T-1657-90, juge en chef adjoint Jerome, 21-8-90, 4 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Injonctions—Demande d'injonction interlocutoire visant à empêcher l'emploi par la défenderesse de la marque de commerce déposée «Movie Warehouse & Design» de la demanderesse—La demanderesse a obtenu la marque de commerce en vue d'exploiter une franchise de vente et de location de cassettes et de matériel vidéo—Les parties ont par la suite conclu un contrat de franchisage et la défenderesse est devenue usager inscrit de la marque de commerce—Le contrat n'a pas été exécuté, mais la défenderesse continue à occuper les mêmes locaux et à employer la marque de commerce—Les deux parties ont présenté une preuve abondante de violation—Permettre à la défenderesse fautive de continuer à employer la marque de commerce au même endroit causera un préjudice irréparable à la demanderesse: la violation du contrat par un membre de l'organisation de franchisage compromet la qualité de l'entreprise toute entière, les relations de la demanderesse avec les autres exploitants et la réputation des marchandises et services offerts au public—Par contre, le préjudice subi par la défenderesse peut être évalué avec exactitude: la défenderesse pourrait modifier ses factures à peu de frais et remplacer son enseigne extérieure pour environ 2 000 \$—Injonction accordée.

676258 ONTARIO LTD. C. 788968 ONTARIO LTD.
(T-2358-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-10-90, 3 p.)

MARQUES DE COMMERCE—Suite

CONTREFAÇON

Injonctions—Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire visant à empêcher le défendeur de violer les marques de commerce déposées «Jersey City» et «Jersey City & Design» de la demanderesse—Les marques de commerce ont d'abord été employées par le prédécesseur de la demanderesse en mars 1985 en liaison avec des vêtements de sport et des souvenirs ainsi qu'avec son magasin de détail où ces articles étaient vendus, à Calgary—La demanderesse a ouvert un deuxième magasin à Edmonton en septembre 1986—Les marques de commerce ont été enregistrées en décembre 1987 en vue de leur emploi en liaison avec l'exploitation de magasins de détail où des vêtements de sport et des souvenirs étaient vendus—Après l'enregistrement des marques de commerce, la demanderesse a ouvert six autres magasins portant ainsi à huit le nombre de ses établissements en Alberta et en Saskatchewan—La demanderesse allègue avoir employé, dès l'ouverture des magasins, la marque de commerce «Jersey City»—Les magasins vendaient des vêtements aux couleurs d'équipes sportives constituant ou non des répliques authentiques, arborant le logo de clubs collégiaux ou professionnels—Le défendeur a ouvert son premier magasin «Jersey Joe's» à Saskatoon à l'automne 1987, puis neuf autres magasins en Colombie-Britannique, en Saskatchewan, au Manitoba et en Ontario, dont deux sont maintenant fermés—Le défendeur est propriétaire de certains magasins, alors que dans d'autres cas, il a conclu des accords de participation ou de franchise—Tous les magasins du défendeur s'appellent «Jersey Joe's», nom qui figure sur leur devanture, dans la publicité et sur certains articles vendus dans les magasins—Le défendeur vend des vêtements ordinaires et des vêtements de sport—Il existe une correspondance étroite entre les magasins de la demanderesse et ceux du défendeur, qui vendent tous deux des vêtements de sport arborant le logo d'équipes célèbres, destinés aux amateurs de sports—Le défendeur a ouvert d'autres magasins après avoir reçu une lettre dans laquelle la demanderesse lui demandait de cesser d'employer sa marque et après s'être engagé à ne pas ouvrir de nouveaux points de vente pendant l'ajournement de la présente demande—La demanderesse a montré qu'il y avait une question sérieuse à trancher et a établi une preuve *prima facie* de violation: l'emploi du mot «Jersey» dans les marques de commerce et dans les noms commerciaux ainsi que la vente d'articles fortement similaires par les deux parties crée une possibilité de confusion—L'emploi par le défendeur d'un nom commercial qui crée de la confusion à l'égard d'une entreprise similaire risque d'entraîner une diminution de la valeur de l'achalandage et des marques de commerce déposées de la demanderesse—Le défendeur n'a pas prouvé qu'il utilisait de bonne foi son nom personnel à titre de marque de commerce—Il n'est pas nécessaire d'examiner la question de la balance des inconvénients ou de déterminer si l'octroi de dommages-intérêts constitue une réparation subsidiaire adéquate étant donné qu'il a été prouvé d'une façon raisonnablement claire qu'une marque de commerce déposée avait été violée—Il existe une preuve suffisante montrant que la demanderesse subira un préjudice irréparable par suite de la diminution de la valeur des marques de commerce—L'équité favorise la demanderesse—Injonction accordée—Loi sur les

MARQUES DE COMMERCE—Suite

marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 6(5), 20, 22(1).

JERCITY FRANCHISES LTD. C. FOORD
(T-1875-89, juge Strayer, ordonnance en date du
29-11-90, 9 p.)

Demande d'injonction interlocutoire interdisant aux défenderesses d'employer les noms «Toronto-opoly», «Torontoopoly» ou «Cityopoly» en liaison avec un jeu de société et de publier un concours ou jeu de hasard présentant les mêmes caractéristiques que le jeu de Monopoly des demandereses—L'injonction est demandée pour le motif que la marque de commerce aurait été violée et qu'il y aurait eu concurrence déloyale—La question de la violation ne peut se poser qu'en ce qui concerne deux marques: (1) le mot «Monopoly» enregistré pour désigner un jeu de société se jouant avec un tableau et des pièces mobiles; (2) un dessin déposé représentant la forme du jeu de Monopoly pour du «matériel comprenant un tableau et des pièces mobiles destinés au jeu de transactions immobilières»—La première défenderesse (le «Toronto Sun») a lancé, du 30 septembre au 17 novembre 1990, un concours appelé Toronto-opoly comportant un tableau présentant beaucoup de caractéristiques semblables à celles du jeu de Monopoly—Au lieu des noms de lieux bien connus figurant sur le tableau du jeu de Monopoly, les cases du tableau de Toronto-opoly portent le nom d'entreprises de Toronto—Le concours a été organisé avec l'aide de la seconde défenderesse («Favorite»)—Le jeu de Monopoly des demandereses, qui a d'abord été lancé aux États-Unis en 1935, est très populaire—Deux brevets ont initialement été obtenus aux États-Unis et au Canada, lesquels sont tous deux expirés depuis longtemps—La marque de commerce «Monopoly» a été enregistrée au moment où les brevets ont été délivrés, mais les autres marques ont été enregistrées bien après l'expiration des brevets—(1) Force de la cause des demandereses—Il y a lieu de prendre en considération la validité de la marque déposée lorsque la question est passablement simple, en particulier dans les cas qui ne mettent pas en jeu des questions de fait ardemment contestées—En outre, il n'est pas évident que le Toronto-opoly constitue une copie ou une violation de la marque de commerce «Monopoly»—L'emploi par les défenderesses du nom «Toronto-opoly» ne crée pas de confusion au sujet de l'origine du mot «Monopoly»—De même, l'allégation de concurrence déloyale que les demandereses ont faite n'est pas solide: il n'existe aucune preuve de confusion au sujet de l'origine; les indices extérieurs montrent le contraire—Les demandereses ont peut-être établi l'existence d'une question à trancher, mais l'allégation n'est pas très solide—(2) Préjudice irréparable—Quant à l'effet possible d'aviilissement de l'image du jeu de Monopoly et aux répercussions négatives qui pourraient en découler pour les ventes du jeu de Monopoly, il s'agit d'une assertion conjecturale—La perte des possibilités d'intercomercialisation ne constitue qu'une conséquence lointaine et ne devrait donc pas peser lourd dans le contexte d'une demande d'injonction interlocutoire—Aucun effet d'avalanche—Rien ne permet de supposer que Favorite n'est pas solvable—La présomption de préjudice irréparable découlant de la violation de la marque de commerce déposée est réfutée—Les demandereses ne subiront donc pas un préjudice irréparable en l'absence d'injonction—(3) Balance des inconvénients—Le préjudice causé par suite de l'octroi de l'injonction peut facilement être

MARQUES DE COMMERCE—Fin

calculé—Favorite perdrait une occasion de promotion unique en son genre ainsi que la saison des ventes de Noël si l'injonction était accordée—Les acheteurs exigeraient probablement le remboursement de l'argent payé pour les cases du tableau de jeu de Toronto-opoly si l'injonction était accordée et Favorite devrait assumer un lourd fardeau financier—La balance des inconvénients favorise donc l'absence d'injonction—Rien ne permet d'accorder une injonction interdisant au Toronto Sun de présenter le concours ou jeu puisque le concours est terminé et que rien ne permet de penser qu'un autre concours est prévu; de plus, il n'a pas été prouvé que le concours a causé un préjudice aux demanderessees—Demande rejetée.

TONKA CORP. C. TORONTO SUN PUBLISHING CORP.
(T-2832-90, juge Reed, ordonnance en date du 6-12-90, 16 p.)

RADIATION

Appel d'un jugement ((1990), 28 C.P.R. (3d) 385) dans lequel la Section de première instance a refusé de radier l'enregistrement de la marque de commerce «Astro-Vac» de l'intimée, employée en liaison avec des aspirateurs—Les marchandises, comprenant des systèmes, devaient être installées dans des immeubles; les modèles et l'installation du système variaient selon les immeubles; le système nécessitait avec le temps de l'entretien et des pièces de rechange—L'intimée vend les marchandises aux distributeurs qui les vendent aux utilisateurs ultimes, dessinent les systèmes et les entretiennent—Les distributeurs incorporent fréquemment la marque de commerce dans leur raison sociale et l'emploient en liaison avec les services offerts aux clients et avec les marchandises elles-mêmes—Question de savoir si lorsque les marchandises en liaison avec lesquelles la marque de commerce est enregistrée nécessitent, de par leur nature, une installation et exigeront, en temps normal, un entretien régulier et des pièces de rechange, l'emploi de la marque de commerce par le distributeur en liaison avec leur installation et leur entretien rend la marque de commerce non distinctive des marchandises—La réponse est une conclusion de fait à laquelle il faut en arriver en se fondant sur la prépondérance des probabilités et sur la preuve—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la preuve n'établit pas que l'emploi de la marque de commerce par les distributeurs en liaison avec l'installation et l'entretien des marchandises des intimées rend la marque de commerce non distinctive des marchandises—Appel rejeté.

ALL CANADA VAC LTD. C. LINDSAY MANUFACTURING INC. (A-185-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 12-12-90, 3 p.)

PÉNITENCIERS

Demande présentée en vertu de la Règle 324 des Règles de la Cour fédérale par un détenu du pénitencier de la Saskatchewan en vue: (1) de faire fixer la date de l'«audience» dans le cadre de laquelle doit être examinée la demande de *certiorari* visant à faire annuler la déclaration de culpabilité qu'un tribunal disciplinaire a faite par suite de l'omission d'obéir à l'ordre direct de

PÉNITENCIERS—Fin

quitter l'isolement préventif pour se mêler aux autres détenus du pénitencier; (2) d'obtenir l'autorisation de comparaître à l'«audience» malgré son incarcération; (3) de faire joindre une déclaration non produite à l'affidavit à titre de pièce—Depuis le dépôt de la demande, le requérant a été transféré au Centre psychiatrique régional de Saskatoon, puis au pénitencier de Kingston—Aucune raison spéciale n'a été donnée pour expliquer pourquoi le requérant doit comparaître en personne; la requête peut être tranchée à l'aide de la preuve par affidavit produite, et ce, que le requérant soit présent ou non—Il n'est pas certain que le requérant soit prêt à faire examiner la requête principale en vertu de la Règle 324 s'il n'est pas autorisé à comparaître—Étant donné que la Règle 324 peut uniquement être utilisée lorsque le requérant y consent, ce dernier doit se faire représenter par un avocat à l'audition de la requête principale ou consentir à ce que celle-ci soit tranchée sur la base des observations soumises par écrit en vertu de la Règle 324—La Cour n'a pas compétence pour permettre qu'une plaidoirie non produite soit jointe à un affidavit à titre de pièce—Requêtes rejetées—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

LATHAM C. CANADA (T-261-90, juge Strayer, ordonnance en date du 5-12-90, 3 p.)

PRATIQUE

Requête présentée par le mis en cause en vertu de la Règle 324 des Règles de la Cour fédérale, en vue de l'obtention d'une ordonnance déclarant invalide la «directive» donnée par le protonotaire adjoint le 9 juillet 1990—La «directive» est une note de service adressée au greffe de la Cour fédérale demandant que la lettre du 6 juillet 1990 du mis en cause soit déposée à titre d'observation à l'encontre de la requête présentée par la défenderesse en vue du dépôt d'une nouvelle déclaration contre le mis en cause et qu'il ne soit pas tenu compte de la lettre tant que le protonotaire adjoint n'aura pas examiné la requête de la défenderesse—Il n'y a rien dans la «directive» dont le mis en cause puisse se plaindre—Même si la «directive» est considérée comme une décision du protonotaire adjoint, le délai d'appel est expiré—Conformément à la Règle 336(5), l'appel d'une décision du protonotaire doit être interjeté dans les 14 jours qui suivent la décision—Étant donné que la «directive» a été donnée pendant un long congé, le reste du long congé n'entre pas en ligne de compte dans le calcul du délai dans lequel l'appel doit être interjeté en vertu de la Règle 3(1)b—L'appel devait donc être interjeté au plus tard le 14 septembre 1990—Toutefois, l'appel n'a été déposé que le 23 octobre 1990—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 3(1)b, 324, 336(5).

DE KOROMPAY C. ONTARIO HYDRO (T-377-88, juge Strayer, ordonnance en date du 11-12-90, 3 p.)

AFFIDAVITS

Radiation—Requête en vue de faire radier ou de faire déclarer inadmissibles, en totalité ou en partie, certains affidavits

PRATIQUE—Suite

déposés par les requérants à l'appui d'une demande de *certiorari* visant à faire annuler l'approbation donnée par le deuxième intimé à la troisième intimée en vue de la construction d'une centrale thermique alimentée au charbon—Le pouvoir que possède la Cour de modifier des documents et de trancher à l'avance une question d'admissibilité doit être exercé avec beaucoup de réticence; il est habituellement préférable que le juge des requêtes tranche ces questions puisqu'il est mieux placé pour décider de la pertinence de la preuve et de son admissibilité générale compte tenu du contexte de l'affaire dans son ensemble—Certains paragraphes qui sont censés énoncer des faits fondés sur des coupures de journaux qui ont été jointes à titre de pièces plutôt que sur la connaissance personnelle du déposant sont radiés pour le motif qu'ils constituent du ouï-dire—Les requérants ne peuvent manifestement pas s'appuyer sur des reportages pour prouver leur contenu; pareille documentation ne devrait pas se retrouver dans des affidavits déposés devant la Cour fédérale—Un autre paragraphe est radié pour le motif que l'opinion d'une personne non experte y est exprimée—La demande que les intimés ont faite en vue du dépôt d'un nouveau dossier de requête dans la demande principale comprenant la documentation inadmissible est rejetée—Étant donné que le succès est partagé, les dépens suivront l'issue de l'affaire.

CANTWELL C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2975-90, juge Strayer, ordonnance en date du 30-11-90, 4 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance donnant des directives spéciales à l'officier taxateur conformément à la Règle 344(7) des Règles de la Cour fédérale—Les requérantes, Valmet-Dominion Inc. et General Electric Canada Inc., se sont vu adjuger les dépens dans une action en invalidation de brevet qui avait été accueillie ainsi que dans des actions en contrefaçon de brevet intentées par l'intimée, lesquelles avaient été rejetées, à la suite d'un procès qui a eu lieu en Ontario et en Allemagne et qui a duré six mois—La Règle 344(3) énonce les éléments dont il faut tenir compte dans le calcul du montant des dépens—Compte tenu de la preuve écrasante à l'appui des allégations des requérantes, du résultat de l'instance, de l'importance et de la complexité des questions en litige et de la charge de travail, les dépens prévus par le tarif B sont inadéquats—Demande accueillie—Examen de la question des frais des témoins: (1) la Cour ne peut pas refuser les frais pour le motif qu'ils étaient inutiles à moins d'être convaincue que la partie ne pouvait pas raisonnablement croire, au moment de l'audience, que la preuve présentée par le témoin était pertinente et appuyait sa cause; (2) les honoraires des experts ne sont pas limités aux jours où ils ont témoigné étant donné que leur présence pouvait être nécessaire pendant que la partie adverse présentait sa preuve pour leur permettre d'appliquer leurs connaissances techniques aux faits présentés par l'autre partie et qu'ils pouvaient être appelés à réfuter l'opinion exprimée par d'autres experts qui avaient témoigné avant eux—Les dépens adjugés aux requérantes en ce qui concerne la demande sont fixés à

PRATIQUE—Suite

250 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344(3),(7) (mod. par DORS/87-221, art. 2).

VALMET-DOMINION INC. C. BELOIT CORP. (T-1268-86, juge Rouleau, ordonnance en date du 29-11-90, 10 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance donnant des directives spéciales à l'officier taxateur conformément à la Règle 344(7) des Règles de la Cour fédérale—Les requérantes, J.M. Voith GmbH et Voith S.A., se sont vu adjuger les dépens dans une action en invalidation de brevet qui avait été accueillie ainsi que dans une action en contrefaçon de brevet intentée par l'intimée, laquelle avait été rejetée, à la suite d'un procès qui a eu lieu en Ontario et en Allemagne et qui a duré six mois—La demande est accueillie pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Valmet-Dominion Inc. c. Beloit Corp.*, [1991] 1 C.F. F-45 (1^{re} inst.)—La demande a été présentée en dehors du délai de 30 jours fixé par la Règle 344(7), mais la prorogation de délai est accordée parce que le retard n'était pas déraisonnablement long, que l'affaire est encore présente à la mémoire de la Cour et qu'il n'est pas établi que la prorogation causera un préjudice aux intimées—Les dépens adjugés aux requérantes en ce qui concerne la demande sont fixés à 250 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344(3),(7) (mod. par DORS/87-221, art. 2).

J.M. VOITH GMBH C. BELOIT CORP. (T-1350-86, juge Rouleau, ordonnance en date du 29-11-90, 11 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Annulation—Requête en vue de faire annuler et déclarer nulle *ab initio* une ordonnance *ex parte* autorisant les procureurs de la demanderesse, le shérif, un témoin expert, un photographe et un représentant de la demanderesse à pénétrer dans les locaux des défendeurs et à les inspecter pour obtenir des éléments de preuve concernant la présumée contrefaçon par les défendeurs des brevets de la demanderesse—L'ordonnance a été mise à exécution; des documents ont été pris et copiés; des notes ont été prises et des croquis ont été faits par l'expert et des photographies ont été prises—L'ordonnance a déjà été assujettie à un examen ainsi que la plupart des redressements demandés dans la présente requête—Conformément à la seconde ordonnance, les copies de toutes les photographies prises et de tous les documents établis par la demanderesse pendant l'inspection ainsi que les originaux de tous les documents saisis chez les défendeurs ont été retournés—Dans la présente requête, les défendeurs demandent également la remise de tous les documents qui sont encore en la possession de la demanderesse ainsi qu'une ordonnance interdisant à la demanderesse d'utiliser la documentation à l'audience—Défaut de compétence en ce qui concerne l'octroi de ce dernier redressement—Questions en litige: (1) L'ordonnance qui a été mise à exécution peut-elle être annulée *ab initio*? (2) La fausse déclaration qui a été délibérément faite dans l'affidavit à l'appui de la requête en vue de l'obtention d'une ordonnance *ex parte* justifie-t-elle l'annulation de l'ordonnance? (3) Est-il opportun d'accorder des dommages-intérêts?—(1) Annulation *ab initio*: la Règle 330 de la Cour fédérale confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'influer sur la validité ou sur la nature des actions antérieures à l'ordonnance d'annulation, mais il est pour le moins

PRATIQUE—Suite

futile de rendre pareille ordonnance étant donné qu'à part l'effet résiduaire de la preuve documentaire qui est maintenant en la possession de la demanderesse, l'ordonnance *ex parte* est périmée; la demanderesse pourrait probablement obtenir les documents au moyen de l'interrogatoire préalable à une date ultérieure et pourrait probablement demander qu'une déduction défavorable soit faite si les défendeurs détruisaient les documents; de plus, la connaissance des documents et de leur contenu ne s'effacera pas de sa mémoire—(2) Effet de la fausse déclaration: le rôle que la fausse déclaration a eu dans l'ordonnance *ex parte* n'est pas suffisamment important pour justifier l'annulation *ab initio* de l'ordonnance—(3) Octroi des dommages-intérêts: il n'est pas prouvé que les défendeurs ont subi un préjudice par rapport auquel une indemnité compensatoire pourrait être évaluée—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 330.

CULLOM MACHINE TOOL & DIE, INC. C. BRUCE TILE INC. (T-2007-90, juge Reed, ordonnance en date du 3-12-90, 11 p.)

Annulation ou modification

Requête en appel présentée pour la seconde fois en vue de l'obtention d'une décision sans comparution personnelle à la suite d'une décision du protonotaire adjoint et d'une décision dans laquelle le juge avait déjà refusé d'accueillir une demande de prorogation du délai d'appel—Le redressement demandé constitue un abus de la procédure de la Cour puisqu'il se rapporte à des questions tranchées depuis longtemps et qui ne peuvent plus faire l'objet d'un appel—Étant donné que l'appel de la décision du protonotaire adjoint a déjà été rejeté, la demanderesse ne peut pas chercher à interjeter encore une fois appel—Quant à l'appel de la décision rendue par le juge, il est incroyable que la demanderesse essaie par un autre moyen de rouvrir les débats après qu'une tentative antérieure pour faire proroger le délai d'appel eut échoué; un juge de la Section de première instance ne peut pas rejeter l'ordonnance d'un autre juge de la Section de première instance comme la demanderesse le demande.

DE KOROMPAY C. ONTARIO HYDRO (T-377-88, juge Strayer, ordonnance en date du 11-12-90, 2 p.)

Jugement par défaut

Appel de l'ordonnance du protonotaire adjoint annulant un jugement par défaut rendu contre la quatrième défenderesse—Aucune erreur claire de fait ou de droit n'a été commise—Appel rejeté.

LEVI STRAUSS & CO. C. PATRICK ASSARAF IMPORTER LTD. (T-1794-88, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 11-12-90, 2 p.)

PRATIQUE—Suite

PLAIDOIRIES

Modifications

Demande visant à faire modifier la déclaration afin d'y ajouter l'allégation de fausse déclaration faite par négligence contre une défenderesse, à obtenir des ordonnances obligeant les défendeurs à déposer leurs affidavits de documents, à fixer la date de l'interrogatoire préalable et à faire nommer les personnes qui doivent être interrogées à titre de représentantes des défendeurs—Question préliminaire: les avis de requête ont-ils été régulièrement signifiés?—Les avis ont été envoyés aux deux avocats des défendeurs par télécopieur et ont été suivis par la transmission de copies par messenger le lendemain—L'un des avocats a confirmé la réception de la copie télécopiée des documents et un messenger a confirmé que la documentation avait été livrée à l'autre bureau d'avocats—Il n'est pas nécessaire qu'il y ait signification à personne—Conformément à la Règle 311 des Règles de la Cour fédérale, la signification se fait donc en laissant une copie du document à l'adresse de la personne en cause—La signification a été faite selon les règles dans les deux cas—La modification de la déclaration est autorisée de façon à permettre aux demanderesse de présenter toute la preuve à la Cour; la procédure n'est pas trop avancée; les défendeurs ne subissent aucun préjudice—Il est ordonné de fixer la date des interrogatoires préalables et de déposer les affidavits de documents étant donné que les défendeurs ont tenté de retarder le litige—L'une des personnes que les demanderesse veulent interroger n'est pas une représentante de la défenderesse et le statut d'une autre personne n'est pas connu, mais ces deux personnes ont traité directement avec les demanderesse à l'égard des questions en litige; elles sont parfaitement au courant des événements qui ont donné lieu à la cause d'action—Les deux personnes sont admissibles à titre de représentantes ou de membres de la société pour l'application de la Règle 465(1)b) et il convient de les interroger—Requêtes accueillies—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 311, 465(1).

H. SMITH PACKAGING CORP. C. GAINVIR TRANSPORT LTD. (T-2306-87, juge Reed, ordonnance en date du 13-11-90, 4 p.)

Requête en radiation

Demande par la seconde défenderesse, soit l'Administration de pilotage de l'Atlantique («l'Administration»), en vue de la radiation de la déclaration et d'un jugement sommaire—La demanderesse réclame des dommages-intérêts pour le motif qu'on l'a encouragée à participer à deux appels d'offres se rapportant à des services de bateaux-pilotes alors que le choix du soumissionnaire avait été fait à l'avance—L'offre de la demanderesse n'a pas été retenue, bien qu'elle fût la moins élevée—La demanderesse allègue également que l'Administration a violé certaines obligations légales en choisissant un concurrent plutôt qu'elle comme soumissionnaire—Des interrogatoires préalables ont eu lieu et les parties sont prêtes à faire entendre l'affaire—L'argument voulant que la Cour n'ait pas compétence pour entendre l'affaire est rejeté: la demande est fondée sur une «convention relative . . . à l'usage ou au louage d'un navire» et par conséquent, est visée par l'art. 22(2)i) de la Loi sur la Cour

PRATIQUE—Suite

fédérale—L'argument voulant que certaines parties de la plaidoirie soient non essentielles, préjudiciables ou gênantes est rejeté: la procédure est trop avancée pour que la plaidoirie puisse être contestée et aucun des paragraphes litigieux n'empêchera l'instruction équitable de l'affaire—L'argument qu'il n'y a aucune cause raisonnable d'action est rejeté: les arguments de l'Administration sont essentiellement ceux qui seraient invoqués à l'audience—Jugement sommaire: les questions soulevées par l'Administration doivent être tranchées dans le cadre d'un procès, après la présentation de la preuve, et non à la suite d'une demande de jugement sommaire; l'argument n'a rien à voir avec le genre de demandes envisagées par la règle concernant les jugements sommaires—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 17, 22, 42.

NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. C. CANADA (T-2662-87, juge Reed, ordonnance en date du 14-11-90, 9 p.)

Requête présentée par le mis en cause, en vue d'obtenir une décision sans comparution personnelle, rejetant l'ordonnance rendue par le protonotaire adjoint, l'avis de mise en cause et la déclaration de la défenderesse contre le mis en cause—La requête est manifestement irrégulière et constitue un abus de la procédure de la Cour—La requête en vue du rejet de l'ordonnance ne peut pas être examinée: l'appel d'une ordonnance du protonotaire doit être interjeté dans les 14 jours de la délivrance de l'ordonnance; l'ordonnance en question a été rendue il y a plus de trois ans—La requête en vue du rejet de l'avis de mise en cause et de la déclaration de la défenderesse est complètement irrégulière: les moyens invoqués à l'égard de la requête comportent une tentative destinée à démontrer, preuves à l'appui, que les allégations figurant dans l'avis de mise en cause et dans la déclaration de la défenderesse sont inexactes; toutefois, c'est au cours du procès que la Cour doit examiner la

PRATIQUE—Fin

preuve en vue de déterminer la véracité des allégations faites dans les plaidoiries et non lorsque la Cour est saisie d'une requête préliminaire—Requête rejetée.

DE KOROMPAY C. ONTARIO HYDRO (T-377-88, juge Strayer, ordonnance en date du 11-12-90, 2 p.)

La déclaration est radiée pour le motif qu'elle constitue un abus de la procédure de la Cour—Malheureusement, la Cour n'a pas compétence pour déclarer que la demanderesse est une plaideuse abusive—Les dépens sur la base procureur-client sont adjugés au défendeur.

MORROW C. CANADA (T-2493-90, juge Cullen, ordonnance en date du 20-11-90, 2 p.)

Demande subsidiaire en vue de l'obtention de détails au sujet de certaines allégations figurant dans une plaidoirie contestée—Depuis que la défenderesse a déposé la requête, la demanderesse a produit deux autres déclarations, la première n'étant pas très différente de la déclaration initiale et la seconde étant tout à fait différente—La demanderesse a clairement le droit de déposer une nouvelle plaidoirie bien que l'opportunité de pareille mesure après qu'une requête en radiation a été déposée ait été remise en question (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2103 v. Canada and University of Calgary* (1986), 9 F.T.R. 7 (C.F. 1^{re} inst.))—Requête rejetée sans frais et sans préjudice du droit de la défenderesse de présenter une nouvelle requête pour faire radier la dernière déclaration ou pour demander des détails.

JENNINGS C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-2544-90, juge Martin, ordonnance en date du 14-12-90, 2 p.)

FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

BREVETS

CONTREFAÇON

Appel et contre-appel d'une décision de la Section de première instance ((1989), 22 C.P.R. (3d) 389) rejetant l'action en contrefaçon de brevet (pour un tapis d'automobile «Sauve-pantalons»/«Pant Saver») intentée par les appelants au motif que le brevet tel que redéposé était invalide pour défaut d'activité inventive—Le juge n'a pas commis d'erreur en ne considérant la question de l'anticipation que dans le cadre de la question de l'évidence—La question essentielle porte sur la conclusion du premier juge quant à l'évidence (ou défaut d'activité inventive)—Cette question est une question de faits—Un tribunal d'appel ne peut intervenir à moins que le premier juge n'ait commis une erreur manifeste dans son appréciation de la preuve ou une erreur de droit—Les conclusions de fait du juge ne sont pas déraisonnables—Aucune erreur de droit—Appel et contre-appel rejetés.

DUPONT C. CANPER INDUSTRIAL PRODUCTS LTD.
(A-905-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 13-11-90, 11 p.)

PRATIQUE

Dépens—Demande présentée par les demandereses en vue de l'obtention d'une ordonnance fixant à 1 000 \$ le cautionnement pour les dépens en vertu de la Règle 700 des Règles de la Cour fédérale et de l'art. 60(3) de la Loi sur les brevets—Il est ordonné aux parties de faire par écrit des observations dans les 14 jours, à la suite de quoi l'affaire sera instruite conformément à la Règle 324—En 1990, un montant de 1 000 \$ est insuffisant—Compte tenu du caractère complexe de l'action en invalidation de brevet, du fait que le breveté détient un brevet valide et du fait que l'ordonnance de cautionnement vise à protéger le breveté contre les attaques futiles et non fondées concernant la validité du brevet et puisque le cautionnement peut être augmenté en vertu de la Règle 700(3), le cautionnement est fixé à 5 000 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 700—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 60(3).

POWER-UP CANADA LTD. C. BISHOP (T-2729-90, juge Cullen, ordonnance en date du 10-12-90, 5 p.)

CITOYENNETÉ

CONNAISSANCES REQUISES

Appel de la décision dans laquelle un juge de la citoyenneté a refusé d'accorder la citoyenneté—L'art. 5(1)d) de la Loi sur la citoyenneté exige, en vue de l'octroi de la citoyenneté, une connaissance suffisante d'une des langues officielles—L'appelante ne connaît ni l'anglais ni le français—L'art. 5(1)e) exige une connaissance suffisante du Canada ainsi que des responsabilités et avantages rattachés à la citoyenneté—L'appelante n'a pu répondre qu'à l'une de plusieurs questions simples—Appel rejeté—Le fait que l'appelante est analphabète est un obstacle lorsqu'il s'agit d'apprendre l'anglais ou le français, mais elle pourrait, en faisant certains efforts et en manifestant de la bonne volonté, apprendre quelque chose au sujet du Canada ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1)d),e).

MAALLOULI (RE) (T-379-90, juge Pinard, jugement en date du 13-12-90, 2 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Actions en dommages-intérêts contre un membre de la GRC pour fausse arrestation—Selon la jurisprudence, une telle action n'est pas fondée sur «une loi fédérale existante» et la Cour fédérale n'a donc pas compétence pour l'entendre—La prétention selon laquelle le Code criminel du Canada et la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada constituent «un ensemble de règles de droit fédérales» est sans fondement—Ces deux lois n'habilitent pas la Cour fédérale à entendre une action fondée sur un délit civil—Actions rejetées.

EMERY C. CANADA (T-1640-90, juge Dubé, jugement en date du 29-10-90, 3 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE

DEMANDES D'EXAMEN

La demande fondée sur l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale est rejetée pour défaut de compétence—Il n'existe aucun empêchement fondé sur la compétence en ce qui concerne la

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite

procédure intentée en vertu de l'art. 18 à l'égard de la même décision.

HODGSON C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET OCÉANS) (A-430-85, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 12-12-90, 2 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale—Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ayant rejeté la demande de remise présentée par l'avocat du requérant au moment de l'audition de sa cause et ayant rejeté son appel devant ladite Cour vu son absence inexplicquée—Demande rejetée (le juge Marceau, J.C.A., dissident)—Le juge Hugessen, J.C.A.: le requérant avait été dûment avisé de la date et du lieu de l'audience mais ne s'est pas présenté—Son procureur qui était présent a pu faire des observations au nom de son client sans fournir d'excuse véritable pour son absence—La présence du requérant était indispensable au maintien de son appel devant la Cour canadienne de l'impôt et il doit donc supporter les conséquences de son absence—Lorsqu'une partie fait défaut de se présenter devant un tribunal, celui-ci doit s'enquérir si elle a été vraiment avisée de la date et du lieu de la séance sans plus—C'est à la partie en défaut et non au tribunal de faire valoir ses explications ou ses excuses, s'il en est—Les tribunaux administratifs ou statutaires ont le pouvoir de réexaminer leurs propres décisions lorsque celles-ci ont été rendues sans égard à la justice naturelle—Le juge Marceau, J.C.A. (dissident): la demande devrait être accueillie—Le requérant ayant omis de se présenter devant la Cour canadienne de l'impôt, son procureur a demandé une remise et l'avocat de la Commission ne s'y est pas opposé—Le juge a immédiatement rejeté la requête du procureur et l'appel, vu l'absence de l'appelant—La décision attaquée devant cette Cour n'est pas celle du refus de la demande de remise, mais celle du rejet de l'appel—Le juge ne pouvait pas se permettre de rejeter l'appel sur le champ comme il l'a fait—L'absence du requérant pouvait être due à bien des raisons qui permettaient de l'excuser—Le pouvoir de disposer d'une demande sans entendre la partie ne peut exister que si le juge est en mesure de conclure que la partie a eu une opportunité raisonnable de se faire entendre et ne l'a pas utilisée par indifférence, mauvaise volonté, entêtement ou incurie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

AUBUT C. M.R.N. (A-465-89, juge Hugessen, J.C.A. (juge Marceau, J.C.A., dissident), jugement en date du 3-12-90, 9 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de faire annuler la décision du Tribunal de l'immigration—Preuve de mauvais traitements corporels infligés par les autorités du pays d'origine du requérant—Le tribunal n'a tiré aucune conclusion défavorable au sujet de la crédibilité, mais il a néanmoins refusé de renvoyer la revendication en se fondant apparemment sur le motif que la preuve présentée par le requérant au sujet de la situation dans son pays d'origine était [TRADUCTION] «moins digne de foi» que d'autres éléments de preuve tendant à montrer que la situation s'était améliorée—Si le tribunal ne croyait pas le requérant, il aurait dû le dire—S'il croyait que le requérant n'avait

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

alors aucune raison de craindre d'être persécuté, il a clairement outrepassé sa compétence à titre de tribunal de «premier palier».

SUWAIR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-647-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 11-12-90, 2 p.)

COURONNE**CONTRATS**

Action en réclamation d'un montant de 17 194,48 \$ contre la défenderesse relativement à un contrat de vente d'un scellant bitumineux—La préposée de la demanderesse a omis d'inclure dans la soumission les frais de transport au montant de 6 235,95 \$ qu'elle a accepté de réduire de moitié—Transport de la cargaison effectué sur l'ordre de la défenderesse—Résiliation unilatérale du contrat par la défenderesse—Contrat ferme entre les parties ne pouvant être résilié unilatéralement par l'une d'elles—Action accueillie.

BITUMAR INC. C. CANADA (T-533-88, juge Dubé, jugement en date du 21-11-90, 4 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Actions en dommages-intérêts fondée sur la négligence de la défenderesse ainsi que de ses préposés ou employés—La défenderesse exploite, gère et contrôle le parc national de Banff, en Alberta, conformément à la Loi sur les parcs nationaux—Pendant qu'il se promenait avec un ami à Whiskey Creek, dans le parc national de Banff, le demandeur a été attaqué par un grizzly et a subi de graves blessures—Question de savoir si les blessures du demandeur ont été causées par la défenderesse en totalité ou en partie—L'action intentée par le demandeur est principalement fondée sur l'art. 3 de la Loi sur la responsabilité de l'État, selon laquelle l'État est assujéti aux mêmes lois, en matière de responsabilité délictuelle, qu'une personne physique—Le demandeur doit établir selon la prépondérance des probabilités que la perte ou le dommage résulte de la négligence du défendeur—En vertu de l'art. 4 de la Loi sur les parcs nationaux, le demandeur avait le statut juridique d'invité au moment de l'accident—Selon l'art. 1(c) de l'Occupiers' Liability Act de l'Alberta, la Couronne est un occupant des parcs et conformément à l'art. 5 de ladite Loi, la défenderesse était tenue de faire preuve d'une diligence raisonnable en vue de s'assurer que le parc était sûr pour le public—Le demandeur était un «visiteur» au sens de la Loi étant donné que la preuve montre clairement qu'il avait pleinement le droit d'être dans le parc et dans le secteur de Whiskey Creek, où l'attaque a eu lieu—La Loi impose maintenant aux occupants l'obligation positive de prendre des mesures raisonnables pour assurer la sécurité des gens qui sont admis sur les lieux—Le gouvernement est responsable de la négligence de ses employés, bien qu'il puisse souvent être conclu que le demandeur est coupable de négligence contributive—Les garde-parcs sont chargés de protéger les visiteurs et sont tenus de le faire—La Cour suprême du Canada a tendance à rendre les gouvernements responsables de leurs actions lorsque ceux-ci ont été négligents—Le critère de la négligence consiste à savoir ce qu'une personne raisonnable aurait fait et si la négligence, au

COURONNE—Suite

sens véritable du terme, a causé la blessure—Selon la preuve, Whiskey Creek n'est pas un endroit éloigné du parc; il s'agit plutôt d'un secteur boisé voisin d'une importante agglomération, soit la ville de Banff—Une semaine avant que le demandeur ne fût blessé, dans le même secteur général, deux autres personnes, Muskett et Cohoe, avaient été attaquées par un autre ours—Cohoe est par la suite décédé—Muskett a témoigné au sujet de l'incident et a décrit l'ours qui les avait attaqués—Aurait-il été possible de prévenir la première attaque?—Les garde-parcs ont une bonne formation et sont des autodidactes—Le garde-parc en chef avait les connaissances, la formation et l'expérience nécessaires pour connaître les problèmes que posaient les dépotoirs—Les employés du parc avaient tous les pouvoirs nécessaires pour prendre les mesures appropriées en vue d'empêcher la présence de déchets dans la ville, en particulier aux endroits constituant les sources les plus importantes de déchets, c'est-à-dire les restaurants et les hôtels—La politique des parcs ne pouvait pas fonctionner et ne pouvait pas être mise en application à moins que tous les déchets ne soient enlevés—Les employés du parc ont manqué à leur devoir de protéger les résidents, les invités et les visiteurs en faisant preuve de négligence dans les mesures qu'ils ont prises pour mettre en application une bonne politique—La réglementation concernant le contrôle des déchets a été appliquée sans grande conviction—Les employés du parc ne se sont pas acquittés de leur obligation envers les résidents, les invités et les visiteurs en raison de la manière négligente dont ils ont rouvert le secteur après la première attaque—Les employés ne pouvaient pas être certains que l'ours qu'ils avaient tué était celui qui avait attaqué Muskett et Cohoe—Les mesures prises après l'attaque dont le demandeur et son ami ont été victimes correspondent davantage à ce qui aurait dû être fait après la première attaque—L'omission des garde-parcs de faire preuve de la diligence nécessaire signifiait que ceux-ci ont manqué à leurs devoirs envers les visiteurs et ont été négligents en mettant en œuvre la politique ainsi qu'en rouvrant le secteur avant d'être certains d'avoir tué le bon ours—Le demandeur et son ami n'ont pas vraiment été coupables de négligence contributive—Les employés du parc, qui sont des préposés de l'État, ont été coupables d'insouciance et ont fait preuve de négligence des déclarations inexactes—Le demandeur a droit à 80 % des dommages-intérêts et aux dépens—Occupier's Liability Act, R.S.A., 1980, chap. O-3, art. 1(c),e), 5—Loi sur les parcs nationaux, L.R.C. (1985), chap. N-14, art. 4—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), chap. C-50, art. 3.

TOBLER C. CANADA (T-6359-81, juge Cullen, jugement en date du 18-12-90, 39 p.)

Réclamation en dommages-intérêts au montant de 50 000 \$ pour un délit civil commis en septembre 1986 par les préposés de la défenderesse—Dommages causés à des meubles importés de Thaïlande dans deux conteneurs lorsque des douaniers d'un entrepôt de Montréal ont inspecté l'un de ces conteneurs à la recherche de stupéfiants—Certains meubles se trouvant dans le conteneur de 40 pieds ont été déemballés, soigneusement examinés et réemballés par les douaniers—Lorsque la demanderesse a pris possession des deux conteneurs, elle s'est rendue compte que les meubles du conteneur de 40 pieds avaient été sérieusement endommagés—Responsabilité civile de la Couronne fédérale prévue à l'art. 3(a) de la Loi sur la responsabilité de la Couronne—Application des art. 1053 et 1054 du Code

COURONNE—Fin

civil du Québec—Présomption de responsabilité créée par l'art. 1054(7) contre le commettant qui ne peut l'écarter en disant qu'il n'est pas responsable—Déplacement du fardeau de la preuve en faveur de la demanderesse—Preuve de la défenderesse fondée sur la crédibilité des témoins—Preuve irrecevable—Aucune contradiction entre les témoignages des copropriétaires de la demanderesse—Preuve de la demanderesse fondée sur la négligence de la Couronne—Cette preuve indique clairement que le rechargement des meubles en bois de teck dans le conteneur de 40 pieds s'est fait de façon négligente et imprudente et que ces meubles ont subi de sérieux dommages—Dommages attribuables non pas au transport mais à l'inexpérience des douaniers dans l'emballage et le rechargement des meubles—Responsabilité de la Couronne qui ne s'est pas déchargée du fardeau de prouver le cas fortuit, la force majeure, l'intervention d'un tiers ou la faute de la demanderesse—Celle-ci a respecté le délai de prescription puisqu'elle a intenté son action moins d'un an après le délit conformément à l'art. 2261(2) du Code civil qui prévoit un délai de deux ans—Action accueillie pour la somme de 50 000 \$ avec intérêts et dépens—Loi sur la responsabilité de la Couronne, L.R.C. (1985), chap. C-38, art. 3(a), 32—Code civil du Bas-Canada, art. 1053, 1054, 1054(7), 2261(2).

J.P.L. CANADA IMPORTS LTÉE C. CANADA (T-1763-87, juge Rouleau, jugement en date du 30-11-90, 13 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR L'ACCISE**

Action en revendication d'un véhicule saisi par la GRC et confisqué au profit de Sa Majesté en vertu de l'art. 88(2) de la Loi sur l'accise—Au moment de la saisie, le véhicule de la demanderesse était en la possession de son mari et on y a trouvé des cigarettes qui n'étaient pas estampillées, en contravention de l'art. 240(1) de la Loi—L'action intentée par la demanderesse en vertu de l'art. 116 de la Loi sur l'accise constitue une action *in rem*—Pour réussir, elle devait prouver l'invalidité de la saisie pratiquée—Toutes les formalités relatives à la saisie ont été respectées—La demanderesse aurait dû fonder son action sur l'art. 164 en demandant «une ordonnance déclarant son intérêt» et intenter une telle action dans un délai de 30 jours à compter de la saisie—Délai expiré—Action rejetée—Loi sur l'accise, L.R.C. (1985), chap. E-14, art. 88(2), 113(1),(2), 116(1),(2), 117(1), 164(1), 240(1).

TOYOTA 4-RUNNER, N° KTM-061 (RE) (T-129-90, juge Pinard, jugement en date du 16-11-90, 7 p.)

DROIT D'AUTEUR

Requête visant à obtenir 1) un jugement déclarant que le requérant est l'auteur du scénario «Les Batteurs» et 2) une ordonnance enjoignant au registraire de radier le titre «Les Batteurs, a Scenario» du registre des œuvres dramatiques et littéraires—Le premier volet de la requête ne peut être considéré en raison des Règles 400 et 702(7)—Le requérant est une personne lésée au sens de l'art. 57(4) de la Loi sur le droit d'auteur—L'intention du requérant n'est pas de recouvrer des

DROIT D'AUTEUR—Fin

dommages-intérêts mais d'obtenir la rectification du certificat d'enregistrement—Recours utilisé pour la première fois, même s'il est expressément autorisé par l'art. 57(4)b) de la Loi—La preuve indique clairement que c'est le requérant et non l'intimé qui est l'auteur de l'œuvre dramatique en question—Requête en rectification du registre accueillie—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 57(4)a),b).

FERLAND C. LEMIEUX (T-1731-85, juge Dubé, jugement en date du 22-11-90, 8 p.)

DROIT MARITIME**CONTRATS**

Action en réclamation d'une somme de 8 781,67 \$ relative à un contrat de service de remorquage du navire *Adam E. Cornelius*—Selon le contrat, le navire devait être remorqué de Québec à Cap-aux-Oies, ou plus loin si nécessaire selon les instructions de son capitaine—Le lendemain du départ de Québec, le remorqueur a reçu un appel de détresse du *Star Rover* en flammes sur le fleuve—Il dépassait Cap-aux-Oies lorsqu'il a quitté le *Adam E. Cornelius* pour aller secourir le *Star Rover*—La défenderesse Keystone a payé le remorquage jusqu'à cet endroit mais a refusé de payer le retour du remorqueur jusqu'à Québec—Y-a-t-il eu inexécution du contrat?—L'argument des défenderesses selon lequel le fait d'avoir permis à la demanderesse de porter secours à un autre navire constituait une modification des termes originaux du contrat et rendait la clause «de Québec à Québec» inopérante est irrecevable—Selon l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Chartwell Shipping Limited c. O.N.S. Paper Company Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, le droit maritime canadien englobe non seulement les principes de common law, mais aussi les principes de droit civil—Il était entendu que le *Adam E. Cornelius* ne revenait pas à Québec avec le remorqueur puisqu'il devait continuer à descendre le fleuve vers l'est et que le remorqueur devait remonter seul à Québec—Obligation pour le capitaine d'un navire canadien en mer de se porter en toute diligence au secours d'un navire en détresse en vertu de l'art. 445(1) de la Loi sur la marine marchande du Canada et de l'art. 11 de la Convention pour l'unification des règles de droit concernant l'assistance aux vaisseaux—Le contrat qui prévoyait la somme de 550 \$ l'heure pour toutes les heures de route, aller et retour de Québec à Québec, n'a été d'aucune façon modifié, abrogé, révoqué ou frustré—La demanderesse avait donc droit au plein montant réclamé—La défenderesse Transworld n'ayant pas indiqué qu'elle contractait uniquement en qualité de mandataire, les deux défenderesses sont donc conjointement et solidairement responsables—Action accueillie—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), chap. S-9, art. 445(1).

REMORQUEURS DU QUÉBEC LTÉE C. KEYSTONE NAVIGATION INC. (T-1885-89, juge Dubé, jugement en date du 21-12-90, 9 p.)

FONCTION PUBLIQUE**COMPÉTENCE**

Demande faite en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale contre une décision faisant droit à une action intentée par le Conseil intimé et annulant un bail consenti aux requérants—La décision attaquée a été rendue par un juge de paix nommé en vertu de l'art. 107 de la Loi sur les Indiens—Celui-ci n'avait pas le pouvoir de prononcer la décision attaquée—La Loi sur les Indiens n'autorisait pas le Conseil à adopter un règlement administratif qui accorde au juge de paix nommé en vertu de l'art. 107 une compétence civile que la loi ne lui confère pas—Décision annulée—Demande accueillie—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 107.

CONNOLLY C. CONSEIL DES MONTAGNAIS (A-69-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 21-11-90, 3 p.)

IMMIGRATION

Appel interjeté à la suite de la décision ((1988), 23 F.T.R. 261) dans laquelle la Section de première instance avait refusé d'accorder un *certiorari* et un *mandamus* en vue d'annuler la décision dans laquelle l'agent des visas avait refusé d'accorder au requérant la résidence permanente à titre d'immigrant indépendant—Le requérant a déclaré qu'il avait l'intention d'exercer la profession d'acheteur, commerce de détail—Cependant, l'agent des visas a fondé son appréciation sur le fait que le requérant travaillerait comme directeur gérant, commerce de détail—Question de savoir si le requérant a le droit d'être évalué à l'égard de l'occupation qu'il entendait avoir—Le juge de première instance a déclaré que les notes prises à l'entrevue n'étaient pas admissibles, puis il a conclu, en se fondant sur ces notes, que l'appréciation requise avait été faite—Appel accueilli—La décision rendue en première instance est fondée sur une conclusion de fait qui n'avait pas été prouvée—L'agent des visas est tenu d'apprécier le requérant indépendant en tenant compte de la profession que celui-ci a l'intention d'exercer.

PATEL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-850-88, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 8-1-91, 4 p.)

Appel interjeté à la suite du refus ((1989), 27 F.T.R. 56) d'accorder un bref de prérogative à l'égard de la décision dans laquelle l'agent des visas avait refusé d'accorder le droit d'établissement—Le requérant a obtenu 69 des 70 points requis en vertu de la catégorie Candidat indépendant—Six des dix points possibles seulement ont été attribués pour la personnalité, compte tenu de l'absence d'emploi réservé, d'une piètre connaissance de l'anglais, de l'absence de connaissance du français, et de l'absence de parents—Question de savoir si l'agent des visas a le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de ces facteurs lorsqu'il évalue la personnalité—Appel accueilli—La décision de l'agent des visas est annulée—En vertu du Règlement, l'appréciation de la personnalité est fondée sur la faculté d'adaptation, sur l'initiative, sur l'ingéniosité et sur d'autres qualités similaires—L'emploi, la connaissance de l'anglais et du français, et le fait que des parents sont au Canada sont des facteurs distincts expressément prévus—L'agent des visas n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de ces facteurs

IMMIGRATION—Fin

une seconde fois en appréciant la personnalité—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 9, 11(3), annexe I, colonne 1, facteur 9.

ZENG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-131-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 8-1-91, 5 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de faire annuler la décision défavorable qui avait été rendue au sujet de la question du minimum de fondement—Le tribunal a commis une erreur de droit en interprétant d'une manière erronée la preuve qui lui avait été présentée et en appliquant le critère du minimum de fondement—En ce qui concerne la preuve, la description que le tribunal a faite, au sujet du régime parallèle de tribunaux politiques universellement reconnu comme étant propre à ébranler la primauté du droit dans le cadre d'un «régime judiciaire bien constitué» manifeste une conception incroyablement erronée du système judiciaire—Quant au critère du minimum de fondement, la décision du tribunal n'était pas fondée sur la crédibilité et il existait une preuve digne de foi permettant à la section du statut de réfugié de reconnaître au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention—Demande accueillie—La décision du tribunal est annulée et l'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué en vue d'un réexamen.

COBBOLD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-498-90, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 30-11-90, 2 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Action en réclamation d'une somme de 16 590,76 \$ due à la demanderesse par une société dont le défendeur était le principal administrateur—Engagement personnel du défendeur à rembourser cette somme—Le défendeur a-t-il donné un consentement valide?—Preuve fondée sur la crédibilité des témoins—Témoignage du défendeur vague et imprécis—La version des faits offerte par l'agent de la demanderesse est beaucoup plus crédible que celle donnée par le défendeur et sa fille—La demanderesse a établi, par la prépondérance de la preuve, l'engagement personnel du défendeur à lui payer le montant réclamé, en capital et intérêts—Le défendeur n'a pas réussi à repousser le fardeau de la preuve qui lui incombait d'établir le vice de consentement qu'il invoque—Action accueillie.

CANADA C. TREMBLAY (T-370-89, juge Pinard, jugement en date du 22-11-90, 14 p.)

CALCUL DU REVENU*Déductions*

Appel d'un jugement par lequel la Cour de l'impôt a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre les cotisations d'impôt—

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

L'art. 60*b*) de la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit la déduction des sommes payées conformément à un accord écrit, lorsque les époux vivent séparément par suite d'un accord écrit—Le contribuable et sa femme vivaient séparément depuis septembre 1981—Le contribuable a effectué des versements mensuels provisoires à la suite de lettres échangées entre les avocats—L'avocat du contribuable a proposé un règlement—Les époux ne sont pas parvenus à s'entendre—Le contribuable réclame le montant global des versements mensuels provisoires à titre de déductions pour les années d'imposition 1982 et 1983—Question de savoir si ce montant est déductible en vertu de l'art. 60*b*) de la Loi—Appel rejeté—L'art. 60*b*) comporte deux exigences: les versements doivent être effectués conformément à un accord écrit, et les époux doivent vivre séparément par suite de la signature d'un accord écrit de séparation—La correspondance entre les avocats est admissible à titre d'accord écrit en vertu duquel les versements sont effectués, mais les époux n'ont signé aucun accord écrit de séparation en vertu duquel ils vivaient séparément—Examen de la jurisprudence dans laquelle il est établi que l'échange de lettres et des projets d'accords non signés ne satisfont pas aux exigences de l'art. 60*b*)—Toutefois, la jurisprudence ne fait pas toujours la distinction entre un «accord écrit» et un «accord écrit de séparation»—En vertu de l'art. 60*b*) de la Loi, l'accord écrit pourrait être interprété comme comprenant un accord conclu par suite de l'échange de lettres entre des avocats—Toutefois, il n'y a en l'espèce aucune documentation qui appuie l'existence d'un «accord écrit de séparation»—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 60*b*).

BURGESS C. M.R.N. (T-1337-87, juge Reed, jugement en date du 4-1-91, 13 p.)

Appel contre de nouvelles cotisations rejetant la déduction du montant intégral des intérêts payés à l'égard de sommes empruntées dans le calcul du revenu pour les années d'imposition 1980, 1981, 1982, 1983, conformément à l'art. 20(1*c*)(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le prédécesseur de la demanderesse, International-Import Customs Brokers Inc. («Inter-Import»), a été constitué le 17 août 1979 à la suite de la fusion d'Import Customs Brokers Ltd. («Import») et d'International Customs Brokers Ltd. («International») —Au moment de la fusion, les actionnaires d'Import («les actionnaires») ont reçu un bloc de cent actions privilégiées de premier rang et 100 000 actions privilégiées de second rang d'Inter-Import en échange d'un bloc de 100 actions ordinaires d'Import—Les actions d'Inter-Import détenues par les anciens actionnaires ont été transférées en vertu de l'art. 85(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu à trois sociétés de portefeuille distinctes, qui ont ensuite transféré les actions d'Inter-Import qu'elles détenaient à une autre société de portefeuille, 422646 Ontario Ltd. («422646») —Inter-Import a par la suite emprunté 6 000 000 \$ de la société mère d'International, Livingston Industries Ltd. («LIL»), cette somme ayant été utilisée pour racheter les actions privilégiées de premier rang d'Inter-Import que 422646 détenait pour la somme globale de 6 000 000 \$—Inter-Import a également emprunté la somme de 3 000 000 \$ de 422646, pour réduire de 6 000 000 \$ à 3 000 000 \$ la dette qu'Inter-Import avait contractée envers LIL—422646 a déduit le dividende imposable versé à la suite du rachat des actions privilégiées de premier rang, en vertu de l'art. 112(1) de la Loi—Inter-Import a déduit

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

le montant intégral des intérêts payés à l'égard des emprunts contractés auprès de LIL et de 422646 dans le calcul du revenu pour les années d'imposition 1980, 1981, 1982, 1983—La déduction des intérêts à payer sur la partie des emprunts qui dépasse le capital versé des actions privilégiées de premier rang d'Inter-Import et les bénéfices non répartis au moment où les emprunts ont été contractés est rejetée étant donné que ces intérêts ne sont pas déductibles en vertu de l'art. 20(1)c) de la Loi—Question de savoir si le montant intégral des frais d'intérêts est déductible en vertu de l'art. 20(1)c)(i) de la Loi—Une interprétation correcte de l'art. 20(1)c)(i) de la Loi exige qu'avant de déduire les frais d'intérêts, le contribuable (1) établisse que les sommes empruntées ont été utilisées à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction; (2) démontre de façon générale que les sommes empruntées ont été utilisées d'une manière directe et immédiate pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (*La Reine c. Bronfman Trust*, [1987] 1 R.C.S. 32)—Compte tenu de l'arrêt *Bronfman Trust*, on ne peut pas déduire de l'arrêt *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 6351 (C. de l'É.) que les intérêts sur de l'argent emprunté pour racheter des actions sont en règle générale déductibles—Il est douteux que le raisonnement qui a été fait dans l'arrêt *Trans-Prairie* s'applique en l'espèce dans le contexte d'une série d'opérations presque instantanées lorsque l'argent emprunté n'a pas servi à combler le vide laissé par le «retrait» de sommes antérieurement utilisées dans l'entreprise de l'emprunteur; l'excédent des sommes empruntées sur les bénéfices non répartis et le capital versé d'Inter-Import au moment où les emprunts ont été contractés ne peut pas constituer un remplacement des capitaux qui avaient déjà été utilisés dans le cadre de l'entreprise, selon le raisonnement qui a été fait dans l'arrêt *Trans-Prairie*—Par conséquent, la contribuable n'a pas réussi à établir que l'excédent des sommes empruntées a été utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien au moment pertinent et les intérêts payés sur cet excédent ne devraient pas être déduits en vertu de l'art. 20(1)c)(i) de la Loi—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(1)c)(i).

LIVINGSTON INTERNATIONAL INC. C. M.R.N. (T-1953-87, T-1954-87, T-1955-87, T-1956-87, juge Pinard, jugement en date du 11-12-90, 9 p.)

Appel d'un jugement dans lequel la Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations du M.R.N. concernant les années d'imposition 1981, 1982, 1983 pendant lesquelles certains revenus en intérêts ont été assujettis à de nouvelles cotisations à titre de revenus de placements au Canada—La contribuable est une entreprise agricole qui a été constituée par Orville Allan McCutcheon («McCutcheon»), qui en est le président et l'âme dirigeante, et par sa famille en 1976—La corporation s'occupe de la culture et de la vente de grains, de la production et de la vente de semence certifiée, du nettoyage de la semence «sur commande» pour les agriculteurs, de la vente d'engrais et de produits chimiques, dont la plupart sont fournis par la compagnie Cargill («Cargill») et par Cominco—Le revenu en intérêts en question provenait de trois sources: les sommes gardées en dépôt à vue auprès de Cargill et de la Saskatchewan Wheat Pool et les dépôts à terme auprès de la Banque Canadienne Impériale de Commerce—Les intérêts produits par les comptes de dépôt étaient déposés de nouveau auprès des sociétés, ce qui

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

produisait davantage d'intérêts, et les intérêts gagnés sur les dépôts à terme étaient versés dans le compte bancaire courant de la contribuable et servaient au paiement des dépenses d'exploitation—Certaines sommes excédentaires par rapport aux besoins courants étaient retirées du compte courant à divers moments et déposées dans d'autres comptes de dépôt à terme—Le principal a été retiré des comptes de dépôt à terme une seule fois, avant les années d'imposition en litige, pour payer les frais d'entreprise et les dépenses de l'exploitation agricole—Sur les 20 000 \$ qui ont été retirés, la somme de 14 000 \$ seulement a été affectée à des dépenses d'exploitation—Question de savoir si l'intérêt provenant de ces trois sources constitue un revenu provenant d'un placement au Canada ou un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement—Si le revenu est visé par la définition générale du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement figurant à l'art. 125(6)e) de la Loi de l'impôt sur le revenu, «y compris tout revenu qui se rapporte directement ou de manière accessoire à cette entreprise» ainsi que par l'art. 129(4.1)b) ou c) de la Loi, ce revenu doit être considéré comme un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, et est donc admissible à titre de «déduction accordée aux petites entreprises» au taux d'imposition prévu par l'art. 125 de la Loi, et non à titre de «revenu tiré de placements au Canada»—Il n'est pas contesté que le contribuable exploite une entreprise active au sens de l'art. 125(6)d) de la Loi en ce qui concerne son exploitation agricole et son entreprise «agroalimentaire»—Plusieurs appels de jugements rendus par la Cour de l'impôt en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 129(4.1)b) de la Loi sont en instance—La disposition a été interprétée correctement dans *Atlas Industries Ltd. c. Ministre du Revenu national* (1986), 86 D.T.C. 1756 (C.C.I.) comme suit: il doit y avoir un rapport de dépendance financière entre le bien et l'entreprise exploitée activement; l'exploitation de l'entreprise doit dépendre d'un bien en ce sens qu'on y a recours régulièrement ou à l'occasion ou qu'il sert de capital de soutien qu'il est possible d'utiliser au besoin en vue de l'exploitation—Plusieurs besoins supposés en ce qui concerne les sommes liquides en capital en litige qui ont été mentionnés par le contribuable ont été examinés et aucun «rapport de dépendance financière de quelque importance» n'a été constaté entre les sommes en question et l'entreprise existante—L'argent provenait de l'entreprise, mais pendant les années en litige, il n'était pas employé dans l'entreprise, sauf de manière limitée par l'utilisation des revenus sur les dépôts à terme pour couvrir les dépenses courantes—Les sommes excédentaires se trouvant dans le compte courant ont également servi de temps en temps à l'achat de dépôts à terme—La possibilité que ces sommes servent à renflouer l'entreprise de quelque façon importante était éloignée et la chose ne s'est pas produite pendant les années en litige—Le montant en capital n'est donc pas un «bien qui se rapporte directement ou d'une manière accessoire à une entreprise exploitée actuellement» au sens de l'art. 129(4.1)b) de la Loi et n'est pas un «bien utilisé ou détenu principalement en vue de tirer un revenu» de l'entreprise, au sens de l'art. 129(4.1)c) de la Loi étant donné qu'en réalité, ces sommes n'étaient pas «employées et risquées» dans l'entreprise—La preuve de la contribuable en ce qui concerne le montant des réserves liquides en capital dont l'entreprise pouvait raisonnablement avoir besoin et dont elle dépendait apparemment au point de vue financier n'est pas claire—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 125(6)d) (édicé par S.C. 1979,

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

chap. 5, art. 38(6),e) (édicte, idem) 129(4.1) (édicte, idem, art. 41).

McCUTCHEON FARMS LTD. C. M.R.N. (T-1173-88, juge Strayer, jugement en date du 5-12-90, 14 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de redressement à la suite de l'ordonnance dans laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles a refusé d'accorder une mise en liberté anticipée au requérant—L'art. 21.4 de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus permet à la Commission d'ordonner que le détenu ne soit pas mis en liberté par suite de la réduction méritée de peine à la date prévue de libération si elle est convaincue qu'il risque de commettre, avant l'expiration de son mandat, une infraction causant la mort ou un tort considérable—Le document concernant le renvoi de l'établissement et l'ordonnance de la Commission s'éloignent en certains endroits du libellé de la Loi puisqu'ils disent que le détenu «pourrait» commettre pareille infraction, ou qu'il «risque» de le faire—Question de savoir s'il s'agit d'une erreur de droit—La Commission s'est servie de la preuve d'un incident qui s'était produit la veille de l'audience—Question de savoir s'il s'agit d'un excès de compétence—Le requérant soutient que le résultat est déraisonnable—Demande rejetée—Le fait de s'écarter du libellé de la Loi dans un paragraphe du document de renvoi est corrigé par une citation directe dans un autre passage—Le libellé de l'ordonnance ne constitue pas un écart important par rapport au libellé de la Loi et respecte l'esprit de la Loi—L'audience de libération conditionnelle vise à permettre l'évaluation du rendement jusqu'à la date de l'audience—Le recours à des renseignements dont le requérant et l'avocat n'ont pas eu préavis aurait été injuste, si la Commission n'avait pas offert au requérant un ajournement en vue de préparer sa défense concernant l'incident survenu la veille—En vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour n'est pas compétente pour effectuer un examen en appel en vue de déterminer si la décision d'un tribunal d'instance inférieure est déraisonnable.

COUTTS C. ÉTABLISSEMENT D'EDMONTON (DIRECTEUR)
(T-948-90, juge Jerome, J.C.A., jugement en date du 14-7-90, 8 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse d'usurper la marque de commerce «Medi-Scripts» en l'employant en liaison avec des services non visés par la marque déposée, et en vue de l'obtention d'une ordonnance de faire obligeant la défenderesse à employer la marque comme le stipule la licence—La licence autorise la défenderesse à distribuer des blocs d'ordonnances personnalisés contenant des encarts publicitaires payés par des sociétés de produits pharmaceutiques, au «corps médical au sens le plus large» partout au Canada, le marché américain étant réservé—La défenderesse distribue des formulaires d'ordonnances aux professionnels de la santé autres que les médecins, et notamment aux dentistes, aux infirmières, aux pharmaciens et aux

MARQUES DE COMMERCE—Fin

chiropraticiens—La défenderesse paye des redevances sur les recettes, et entre autres, sur les recettes provenant de la distribution à des personnes autres que les médecins—Question de savoir si l'emploi de la marque par la défenderesse excède celui qui était prévu dans la licence—Question de savoir si la défenderesse subirait un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée—Balance des inconvénients—L'affaire porte sur la crédibilité des témoins, qui se sont contredits—Demande rejetée—L'usager inscrit de la marque de commerce qui omet d'employer celle-ci conformément à l'enregistrement peut être assujéti à une injonction interlocutoire—Toutefois, en l'espèce, il existe une question sérieuse à trancher, à savoir le sens de l'expression «corps médical» figurant dans le contrat—La défenderesse ne subirait pas de préjudice irréparable—Le préjudice causé à l'achalandage est une conjecture—La défenderesse a les commandes, les contrats de publicité et la documentation qui sont prêts à être distribués—La balance des inconvénients penche du côté de la défenderesse.

MEDI-PROMOTIONS INC. C. M.D. PRESCRIPTIONS INC.
(T-2568-90, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 20-12-90, 24 p.)

PÉNITENCIERS

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de prohibition visant à empêcher la Commission nationale des libérations conditionnelles de tenir une audience en vertu de l'art. 21.4 de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus et en vue de l'obtention d'un *mandamus* visant à obliger le Service correctionnel du Canada à mettre le requérant en liberté le 2 mars 1991, soit la date prévue de libération avec réduction méritée de peine—L'art. 21.3(2) de la Loi prévoit que a) lorsqu'un détenu est incarcéré pour une infraction prévue à l'annexe de la Loi, b) que l'infraction a causé la mort ou un tort considérable et c) que le détenu commettra vraisemblablement, avant la date d'expiration de son mandat, une infraction causant la mort ou un tort considérable, le Service doit renvoyer le cas à la Commission—La Commission est autorisée à ordonner que le détenu ne soit pas mis en liberté avant la date d'expiration du mandat—Les agents de gestion des cas n'étaient pas d'accord au sujet de l'existence des critères b) et c)—Leurs supérieurs ont conclu que les conditions en vue d'un renvoi à la Commission étaient remplies—La Commission a reçu le renvoi—Question de savoir si l'avis a été formé par le Service au sens de l'art. 21.3(2)—Demande rejetée—Dans *Bradford c. Service correctionnel du Canada* (1988), 24 F.T.R. 179 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a jugé que la Commission doit être convaincue qu'elle a compétence en s'assurant que «le Service» a tiré la conclusion nécessaire en vertu de l'art. 21.3(2)—Le Service a tiré sa conclusion en suivant la procédure hiérarchique normale d'un ministère du gouvernement—En cas de désaccord, le règlement de ce désaccord par ceux qui sont en dernier ressort responsables des prises de décisions à un palier plus élevé représente l'avis du Service—Si le législateur avait voulu que la décision de renvoyer un cas relève exclusivement de ceux qui connaissent le mieux le détenu, il l'aurait expressément énoncé dans la

PÉNITENCIERS—Fin

Loi—Loi sur la libération conditionnelle de détenus, L.R.C. (1985), chap. P-2, art. 21.3(2).

GOESSEL C. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL)
(T-2987-90, juge Strayer, jugement en date du 4-1-91,
8 p.)

PRATIQUE

Appel d'une décision du protonotaire-chef rejetant la requête de la défenderesse visant à faire en sorte que toute requête interlocutoire et tout interrogatoire préalable aient lieu à Montréal—Lorsqu'il s'agit de requêtes interlocutoires, on ne doit pas déterminer le lieu de l'audience en prenant en considération la résidence des parties et des témoins—Ces requêtes sont fondées sur des affidavits et obligent seulement les procureurs à se déplacer—Ceux-ci s'entendent généralement quant à l'endroit où tenir un interrogatoire préalable—Le protonotaire-chef avait parfaitement raison de ne pas ordonner que toutes les procédures interlocutoires à venir aient lieu à Montréal—Appel rejeté.

BAKER CUMMINS PHARMACEUTICALS INC. C. DORMER
LABORATORIES INC. (T-275-89, juge Dubé, jugement en
date du 4-12-90, 3 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE
PRÉALABLE

Interrogatoire préalable

Demande visant à obliger la demanderesse à répondre à des questions et à respecter les engagements pris au moment de l'interrogatoire préalable ainsi qu'à produire des documents—Litige portant sur la question de savoir si le profit tiré de la vente d'un bien constitue un gain en capital ou un revenu—L'intention du contribuable au moment de l'acquisition est pertinente—Les intentions de la société sont celles de la personne physique qui la dirige et la contrôle—L'intention du commettant à l'égard de la vente des biens et la question de savoir si la perspective d'une vente constitue le motif déterminant de l'acquisition du bien en litige sont pertinentes en ce qui concerne l'interrogatoire préalable et la production de documents—Le président de la société demanderesse a refusé d'identifier l'exploitant qui s'occupait de la terre à temps partiel et les commettants non résidents de la société demanderesse qui avaient confié en fiducie les actions de la société au témoin et à deux de ses associés—L'identité de l'exploitant de la terre est pertinente parce que son existence et ses activités sont mentionnées dans les plaidoiries, et pour permettre à la défenderesse d'examiner et de vérifier la plaidoirie ainsi que l'intention des commettants et leurs motifs déterminants—Il est nécessaire et légitime que ces renseignements soient donnés sous serment de façon à éviter d'avoir à prouver l'identité de l'exploitant décédé au procès et à empêcher la demanderesse de la nier ou de faire de l'obstruction en demeurant passive—Le fait que la défenderesse connaît déjà le nom des actionnaires bénéficiaires véritables et que la Cour de l'impôt a donné gain de cause au ministre sans que les noms aient été consignés au dossier n'est pas pertinent—La défenderesse a droit à la communication de toute la preuve de la demanderesse dans la nouvelle procédure—Elle a

PRATIQUE—Suite

le droit de faire consigner au dossier le nom des propriétaires véritables, sous serment ou de manière équivalente sans autre preuve—La nature de l'activité du témoin, malgré sa qualité d'avocat, ne l'empêche pas de révéler le nom des propriétaires véritables même s'il est président de la société demanderesse—Le fait que la demanderesse laissera le délai d'appel s'écouler plutôt que d'identifier les commettants ne constitue pas un fondement sur lequel la Cour peut accorder un redressement.

ROSELAND FARMS LTD. C. CANADA (T-452-86, juge
Muldoon, ordonnance en date du 23-8-90, 15 p.)

COMPARUTION

Comparution conditionnelle

Appel d'une décision de la Section de première instance [(1988), 20 F.T.R. 57 (C.F. 1^{re} inst.)] rejetant la requête présentée par l'appelante pour être autorisée à déposer une comparution conditionnelle (Règle 401) au seul motif que cette requête n'était pas appuyée par un affidavit—Une requête ne peut être rejetée sommairement pour ce motif que dans les cas où les faits consignés au dossier de la Cour ne permettent pas d'y faire droit—La question que devait se poser le juge était de savoir si le dossier établissait que les objections que l'appelant voulait formuler à l'encontre de la signification de l'action étaient sérieuses—Une réponse négative s'imposait—Il était possible que les objections de l'appelante soient sérieuses; il était également possible qu'elles soient frivoles et on ne pouvait dire qu'elles ne l'étaient pas—Appel rejeté avec dépens—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 401.

MOUNTAINBELL CO. C. JACKY MAEDER (H.K.) LTD.
(A-560-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du
5-11-90, 2 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Taxation—À la suite d'un jugement accueillant l'action et rejetant la demande reconventionnelle, la demanderesse a présenté deux mémoires de frais, dont l'un dans l'action principale et l'autre dans la demande reconventionnelle, en vue de la taxation—Il n'y a pas lieu d'examiner deux mémoires de frais distincts: l'action découle d'une affaire maritime portant sur le paiement du fret pour un voyage au long cours; avec l'autorisation de la Cour, une demande reconventionnelle a été déposée en vue de l'obtention de dommages-intérêts découlant de la présumée négligence des défenderesses reconventionnelles—Un seul mémoire de frais sera taxé; certains postes du tarif B peuvent être taxés et accordés sous deux chefs lorsque cela est nécessaire—Étant donné que les conditions énoncées dans la Règle 346(1.1) des Règles de la Cour fédérale sont remplies, le montant maximum respectif de tous les postes du tarif B devant être taxés est accordé—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 346(1.1) (ajoutée par DORS/87-221, art. 3), tarif B (mod., idem).

MONDEL TRANSPORT INC. C. AFRAM LINES LTD.
(T-2182-86, officier taxateur Daoust, taxation en date du
11-12-90, 6 p.)

PRATIQUE—Suite

Dépens entre parties adjugés aux défendeurs, qui ont eu gain de cause dans une requête en radiation de la déclaration ([1990] 2 C.F. 351 (1^{re} inst.))—Les défendeurs demandent 150 \$ pour la photocopie de 500 pages à 0,30 \$ la page—Aucune preuve *viva voce* au sujet du travail effectué—La facture présentée, qui s'élève à 1 150 \$, est taxée et admise jusqu'à concurrence de la somme de 460 \$—Selon la pratique, une preuve par affidavit doit être présentée, la preuve *viva voce* ne constituant que l'exception—L'officier taxateur peut déduire que certains efforts ont été faits en se fondant sur les plaidoiries et d'autres documents versés au dossier de la Cour, qui déterminent le caractère complexe ou simple des points litigieux, mais ces documents n'ont pas le poids d'une preuve présentée en bonne et due forme—L'officier taxateur n'est pas obligé d'adjuger le montant maximum prévu dans le cas d'une requête interlocutoire en vertu de l'art. 1(1)e) du tarif B, mais il peut simplement appliquer les éléments mentionnés dans la Règle 346 (1.1)—L'expression «preuve satisfaisante» figurant à l'art. 3 du tarif B se rapporte aux débours et non aux honoraires—La somme de 50 \$ est adjugée pour la photocopie, au taux de 0,25 \$ la page—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 346(1.1) (éditée par DORS/87-21, art. 3), tarif B (mod., idem, art. 8), art. 1(1)e), 3.

GRANT C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD) (T-138-88, officier taxateur Stinson, taxation en date du 23-11-90, 5 p.)

Taxation des dépens entre parties demandée par le procureur de la défenderesse à la suite d'une ordonnance (T-1182-89, juge Addy, ordonnance en date du 7-12-89) accueillant une requête en radiation de la déclaration fondée sur la Règle 419(1)f)—Le demandeur était ni présent ni représenté au moment de la taxation—Arguments et objections du demandeur présentés tardivement—La situation financière précaire du demandeur n'est pas un facteur dont l'officier taxateur doit tenir compte lorsqu'il taxe un mémoire de frais—Taxation fondée sur le tarif et sur la Règle 346(1.1)—Mémoire de frais présenté au montant de 666,25 \$; somme de 236,25 \$ allouée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663 (mod. par DORS/87-211), Règles 346(1.1), 419(1)f), tarif B, art.1(2)b).

SAINT-JACQUES C. CANADA (T-1182-89, officier taxateur Daoust, taxation en date du 5-12-90, 3 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Exécution

Appel du rejet par la Section de première instance d'une opposition à une saisie effectuée en vertu d'un bref de *feri facias* visant l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en vertu de l'art. 66 du Code canadien du travail—Pour qu'un bref de *feri facias* puisse être accordé en vertu d'un jugement d'une cour, il faut que le jugement fixe le montant ou les chiffres qui doivent servir au calcul du montant final, sans aucune preuve additionnelle—Le dispositif de la sentence en cause ne peut, dans sa forme actuelle, donner lieu à une exécution forcée—La Cour ne peut pas, sous prétexte de rendre possible l'exécution de la sentence, se permettre de compléter ou modifier celle-ci—

PRATIQUE—Suite

Appel accueilli—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 58, 66.

ENTREPRISES DE RADIODIFFUSION DE LA CAPITALE INC. (CHRC) C. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE CHRC, CHOIFM, SECTION LOCALE 2645 DU SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE (A-381-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 21-11-90, 4 p.)

Jugement par défaut

Demande, en vertu de la Règle 439(3) des Règles de la Cour fédérale, en vue de l'obtention d'une ordonnance annulant le jugement par défaut enregistré contre la défenderesse 878354 Ontario Ltd. («Hardwall») le 15 octobre 1990—La demanderesse fournit du matériel à des entrepreneurs en bétonnage et est titulaire d'un brevet canadien concernant un procédé de coulage de planchers de béton d'immeubles connus sous le nom de «coffrages volants»—Le 16 mai 1990, la demanderesse a intenté une action contre sept défendeurs; elle alléguait que ceux-ci avaient utilisé des articles de contrefaçon ou avait fourni ces articles à des tiers; par ordonnance *ex parte* du 5 juillet 1990, Hardwall était constituée partie défenderesse—Quatre défendeurs sont représentés par le cabinet Macera et Jarzyna («Macera») depuis le début; les services de Macera ont également été retenus par Hardwall—Le 12 septembre 1990, on a refusé d'accorder une injonction interlocutoire contre les défendeurs—Le critère concernant l'annulation d'un jugement par défaut est énoncé dans l'affaire *Durand & Cie v. La Patrie Publishing Co. Ltd.*, [1951] R.C.É. 260: un affidavit doit être produit en vue de montrer l'existence d'un moyen de défense au fond et d'une excuse valable en ce qui concerne l'omission—La défense envisagée concerne le fond; par conséquent, il reste à savoir si la raison pour laquelle aucune plaidoirie n'a été présentée est satisfaisante—La requérante affirme qu'aucune défense n'a été produite pour le compte de Hardwall par suite du manque de communication entre Drigo, qui était président d'Hardwall et d'une autre société défenderesse représentée par Macera («FRIUL») et le cabinet d'avocats, et parce que Drigo ne connaissait pas la procédure judiciaire et comprenait mal l'anglais—On n'a pas signifié aux autres parties les documents relatifs à la présentation de la demande de jugement par défaut—Les actions contre les divers défendeurs ne sont pas dissociables, de sorte que la demanderesse était tenue de leur signifier l'avis lorsqu'elle a demandé un jugement *ex parte* en vue de constituer Hardwall partie et qu'elle n'aurait pas dû demander un jugement par défaut—Le jugement par défaut est annulé; Hardwall a 15 jours pour déposer et signifier une défense et la demanderesse, dans les 15 jours qui suivront, déposera et signifiera sa réponse ou défense à la demande reconventionnelle—L'omission de Drigo de se rappeler des mesures à prendre, de les comprendre ou de les prendre après la signification des documents est intéressée et la déclaration figurant dans son affidavit est manifestement fautive—Les gens qui exploitent une entreprise au Canada devraient accorder aux actes de procédure beaucoup plus d'importance que ne l'a fait Drigo—Les frais de la requête en vue de l'obtention du jugement par défaut, du contre-interrogatoire concernant l'affidavit de Drigo

PRATIQUE—Fin

et de la présente requête sont adjugés à la demanderesse sur la base procureur-client.

UMACS OF CANADA INC. C. S.G.B. 2000 INC.
(T-1364-90, juge Cullen, ordonnance en date du 5-12-90,
8 p.)

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Injonction interdisant à la défenderesse d'employer la marque de commerce «Vuitton» et lui ordonnant de remettre aux demanderesse les articles qu'elle peut avoir en sa possession et sur lesquels figurent les mots «Louis Vuitton» ou le dessin floral employé en liaison avec lesdits articles—La défenderesse a violé cette injonction deux fois et elle est coupable d'outrage au tribunal pour les actes qui lui sont reprochés—Elle a agi en pleine connaissance de cause—Cause d'intérêt public—Importance de faire respecter les ordonnances des tribunaux afin d'assurer les fins de la justice et de protéger la propriété intellectuelle et industrielle—La défenderesse est condamnée à une amende de 2 500 \$ pour le premier outrage au tribunal et à une autre amende de 2 500 \$ pour le deuxième outrage, en plus des frais sur la base avocat-client jusqu'à concurrence d'un montant de 2 000 \$—À défaut de paiement de ces amendes, la défenderesse est passible d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas 30 jours dans chacun des cas.

LOUIS VUITTON S.A. C. TOKYODO ENTERPRISES INC.
(T-1306-88, juge Pinard, jugement en date du 5-11-90,
19 p.)

PRESCRIPTION

Appel formé contre une décision de la Section de première instance [(1988), 26 F.T.R. 307] qui a fait droit à une requête en radiation présentée par l'intimée sous le régime de la Règle 419 et rejeté l'action en dommages-intérêts intentée par l'appelant au motif que celle-ci ne révélait aucune cause raisonnable d'action puisqu'elle était prescrite—Appel accueilli—Une requête présentée en vertu de la Règle 419(1)a doit être jugée uniquement sur la foi des pièces de procédure sans qu'aucune preuve soit admissible—Suivant la common law, une loi sur la prescription des actions n'éteint pas le droit d'action mais donne seulement au défendeur un moyen de défense d'ordre procédural—Un demandeur n'est pas tenu, lorsqu'il rédige sa déclaration, d'alléguer tous les faits qui démontrent que son action a été intentée en temps utile—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)a,(2).

KIBALE C. CANADA (A-1221-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 28-11-90, 3 p.)

PRODUITS DANGEREUX

Réclamation au montant de 4 000 \$ faite par la demanderesse relativement à deux versements effectués aux défendeurs en vertu de la Loi sur l'isolation à l'urée-formol—Les deux habitations en question ne pouvaient bénéficier d'une telle aide puisque l'une d'elles n'était qu'une remise et que l'autre n'avait pas été isolée à la MIUF—L'art. 3 du Règlement sur la mousse isolante d'urée-formol vise uniquement les habitations isolées à la MIUF et de certains types—Action accueillie et demande reconventionnelle rejetée—Loi sur l'isolation à l'urée-formol, S.C. 1980-81-82-83, chap. 119, art. 3—Règlement sur la mousse isolante d'urée-formol, DORS/82-964, art.3, 5(1),(4) (mod. par DORS/86-615).

CANADA C. BONAVENTURA (T-2626-86, juge Dubé, jugement en date du 23-11-90, 4 p.)

RADIODIFFUSION

Appel d'une décision du CRTC accueillant la demande de l'intimée CION-FM Inc en vue d'obtenir une licence pour l'exploitation d'un poste de radio MF et rejetant la demande de l'appelante visant à faire modifier sa licence d'exploitation d'un autre poste de radio MF—Après la date du dépôt de la demande de l'intimée, l'appelante a demandé et obtenu l'approbation du CRTC en vue d'une réorganisation et d'un changement du contrôle effectif de celle-ci et de Radio CJFP (1986) Ltée—La décision en cause est attaquée par l'appelante pour deux raisons: 1) le CRTC a enfreint les règles de la justice naturelle en ne donnant pas un avis de son intention de prendre en considération les intérêts des membres de la famille Simard dans d'autres postes de radio et de télévision indépendants de l'appelante et 2) le CRTC a commis une erreur de droit en postulant l'existence du «groupe Simard» alors que ce groupe n'avait aucune existence légale—Appel rejeté—Le premier moyen est irrecevable car le Conseil a fait publier un avis dans lequel il énumérait des sujets de préoccupation précis, notamment la capacité financière des requérantes, la viabilité du service proposé et le marché pour la station ou le service proposé—Le Conseil a ainsi voulu étudier en profondeur l'organisation corporative de chaque requérante et scruter non seulement ses ressources financières directes, mais aussi celles de ses actionnaires—Le deuxième argument de l'appelante est également dénué de fondement car dans sa décision, le Conseil ne lève pas le voile corporatif en s'enquérant de l'identité des actionnaires d'une corporation ou des actionnaires des actionnaires corporatifs—Il n'a pas ignoré l'existence des corporations en cause et n'a créé aucune fiction légale en parlant du «groupe Simard».

CIBM-FM MONT-BLEU LTÉE C. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES) (A-144-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 29-10-90, 7 p.)