



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2002, Vol. 4, Part 1**

**2002, Vol. 4, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2002] 4 F.C., 3-211**

**Renvoi [2002] 4 C.F., 3-211**

---



ACTING EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF PAR INTÉRIM

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

---

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

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

Legal Editor

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2002.

*The following added value features in the Canada Federal Court Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.*

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.*

ARRÊTISTES

Arrêtiste principal

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

Arrêtiste

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* est publié conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. L'arrêtiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, dont le Commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2002.

*Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne: abstraits et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiste en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 995-2706.*

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Communication Canada—Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.*

*Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

---

*All judgments and digests published in the Federal Court Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>*

## CONTENTS

Digests ..... D-1  
Appeals Noted ..... I

**Canada (Attorney General) v. Canada  
(Information Commissioner) (T.D.) ..... 110**

Access to Information—Requests to Citizenship and Immigration for large number of records—Head of government institution extending time limit to three years under Act, s. 9(1)(a)—Information Commissioner finding complaint extension unreasonable well founded, ordering records be produced within short time—Order in excess of Information Commissioner’s jurisdiction as investigation had been completed when reported findings and recommendations; no longer had jurisdiction under Act, s. 36 to issue subpoena ordering production of records subject of access requests—Second order, pursuant to second investigation based on “deemed refusal to give access”, also in excess of jurisdiction as no “deemed refusal” until extended period expires—Not proper for Commissioner to initiate new complaint, and launch new investigation into same matter on which had just concluded first investigation—Commissioner overstepped role, legal jurisdiction in ordering government institution to implement his recommendations when institution indicated it would not be able to do so—Commissioner having exercised power to make

*Continued on next page*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées à l'arrêtiiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada—Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.*

*Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changement d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.*

---

*Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>*

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-1  
Appels notés ..... I

**Canada (Procureur général) c. Canada  
(Commissaire à l'information) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 110**

Accès à l'information—Demandes à Citoyenneté et Immigration visant un grand nombre de documents—Le chef de l'institution fédérale a prorogé le délai à trois ans en vertu de l'art. 9(1)a) de la Loi—Le Commissaire à l'information a conclu au bien-fondé de la plainte de prorogation abusive et a ordonné la production des documents dans un court délai—L'ordonnance outrepassait la compétence du Commissaire à l'information car il avait terminé son enquête lorsqu'il a fait état de ses conclusions et de ses recommandations; il n'avait plus la compétence, conférée par l'art. 36 de la Loi, de délivrer un subpoena ordonnant la production des documents faisant l'objet des demandes d'accès—La deuxième ordonnance, suivant la deuxième enquête et fondée sur la «présomption de refus de communication», constituait également un excès de compétence car il n'y a aucune «présomption de refus» avant l'expiration du délai prorogé—Il était irrégulier pour le Commissaire de déposer une nouvelle plainte et d'entreprendre une nouvelle enquête dans l'affaire sur laquelle il venait de conclure une première enquête—Le Commissaire a

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS (Continued)**

special report to Parliament, giving Citizenship and Immigration failing grade for serious delay problems.

**Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Varela (T.D.) . . . . . 144**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—CRDD decision to exclude individual from Convention refugee status, on basis of war crime or crime against humanity, not determinative of issue before Adjudicator in same matter—Counsel encouraged to propose question for certification in view of uncertainty resulting from Court decisions in *Figueroa*.

Construction of Statutes—Repeal and replacement of Immigration Act, s. 19(1)(j), together with related amendments to Criminal Code and enactment of related provisions of Crimes Against Humanity and War Crimes Act, fall within ambit of Interpretation Act, s. 44: situation where enactment repealed and another enactment substituted therefor—Inquiry under consideration should, when resumed, be taken up and continued in conformity with new enactment—For purposes of inquiry under consideration, provisions of new enactment “in substance” same as those of former enactment.

**Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) . . . . . 193**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—No duty on post-claim determination officer (PCDO) to disclose risk assessment to applicant before making determination—No duty on PCDO herein to disclose publicly available documents describing general country conditions of which applicant deemed to have been aware in advance of decision.

**Pellikaan v. Canada (T.D.) . . . . . 169**

Practice—Pleadings—Motion to Strike—Dairy farm, cheese making operation closed down for failure to

*Continued on next page*

**SOMMAIRE (Suite)**

outrépassé son rôle et sa compétence légale en ordonnant à une institution fédérale de mettre en œuvre ses recommandations alors que cette institution avait indiqué ne pas être en mesure de le faire—Le Commissaire avait exercé son pouvoir de faire un rapport spécial au Parlement et avait attribué à Citoyenneté et Immigration une note inférieure à la note de passage pour de graves problèmes de délais.

**Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Varela (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 144**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—La décision de la SSR d’exclure une personne du statut de réfugié au sens de la Convention pour le motif qu’elle avait commis un crime de guerre ou un crime contre l’humanité n’était pas déterminante en ce qui concerne la question dont l’arbitre était saisi dans la même affaire—Les avocats ont été encouragés à proposer la certification d’une question compte tenu de l’incertitude résultant des décisions rendues par la Cour dans l’affaire *Figueroa*.

Interprétation des lois—L’abrogation et le remplacement de l’art. 19(1)(j) de la Loi sur l’immigration ainsi que les modifications connexes apportées au Code criminel et l’adoption des dispositions connexes de la Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre sont visés par l’art. 44 de la Loi d’interprétation: cas dans lequel un texte a été abrogé et remplacé par un autre texte—L’enquête en cause devrait, lorsqu’elle reprendra, se poursuivre conformément au nouveau texte—Aux fins de l’enquête en cause, les dispositions du nouveau texte sont «au fond» identiques à celles de l’ancien texte.

**Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 193**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—L’agent de révision des revendications refusées (l’ARRR) n’est pas tenu de communiquer l’évaluation du risque au demandeur avant de rendre sa décision—L’ARRR en l’espèce n’est pas tenu de communiquer avant de rendre sa décision les documents accessibles au public qui décrivent la situation générale du pays et dont le demandeur est présumé avoir eu connaissance.

**Pellikaan c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 169**

Pratique—Actes de procédure—Requête en radiation—Une ferme laitière et une entreprise de fabrication de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

process and pasteurize in accordance with B.C. Milk Industry Act—Plaintiff alleging discrimination, contrary to Charter, conspiracy, breaches of contract, misrepresentation, trespass, illegal seizures—Case law on striking out pleadings reviewed—Deficient pleading—Lack of material facts—Inability to provide particulars—Proceeding fundamentally vexatious, displaying no reasonable cause of action—No possibility of curative amendment.

### **Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The) (C.A.) . . . . . 80**

Maritime Law—Liens and Mortgages—Vessel *Mys Chikhacheva* arrested by respondent under warrant arising from maritime lien for necessaries—Respondent carrying on business of purchasing, marketing fish products on worldwide basis—Lent money to Russian corporation (Starodubskoe) for refitting factory ship *Yuzhnie Kurily*—Expenditures made by respondent for benefit of Starodubskoe giving rise to maritime lien at issue—Failure to take mortgage over arrested vessel not defeating maritime lien unless latter expressly waived in relevant contract—No waiver by respondent of maritime lien for necessaries.

Conflict of Laws—Respondent obtaining default judgment against Russian corporation in U.S. Court for unpaid expenditures but unable to recover on judgment—Proper law of contract for provision of necessaries at issue—Burden on respondent to show American law applied—F.C.T.D. Judge ruling proper law of contract American law—No basis for interfering with ruling—Court required to determine system of law having closest, most real connection to contract—Most compelling factor arbitration clause in marketing contract—Clause indicative of parties' implied intention to have American law applied—American maritime law precluding application of set-off provisions.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fromage avaient été fermées parce que le lait et les produits laitiers n'étaient pas transformés et pasteurisés conformément à la Milk Industry Act de la Colombie-Britannique—Le demandeur avait allégué la discrimination, en violation de la Charte, ainsi qu'un complot, des ruptures de contrat, des fausses déclarations, l'intrusion et la saisie illégale—Examen de la jurisprudence sur la radiation des actes de procédure—Actes de procédure insuffisants—Absence de faits substantiels—Incapacité de fournir des précisions—La procédure était fondamentalement vexatoire et ne révélait aucune cause d'action valable—Aucune possibilité de modification réparatrice.

### **Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le) (C.A.) . . . . . 80**

Droit maritime—Privilèges et hypothèques—Le navire *Mys Chikhacheva* a été saisi par l'intimée en vertu d'un mandat découlant d'un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires—L'intimée exploite une entreprise qui consiste à acheter et à commercialiser des produits du poisson à l'échelle mondiale—Elle a prêté de l'argent à une société russe (Starodubskoe) aux fins de la remise en état du navire-usine *Yuzhnie Kurily*—Les dépenses engagées par l'intimée au bénéfice de Starodubskoe ont donné lieu au privilège maritime en cause—Le fait de ne pas avoir grevé le navire saisi d'une hypothèque ne fait pas échec au privilège maritime, sauf si celui-ci a fait l'objet d'une renonciation expresse dans le contrat en question—L'intimée n'a pas renoncé au privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires.

Conflit de lois—L'intimée a obtenu un jugement par défaut contre une société russe devant une Cour américaine pour frais impayés, mais n'a pu recouvrer le montant accordé par jugement—Il s'agit de déterminer le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires—Il incombe à l'intimée de prouver que le droit américain s'appliquait—Le juge de première instance a conclu que le droit applicable au contrat est le droit américain—Il n'y a pas lieu de modifier cette conclusion—La Cour doit déterminer le système de droit avec lequel le contrat a son lien le plus étroit et le plus important—Le facteur le plus convaincant est de la clause d'arbitrage dans le contrat de commercialisation—La clause révèle la volonté implicite des parties de voir le droit américain s'appliquer—Le droit maritime américain empêche l'application des clauses de compensation.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Pleadings—Amendments—Respondent seeking to amend maritime lien claim at last stage of action—Trial Judge allowing amendment under r. 75(1) as appellant unable to demonstrate prejudice—Amendment must serve interests of justice—Addition of invoices numerical alteration to lien amount, amendment serving interests of justice, not causing prejudice to opposing party.

### **Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers (C.A.) . . . . . 3**

Copyright—Infringement—Copyright Board excluding most Internet intermediaries from liability to pay royalties for copyright music transmitted on Internet under Copyright Act, s. 2.4(1)(b)—Whether Internet intermediaries “communicated” to public music transmitted to end users—S. 2.4(1)(b) setting requirements for intermediary’s activity to avoid liability for infringing copyright by communicating work to public by telecommunication—Board correctly interpreting words “means of telecommunication”, “necessary” in Act, s. 2.4(1)(b), but erred in law in holding Internet intermediary who caches material provides means necessary for another to communicate it—Normal activities of host server operators, Internet access providers falling within Act, s. 2.4(1)(b).

Telecommunications—Copyright Board ruling normal activities of Internet intermediaries not communication by telecommunication for purpose of Copyright Act, not infringing exclusive communication rights of copyright owners—Operators of host servers, Internet access providers not controlling content transmitted, having passive role as activities usually consisting only of provision of means of telecommunication for purpose of Act, s. 2.4(1)(b)—Not open to Board to conclude operating cache necessary to enable others to communicate by telecommunication—By performing core functions, Internet access providers not authorizing content providers to communicate material from Web site at request of customers—Location of end user

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Pratique—Actes de procédure—Modifications—L’intimée a cherché à modifier sa réclamation fondée sur un privilège maritime au stade ultime de l’action—Le juge de première instance a accueilli la requête en modification en vertu de la règle 75(1), l’appelante n’ayant pas réussi à établir qu’elle subirait un préjudice—La modification doit servir les intérêts de la justice—L’ajout de ces factures était une simple modification numérique au montant du privilège, modification qui servait les intérêts de la justice et ne causait pas de préjudice à l’autre partie.

### **Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet (C.A.) . . . . . 3**

Droit d’auteur—Violation—La Commission du droit d’auteur a, en vertu de l’art. 2.4(1)(b) de la Loi sur le droit d’auteur, soustrait la plupart des intermédiaires Internet à l’obligation de verser des redevances pour les œuvres musicales protégées par le droit d’auteur diffusées sur Internet—Il s’agissait de savoir si les intermédiaires Internet «communiquent» au public la musique transmise à l’utilisateur final—L’art. 2.4(1)(b) énonce les conditions qui doivent être réunies pour que l’activité d’un intermédiaire ne rende pas ce dernier responsable de la violation du droit d’auteur pour avoir communiqué une œuvre au public par télécommunication—La Commission a correctement interprété les mots «moyens de communication» et «nécessaires» contenus à l’art. 2.4(1)(b) de la Loi, mais a commis une erreur de droit en jugeant qu’un intermédiaire Internet qui met des données en antémémoire fournit ainsi les moyens nécessaires pour permettre à un tiers de les communiquer—Les activités habituelles des exploitants de serveurs hôtes et de fournisseurs d’accès à Internet tombent sous le coup de l’art. 2.4(1)(b) de la Loi.

Télécommunications—La Commission du droit d’auteur a jugé que les activités habituelles des intermédiaires Internet ne constituent pas une communication par télécommunication au sens de la Loi sur le droit d’auteur et qu’elles ne violent donc les droits de communication exclusifs des titulaires du droit d’auteur—Les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d’accès Internet ne contrôlent pas le contenu de ce qu’ils transmettent et jouent un rôle passif, étant donné que leurs activités habituelles consistent uniquement à assurer les moyens de télécommunication au sens de l’art. 2.4(1)(b) de la Loi—Il n’était pas loisible à la Commission de conclure qu’il est nécessaire de recourir à une antémémoire pour permettre à autrui de communiquer par télécommuni-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

important factor in determining whether Internet communication has real, substantial connection with Canada.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Copyright Board's determination of parties' potential liability to pay royalty reviewable "decision" under Federal Court Act, s. 18.1(3)(b)—Case law on standard of review of Board's decisions reviewed—Court must embark on pragmatic, functional analysis to determine standard of review relevant to issues decided by Board—Interpretation of statutory provision, application to facts of given case distinguished—Copyright Board's decisions neither protected by preclusive clause, nor subject to right of appeal—Reviewable on all grounds listed in s. 18.1(4)—Correctness standard of review applicable to Board's interpretation of provisions of Copyright Act not within Board's exclusive domain—Unreasonableness standard of review of Board's decision involving application of statute.

### Whitton v. Canada (Attorney General) (C.A.) 126

Pensions—Appellant filing application for benefits under Old Age Security Act—Eligibility not in issue—Benefit cheques issued by HRDC in appellant's mother's name although latter dead—HRDC conducting internal investigation to determine how, by whom cheques cashed—Appellant not informed of details of investigation—Not recipient of amounts allegedly appropriated by fraud—Recipient only with respect to benefits paid to him as pensioner—No final decision on whether debt to Her Majesty exists as investigation apparently still underway—Minister could not rely on Act, ss. 9(5), 37 to suspend payment of pension, recover amount owed by set-off.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

cation—Lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions essentielles, les fournisseurs d'accès Internet n'autorisent pas les fournisseurs de contenu à communiquer des données provenant du site Web à la demande de leurs clients—Le lieu où se trouve l'utilisateur final revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si une communication Internet a des liens réels et importants avec le Canada.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—La décision que la Commission du droit d'auteur a rendue au sujet de l'obligation éventuelle des parties de verser des redevances est une «décision» au sens de l'art. 18.1(3)(b) de la Loi sur la Cour fédérale—Examen de la jurisprudence sur la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Commission—La Cour doit se livrer à une analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux questions tranchées par la Commission—Distinction entre l'interprétation d'une disposition législative et son application aux faits d'une affaire déterminée—Les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont protégées par aucune clause limitative et elles ne sont assujetties à aucun droit d'appel—Elles peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 18.1(4)—La norme de la décision correcte s'applique à l'interprétation par la Commission des dispositions de la Loi sur le droit d'auteur qui ne relèvent pas de son domaine de compétence exclusif—La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en l'espèce à la décision de la Commission est celle de la décision déraisonnable parce que cette décision portait sur l'application de la loi.

### Whitton c. Canada (Procureur général) (C.A.) 126

Pensions—L'appellant a déposé une demande de prestations en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse—L'admissibilité n'est pas remise en question—Des chèques de prestations ont été émis par le DRHC au nom de la mère de l'appellant bien qu'elle soit décédée—Le DRHC a entrepris une enquête interne afin de déterminer comment et par qui les chèques ont été encaissés—L'appellant n'a pas été informé sur les détails de l'enquête—Il n'était pas le prestataire des montants qu'il se serait appropriés par la fraude—Il n'était prestataire qu'à l'égard des prestations qui lui ont été versées en sa qualité de pensionné—Aucune décision finale n'a été arrêtée quant à l'existence d'une créance de Sa Majesté puisque, apparemment, l'enquête se continue toujours—Le ministre ne pouvait pas s'appuyer sur les art. 9(5) et 37 de la Loi pour suspendre le service de la pension et opérer compensation.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

Administrative Law—Judicial Review—*Mandamus*—Appellant applying for writ of *mandamus* ordering Minister of HRDC to reinstate pension owed under Old Age Security Act, to repay full amounts withheld—Appellant told benefits suspended as under investigation regarding cashing of benefit cheques issued to appellant's deceased mother—Department applying set-off—Appellant entitled to pension—Minister illegally refusing to pay him pension—A.D.M. denied appellant right to be heard, knowledge of case against him—Investigation apparently incomplete—Requirements for *mandamus* met—Exercise of authority by Minister under Old Age Security Act so inconsistent with rules of administrative law that decision by Minister to suspend, deny payment, to recover by set-off invalid on its face.

## SOMMAIRE (Fin)

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Mandamus*—L'appelant a demandé qu'un bref de *mandamus* soit émis à l'encontre du ministre pour qu'il rétablisse le service de la pension due en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse et qu'il rembourse l'ensemble des sommes retenues—L'appelant a été informé que sa prestation était suspendue parce qu'il faisait l'objet d'une enquête concernant l'encaissement des chèques de prestations émis au nom de sa mère décédée—Le Ministère a opéré compensation—L'appelant avait droit à sa pension—Le ministre a refusé illégalement de lui payer sa pension—Le sous-ministre adjoint a refusé à l'appelant le droit de se faire entendre et d'avoir accès au dossier constitué contre lui—L'enquête n'était apparemment pas terminée—Les conditions requises pour l'émission d'un *mandamus* sont remplies—Le pouvoir du ministre en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse a été exercé de façon si peu conforme aux règles du droit administratif que toute décision de suspension, de refus de paiement ou de compensation prise par le ministre serait à première vue viciée.



## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Canada (Attorney General) v. S.D. Meyers Inc.*, A-252-01, 2002 FCA 39, Strayer J.A., judgment dated 28/1/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/10/02.

*Collins v. Canada*, [2002] 3 F.C. 320 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 24/10/02.

*Haydon v. Canada*, A-206-00, 2001 FCA 344, Stone J.A., judgment dated 13/11/01 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/10/02.

*Stamicarbon B.V. v. Urea Casale S.A.*, [2002] 3 F.C. 347 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 24/10/02.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Canada (Procureur général) c. S.D. Meyers Inc.*, A-252-01, 2002 CAF 39, le juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 28-1-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-10-02.

*Collins c. Canada*, [2002] 3 C.F. 320 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-10-02.

*Haydon c. Canada*, A-206-00, 2001 CAF 344, le juge Stone, J.C.A., jugement en date du 13-11-01 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-10-02.

*Stamicarbon B.V. c. Urea Casale S.A.*, [2002] 3 C.F. 347 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-10-02.



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2002, Vol. 4, Part 1**

**2002, Vol. 4, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-764-99  
2002 FCA 166

A-764-99  
2002 CAF 166

**Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada** (*Applicant*)

**Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique** (*demanderesse*)

v.

c.

**Canadian Association of Internet Providers, Canadian Cable Television Association, AT&T Canada Long Distance Services Company, MCI Communications Corporation, Bell/Expressvu, Canadian Association of Broadcasters, Telus Communications Inc., Bell Canada, Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Motion Picture Distributors Association, Canadian Recording Industry Association, Time Warner Inc., Aliant Inc., MTS Communications Inc. and Saskatchewan Telecommunications** (*Respondents*)

**Association canadienne des fournisseurs Internet, Association canadienne de télévision par câble, AT&T Canada Long Distance Services Company, MCI Communications Corporation, Bell/Expressvu, Association canadienne des radiodiffuseurs, Telus Communications Inc., Bell Canada, Société Radio-Canada, Association canadienne des distributeurs de films, Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement, Time Warner Inc., Aliant Inc., MTS Communications Inc. et Saskatchewan Telecommunications** (*défendeurs*)

and

et

**The Canadian Recording Industry Association and Neighboring Rights Collective of Canada** (*Intervenors*)

**Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement et Société canadienne de gestion des droits voisins** (*intervenantes*)

**INDEXED AS: SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA v. CANADIAN ASSN. OF INTERNET PROVIDERS (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE c. ASSOC. CANADIENNE DES FOURNISSEURS INTERNET (C.A.)**

Court of Appeal, Linden, Evans and Sharlow J.J.A.—  
Ottawa, September 25, 26, 2001 and May 1, 2002.

Cour d'appel, juges Linden, Evans et Sharlow, J.C.A.—  
Ottawa, 25 et 26 septembre 2001 et 1<sup>er</sup> mai 2002.

*Copyright — Infringement — Copyright Board excluding most Internet intermediaries from liability to pay royalties for copyright music transmitted on Internet under Copyright Act, s. 2.4(1)(b) — Whether Internet intermediaries “communicated” to public music transmitted to end users — S. 2.4(1)(b) setting requirements for intermediary’s activity to avoid liability for infringing copyright by communicating work to public by telecommunication — Board correctly interpreting words “means of telecommunication”, “necessary” in Act, s. 2.4(1)(b), but erred in law in holding Internet intermediary who caches material provides means necessary for another to communicate it — Normal activities of host server operators, Internet access providers falling within Act, s. 2.4(1)(b).*

*Droit d’auteur — Violation — La Commission du droit d’auteur a, en vertu de l’art. 2.4(1)b de la Loi sur le droit d’auteur, soustrait la plupart des intermédiaires Internet à l’obligation de verser des redevances pour les œuvres musicales protégées par le droit d’auteur diffusées sur Internet — Il s’agissait de savoir si les intermédiaires Internet «communiquent» au public la musique transmise à l’utilisateur final — L’art. 2.4(1)b énonce les conditions qui doivent être réunies pour que l’activité d’un intermédiaire ne rende pas ce dernier responsable de la violation du droit d’auteur pour avoir communiqué une œuvre au public par télécommunication — La Commission a correctement interprété les mots «moyens de communication» et «nécessaires» contenus à l’art. 2.4(1)b de la Loi, mais a commis une erreur de droit en jugeant qu’un intermédiaire Internet qui met des données en antémémoire fournit ainsi les moyens nécessaires pour permettre à un tiers de les communiquer — Les activités habituelles des exploitants de serveurs hôtes et de fournisseurs*

*Telecommunications — Copyright Board ruling normal activities of Internet intermediaries not communication by telecommunication for purpose of Copyright Act, not infringing exclusive communication rights of copyright owners — Operators of host servers, Internet access providers not controlling content transmitted, having passive role as activities usually consisting only of provision of means of telecommunication for purpose of Act, s. 2.4(1)(b) — Not open to Board to conclude operating cache necessary to enable others to communicate by telecommunication — By performing core functions, Internet access providers not authorizing content providers to communicate material from Web site at request of customers — Location of end user important factor in determining whether Internet communication has real, substantial connection with Canada.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Copyright Board's determination of parties' potential liability to pay royalty reviewable "decision" under Federal Court Act, s. 18.1(3)(b) — Case law on standard of review of Board's decisions reviewed — Court must embark on pragmatic, functional analysis to determine standard of review relevant to issues decided by Board — Interpretation of statutory provision, application to facts of given case distinguished — Copyright Board's decisions neither protected by preclusive clause, nor subject to right of appeal — Reviewable on all grounds listed in s. 18.1(4) — Correctness standard of review applicable to Board's interpretation of provisions of Copyright Act not within Board's exclusive domain — Unreasonableness standard of review of Board's decision involving application of statute.*

This was an application to set aside the decision of the Copyright Board excluding most Internet intermediaries from liability to pay royalties for copying music transmitted on the Internet. The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), the applicant herein, collectively administers in Canada the performing and communication rights of its members and of foreign composers, authors and publishers. In 1995, it proposed the

*d'accès à Internet tombent sous le coup de l'art. 2.4(1)(b) de la Loi.*

*Télécommunications — La Commission du droit d'auteur a jugé que les activités habituelles des intermédiaires Internet ne constituent pas une communication par télécommunication au sens de la Loi sur le droit d'auteur et qu'elles ne violent donc les droits de communication exclusifs des titulaires du droit d'auteur — Les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne contrôlent pas le contenu de ce qu'ils transmettent et jouent un rôle passif, étant donné que leurs activités habituelles consistent uniquement à assurer les moyens de télécommunication au sens de l'art. 2.4(1)(b) de la Loi — Il n'était pas loisible à la Commission de conclure qu'il est nécessaire de recourir à une antémemoire pour permettre à autrui de communiquer par télécommunication — Lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions essentielles, les fournisseurs d'accès Internet n'autorisent pas les fournisseurs de contenu à communiquer des données provenant du site Web à la demande de leurs clients — Le lieu où se trouve l'utilisateur final revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si une communication Internet a des liens réels et importants avec le Canada.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La décision que la Commission du droit d'auteur a rendue au sujet de l'obligation éventuelle des parties de verser des redevances est une «décision» au sens de l'art. 18.1(3)(b) de la Loi sur la Cour fédérale — Examen de la jurisprudence sur la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Commission — La Cour doit se livrer à une analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux questions tranchées par la Commission — Distinction entre l'interprétation d'une disposition législative et son application aux faits d'une affaire déterminée — Les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont protégées par aucune clause limitative et elles ne sont assujetties à aucun droit d'appel — Elles peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 18.1(4) — La norme de la décision correcte s'applique à l'interprétation par la Commission des dispositions de la Loi sur le droit d'auteur qui ne relèvent pas de son domaine de compétence exclusif — La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en l'espèce à la décision de la Commission est celle de la décision déraisonnable parce que cette décision portait sur l'application de la loi.*

Il s'agit d'une demande visant à faire annuler la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur a soustrait la plupart des intermédiaires Internet à l'obligation de verser des redevances pour les œuvres musicales protégées par le droit d'auteur diffusées sur Internet. La demanderesse, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), est chargée de gérer collectivement au Canada les droits d'exécution et de communication de ses membres et



first tariff of royalties payable in respect of music transmitted on the Internet. This tariff, known as *Tariff 22*, covered the years 1996 to 1998 inclusive. At the end of the first phase of a proceeding to determine the amount and allocation of the royalty payable to copyright owners for the communication of music on the Internet, the Copyright Board held that a royalty can be imposed on those who post music on a server located in Canada to which Internet users have access, but cannot be imposed on those whose only role in Internet transmissions is to operate a server on which music is stored, or to provide a recipient with Internet access. The Board also found that the normal activities of Internet intermediaries do not constitute communication by telecommunication for the purposes of the *Copyright Act*, and thus do not infringe the exclusive communication rights of copyright owners. SOCAN challenged each of these conclusions. Five issues were raised on appeal: (1) the standard of review of the Board's decision; (2) whether the Board erred in law in interpreting paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*; (3) whether the Board erred in concluding that the services and equipment supplied by operators of host servers and Internet access providers constituted only the means of telecommunication necessary for enabling another to communicate; (4) whether the Board erred in not concluding that, in providing their core services and equipment, Internet intermediaries "authorize" the communication of material requested by end users from host servers, and (5) whether the Board erred in finding that the *Copyright Act* does not apply to communications by telecommunication, including the Internet, that originate from outside Canada.

*Held* (Sharlow J.A. dissenting in part), the application should be dismissed in part.

*Per* Evans J.A.: (1) The Copyright Board's determination in *Tariff 22* of the parties' potential liability to pay a royalty was a reviewable "decision" under paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Court Act* and could be set aside for error of law under paragraph 18.1(4)(c) of the Act. The pragmatic or functional analysis is now the accepted methodology for setting the standard by which a court will review a specialist administrative agency's determinations of questions of law. The concept of jurisdiction has lost its former significance as a determinant of the standard of review in administrative law. The Court must embark on a pragmatic or functional analysis

ceux de compositeurs, auteurs et éditeurs étrangers. En 1995, elle a soumis le premier projet de tarif de redevances à percevoir pour la musique diffusée sur Internet. Ce tarif, connu sous le nom de *tarif 22*, visait les années 1996 à 1998 inclusivement. À l'issue de la première phase de l'instance visant à déterminer le montant et la répartition des redevances payables aux titulaires de droit d'auteur pour la communication d'œuvres musicales sur l'Internet, la Commission du droit d'auteur a conclu que des redevances peuvent être exigées de ceux qui rendent de la musique disponible sur un serveur situé au Canada auquel les internautes ont accès, mais que des redevances ne pouvaient être imposées à ceux dont le rôle dans la chaîne de transmission d'Internet se borne à exploiter le serveur sur lequel de la musique est stockée ou à assurer l'accès Internet aux destinataires. La Commission a également conclu que les activités habituelles des intermédiaires Internet ne constituent pas une communication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, et qu'elles ne violent donc les droits de communication exclusifs des titulaires du droit d'auteur. SOCAN a contesté chacune de ces conclusions et soulevé cinq questions litigieuses en appel: 1) quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission? 2) la Commission a-t-elle commis une erreur de droit dans son interprétation de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*? 3) la Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que les services et l'équipement habituellement fournis par les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne constituaient que les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à un tiers de communiquer? 4) la Commission a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas qu'en fournissant leurs services et leur équipement essentiels, les intermédiaires Internet «autorisent» la communication des données demandées par les utilisateurs finaux à partir de leurs serveurs hôtes? 5) la Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que la *Loi sur le droit d'auteur* ne s'applique pas aux communications par télécommunication, notamment par Internet, qui proviennent de l'extérieur du Canada?

*Arrêt* (le juge Sharlow, J.C.A. dissidente en partie): la demande est rejetée en partie.

Le juge Evans, J.C.A.: 1) La décision que la Commission du droit d'auteur a rendue au sujet du *Tarif 22* en ce qui a trait à l'obligation éventuelle des parties de verser des redevances était une «décision» susceptible d'un contrôle judiciaire en vertu de l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* et qui pouvait être annulée pour cause d'erreur de droit en vertu de l'alinéa 18.1(4)c) de cette Loi. L'analyse pragmatique ou fonctionnelle constitue désormais la méthode généralement acceptée pour fixer la norme en fonction de laquelle une cour de justice procède au contrôle judiciaire des décisions rendues par un organisme administratif spécialisé sur des questions de

in order to determine the standard of review relevant to the issues decided by the Board. The Board exercises a very broad discretion when determining who should pay a royalty and on what basis the royalty should be calculated. The same standard of review will not necessarily apply to an administrative agency's determinations with respect to every provision in its constitutive legislation. Reviewing courts must distinguish between the interpretation of a statutory provision and its application to the facts of a given case. The impact of the Board's decision on the parties' legal rights is limited. While the resolution of the legal questions raised in *Tariff 22* was of significant commercial interest to the parties, and to Internet end users, the interests at stake were primarily monetary in nature. The Copyright Board's decision could not be said to impinge on constitutional or quasi-constitutional rights. The limited life span of tariffs approved by the Board also serves to reduce the impact of the Board's decisions on the rights of the parties. Thus, neither the nature of the rights affected by the Board's decision, nor the seriousness of its impact on them, indicates that the Court should review the Board's legal determinations on a standard of correctness. The Copyright Board's decisions are neither protected by a preclusive clause, nor subject to a right of appeal. The scale is tipped in favour of correctness review because the Copyright Board's interpretation of provisions of the *Copyright Act* in dispute is not within its exclusive domain, but may arise in court proceedings other than judicial review proceedings. Simple unreasonableness was the appropriate standard of review of the Board's decision, in so far as it involved the application, rather than the interpretation, of the statute.

(2) Three conditions must be established for an intermediary's activity to fall within paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, and not to attract liability for infringing copyright by communicating a work to the public by telecommunication. First, the intermediary's activities must amount to the provision of "the means of telecommunication"; second, these means must be "necessary" for enabling another person to communicate a work to the public; and third, the activities in question must constitute the intermediary's "only act" with respect to the communication.

droit. Ce n'est plus le concept de compétence qui est déterminant en matière de norme de contrôle en droit administratif. La Cour doit se livrer à une analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux questions tranchées par la Commission. La Commission exerce un pouvoir discrétionnaire très large lorsqu'elle détermine qui devrait verser des redevances et de quelle façon celles-ci devraient être calculées. La même norme de contrôle ne s'appliquera pas nécessairement aux conclusions tirées par un tribunal administratif au sujet de chacune des dispositions de sa loi habilitante. Les tribunaux saisis d'une demande de contrôle judiciaire doivent établir une distinction entre l'interprétation d'une disposition législative et son application aux faits d'une affaire déterminée. Les incidences des décisions de la Commission sur les droits que la loi reconnaît aux parties sont limitées. Bien que le règlement des questions juridiques soulevées dans l'affaire du *Tarif 22* présentât un intérêt commercial non négligeable pour les parties et pour les utilisateurs finaux de l'Internet, la nature des intérêts en jeu était surtout monétaire. On ne saurait prétendre que la décision de la Commission du droit d'auteur empiète sur des droits constitutionnels ou quasi-constitutionnels. La durée de vie limitée des tarifs homologués par la Commission contribue par ailleurs à limiter la portée des décisions de la Commission sur les droits des parties. Ainsi, ni la nature des droits visés par la décision de la Commission, ni la gravité de ses incidences sur les droits en question ne permettent de penser que la Cour devrait procéder au contrôle judiciaire des décisions de la Commission sur des points de droit en fonction de la norme de la décision correcte. Les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont protégées par aucune clause limitative de recours et elles ne sont assujetties à aucun droit d'appel. Le fait que l'interprétation par la Commission du droit d'auteur des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* en litige ne relève pas de son domaine de compétence exclusif mais qu'elle puisse se faire dans une instance judiciaire autre qu'une instance en contrôle judiciaire fait pencher la balance en faveur de la norme de la décision correcte. La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en l'espèce à la décision de la Commission est celle de la décision simplement déraisonnable dans la mesure où cette décision porte sur l'application de la loi plutôt que sur son interprétation.

2) Trois conditions doivent être réunies pour que l'activité d'un intermédiaire tombe sous le coup de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* et ne donne pas lieu à la violation du droit d'auteur résultant de la communication d'une œuvre au public par télécommunication. En premier lieu, les activités de l'intermédiaire doivent équivaloir à la fourniture des «moyens de télécommunication»; deuxièmement, ces moyens doivent être «nécessaires» pour permettre à un tiers de communiquer une œuvre au public et troisièmement, les activités en question doivent constituer la seule chose que

The *Copyright Act* is not concerned exclusively with advancing the interests of writers, composers, artists and other creative people. Thus, its provisions should be interpreted with an eye to striking an appropriate balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator. The Board was correct in concluding that the word “means” is capable of describing a wider range of services and equipment than those provided by traditional common carriers. Therefore, that word should not be given the narrow interpretation urged by the applicant. Another issue was whether the Board misinterpreted the word “necessary” when it held that it extended to an activity that merely improves the quality of Internet communication. The context of paragraph 2.4(1)(b) does not justify interpreting “necessary” in a sense that is at odds with its most familiar meaning. Hence, a person provides only the means of telecommunication necessary for another person to communicate when, without that person’s activity, communication in that medium of telecommunication would not be practicable or, in all probability, would not have occurred. Whether something is “necessary” for the purpose of paragraph 2.4(1)(b) should be determined when the transmission of material from the server occurs, not when the content provider chooses the means to communicate. The Board did not err in law on that issue. However, it erred in law when it held that an Internet intermediary who caches material is thereby providing the means necessary for another to communicate it. The fact that the cache enhances the speed of transmission and reduces the cost to the Internet access provider does not render it a practical necessity for communication by others. The operator of a cache communicates by telecommunication to end users the material transmitted to them from the cache and thereby infringes the exclusive right of the author or composer to communicate a musical work to the public. Thus, he is not merely a passive transmitter of data. Finally, the Board was right in holding that an Internet intermediary’s activities are still only the means of telecommunication when they are ancillary to its provision of the necessary means of telecommunication by others, provided that these additional activities do not themselves amount to communication. Thus, operators of host servers do not lose the protection of paragraph 2.4(1)(b) by providing their normal facilities and services.

l’intermédiaire fait relativement à la communication. La *Loi sur le droit d’auteur* ne vise pas exclusivement à défendre les intérêts des auteurs, compositeurs, artistes et autres créateurs. Ses dispositions devraient donc être examinées dans le but d’essayer de trouver un juste équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste rétribution pour les créateurs. C’est à bon droit que la Commission a conclu que le terme «moyens» est susceptible de désigner une gamme de services et d’équipements plus vaste que ceux que fournissent les entreprises de télécommunications traditionnelles. En conséquence, on ne doit pas donner à ce terme l’interprétation étroite que préconise la demanderesse. La question suivante est celle de savoir si la Commission a mal interprété le mot «nécessaires» lorsqu’elle a statué qu’il englobait les activités qui ne visent qu’à améliorer la qualité de la communication sur l’Internet. Compte tenu du contexte dans lequel se situe l’alinéa 2.4(1)(b), il n’y a pas lieu d’accorder au terme «nécessaires» un sens qui contredirait son acception la plus courante. En conséquence, une personne ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour lui permettre de communiquer lorsque, sans son intervention, la communication par ce moyen de télécommunication ne serait pas réalisable ou, selon toute vraisemblance, n’aurait pas eu lieu. La question de savoir si des moyens de télécommunication sont «nécessaires» au sens de l’alinéa 2.4(1)(b) doit être tranchée au moment où se produit la transmission des données provenant du serveur, et non lorsque le fournisseur de contenu choisit le moyen de communication. La Commission n’a pas commis d’erreur de droit sur cette question. Elle a cependant commis une erreur de droit en jugeant qu’un intermédiaire Internet qui met des données en antémémoire fournit ainsi les moyens nécessaires pour permettre à un tiers de les communiquer. Le fait que l’antémémoire accélère la vitesse de transmission et qu’elle permet de réduire les coûts du fournisseur d’accès Internet ne rend pas obligatoire le recours à une antémémoire pour qu’il y ait communication. Celui qui exploite une antémémoire communique par télécommunication à des utilisateurs finaux les données qui leur sont transmises à partir de l’antémémoire, violant ainsi le droit exclusif de l’auteur ou du compositeur de communiquer une œuvre musicale au public. Il ne se contente donc pas de transmettre passivement des données. Finalement, c’est à bon droit que la Commission a jugé qu’un intermédiaire Internet ne fait que fournir des moyens de télécommunication lorsque ces moyens sont accessoires à la fourniture par cet intermédiaire des moyens de télécommunication nécessaires à la transmission de données d’autrui, à condition que ces activités supplémentaires ne constituent pas elles-mêmes une communication. Ainsi, les exploitants de serveurs hôtes ne sont pas privés de la protection de l’alinéa 2.4(1)(b) lorsqu’ils fournissent leurs installations et services habituels.

(3) There was ample evidence before the Board to justify its conclusion that operators of host servers and Internet access providers do not effectively control the content of what is transmitted, that their role is passive and that their activities usually consist only of the provision of the means of telecommunication for the purpose of paragraph 2.4(1)(b). On the other hand, the Board's conclusion, that operating a cache is necessary for another person to communicate by telecommunication, was based on an erroneous interpretation of paragraph 2.4(1)(b).

(4) The applicant argued that Internet intermediaries authorize content providers to communicate copyright material from the host servers. Authorizing a communication by telecommunication is a discrete infringement under subsection 3(1) of the *Copyright Act*. It was open to the Board to conclude that, by performing their core functions, Internet access providers did not authorize content providers to communicate material from the Web site at the request of their customers, the end users. Courts have generally rejected the argument that the authorization of communication can be inferred merely from the supply of equipment that enables another to communicate or to perform a work. Since operators of host servers only provide the passive means for others to communicate, they are not in any real sense approving, consenting or claiming the right to permit content providers to communicate the material stored on their servers. It was not unreasonable for the Board to conclude that the normal activities of host server operators do not implicitly authorize content providers to communicate the material posted on the server.

(5) The applicant is only entitled to a royalty in respect of copyright infringements that occur in Canada. Since the principal infringement relied on in this case was that of communicating copyright works to the public by telecommunication, the Board could only approve a royalty payable for the communications that occurred in Canada. In ruling that a communication by telecommunication occurs at the place from which the transmission originates, the Board was determining a general question of law that was not confined to the facts of the case before it and, hence, its ruling was reviewable on a standard of correctness. The location of the communication should not be determined solely by that of the host server, especially since the Internet communications under consideration were only effected at the request of the end user. The principal infringing activity herein was communication by the content provider, copyright material

3) Les éléments de preuve soumis à la Commission justifiaient amplement sa conclusion que les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne contrôlent pas effectivement le contenu de ce qu'ils transmettent, que leur rôle est passif et que, par conséquent, leurs activités habituelles consistent uniquement à assurer les moyens de télécommunication au sens de l'alinéa 2.4(1)b). En revanche, la conclusion de la Commission suivant laquelle il est nécessaire de recourir à une antémémoire pour permettre à autrui de communiquer reposait sur une interprétation erronée de l'alinéa 2.4(1)b).

4) La demanderesse faisait valoir que les intermédiaires Internet autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer des œuvres protégées par le droit d'auteur à partir de serveurs hôtes. Autoriser une communication par télécommunication constitue une violation flagrante du droit d'auteur protégé par le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il était loisible à la Commission de conclure que, lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions essentielles, les fournisseurs d'accès Internet n'autorisent pas les fournisseurs de contenu à communiquer des données provenant du site Web à la demande de leurs clients, les utilisateurs finaux. Les tribunaux ont de façon générale rejeté l'argument que l'autorisation de communiquer peut s'inférer simplement de la fourniture de l'équipement permettant à un tiers de communiquer ou d'exécuter une œuvre. Comme les exploitants de serveurs hôtes ne fournissent à autrui qu'un moyen passif de communiquer, on ne peut logiquement considérer qu'ils approuvent la communication de données, qu'ils consentent à cette communication ou qu'ils revendiquent le droit de permettre aux fournisseurs de contenus de communiquer les données stockées sur leur serveur. La Commission était justifiée de conclure que, dans le cadre de leurs activités habituelles, les exploitants de serveurs hôtes n'autorisent pas implicitement les fournisseurs de contenu à communiquer les données qu'ils ont rendues disponibles sur le serveur.

5) La demanderesse n'a droit à des redevances que pour les violations de son droit d'auteur qui se produisent au Canada. Étant donné que la principale violation du droit d'auteur invoquée en l'espèce est celle de communiquer des œuvres protégées par le droit d'auteur au public par télécommunication, la Commission ne pouvait homologuer que les redevances payables pour des communications ayant lieu au Canada. En statuant qu'une communication par télécommunication se produit au lieu d'où provient la transmission, la Commission se prononçait sur une question de droit générale qui ne se limitait pas aux faits de l'affaire dont elle était saisie et, partant, sa décision était révisable en fonction de la norme de la décision correcte. Le lieu de la communication ne devrait pas être déterminé exclusivement en fonction de l'emplacement du serveur hôte, d'autant plus que les communications Internet en l'espèce ne se produisent

was not communicated until it was received on the end user's computer, and the location of the host server could not alone determine where the communication occurred. A royalty may be made payable in Canada in respect of communications by telecommunication that have a real and substantial connection with Canada. The Copyright Board erred in law when it ignored all connecting factors other than the location of the host server for the purpose of identifying communications that occurred in Canada and could therefore attract liability to pay a royalty to the applicant. Since the policy of the Act is to protect copyright in the Canadian market, the location of the end user is an important factor in determining if an Internet communication has a real and substantial connection with Canada.

*Per Sharlow J.A. (dissenting in part):* The Board was right in characterizing caching as an activity that is ancillary to Internet communication and in concluding that an Internet intermediary whose only activity is to provide caching is entitled to the protection of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*. The word "necessary" in legislation that is intended to describe the technology of communication must be interpreted with enough flexibility to recognize incremental technological improvements. In the context of paragraph 2.4(1)(b), something should be considered necessary for communication if it makes communication practicable or more practicable, which is the meaning that the Board has implicitly adopted.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 "telecommunication" (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 61), 2.4(1)(b) (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 2), 3(1)(f) (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1997, c. 24, s. 3), 66 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12), 66.4(3) (as enacted *idem*), 66.6(1) (as enacted *idem*), 66.7 (as enacted *idem*), 67 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45), 67.1 (as am. *idem*), 67.2(1)(b) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1993, c. 23, s. 4;), 68 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45), 79 (as am. *idem*, s. 50).

*Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*, No. 110, 2000 (Aust.).

*Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. § 512 (1998).

qu'à la demande de l'utilisateur final. La principale activité qui constitue une violation du droit d'auteur en l'espèce était la communication d'information par le fournisseur de contenu; les données protégées par le droit d'auteur ne sont communiquées que lorsque l'utilisateur final les reçoit dans son ordinateur, et l'emplacement du serveur hôte ne suffit pas à lui seul à déterminer le lieu où la communication se produit. Le versement d'une redevance peut être exigé au Canada à l'égard de communications par télécommunication qui ont un rattachement réel et important avec le Canada. La Commission du droit d'auteur a commis une erreur de droit en ignorant tous les facteurs de rattachement autres que celui de l'emplacement du serveur hôte pour déterminer quelles communications ont lieu au Canada et sont par conséquent susceptibles d'engendrer l'obligation de verser des redevances à la demanderesse. Comme la Loi a pour objet de protéger le droit d'auteur sur le marché canadien, le lieu où se trouve l'utilisateur final revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si une communication Internet a des liens réels et importants avec le Canada.

*Le juge Sharlow, J.C.A. (dissidente en partie):* C'est à bon droit que la Commission a qualifié la mise en antémémoire d'activité accessoire aux communications Internet et qu'elle a conclu qu'un intermédiaire Internet dont la seule activité consiste à assurer la mise en antémémoire a droit à la protection de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il faut interpréter le mot «nécessaires» que le législateur a inséré dans la Loi pour qualifier la technologie utilisée pour la communication avec suffisamment de souplesse pour reconnaître les progrès technologiques constants en la matière. Dans le contexte de l'alinéa 2.4(1)b), une chose devrait être considérée comme nécessaire à la communication si elle rend cette communication réalisable ou plus pratique, ce qui correspond à l'interprétation que la Commission a implicitement donnée à ce terme.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, les gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.  
*Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*, No. 110, 2000 (Aust.).

*Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. § 512 (1998).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3)b) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), (4) (édicte, *idem*), 28 (mod., *idem*, art. 8).

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch.C-42, art. 2 «télécommunication» (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 61), 2.4(1)b) (édicte par L.C. 1997, c. 24, art. 2), 3(1)f) (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1997, ch. 24, art. 3), 66 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12),

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (4) (as enacted *idem*), 28 (as am. *idem*, s. 8).

*Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 279 (as am. by S.O. 1993, c. 10, ss. 1, 32; 1996 c. 31, s. 34), 280 (as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 1; 1996, c. 21, s. 35), 281 (as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 1; 1996, c. 21, s. 37), 282 (as am. by S.O. 1993, c. 10, ss. 1, 33; 1996, c. 21, s. 38), 283 (as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 34; 1996, c. 21, s. 39).

*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

*WIPO Copyright Treaty*, Geneva, December 20, 1996.

*WIPO Performances and Phonograms Treaty*, Geneva, December 20, 1996.

66.4(3) (édicte, *idem*), 66.6(1) (édicte *idem*), 66.7 (édicte, *idem*), 67 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45), 67.1 (mod., *idem*), 67.2(1)b) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1993, ch. 23, art. 4), 68 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45), 79 (mod., *idem*, art. 50).

*Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 279 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1, 32; 1996, ch. 31, art. 34), 280 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1; 1996, ch. 21, art. 35), 281 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1; 1996, ch. 21, art. 37), 282 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1, 33; 1996, ch. 21, art. 38), 283 (mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 34; 1996, ch. 21, art. 39).

*Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*. Genève, le 20 décembre 1996.

*Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, Genève, le 20 décembre 1996.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; (1990), 72 D.L.R. (4th) 97; 31 C.P.R. (3d) 394; 111 N.R. 376; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, (2002), 210 D.L.R. (4th) 385; 23 B.L.R. (3d) 1; 17 C.P.R. (4th) 161; 285 N.R. 267 (S.C.C.); *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976; (1979), 108 D.L.R. (3d) 17; 51 C.C.C. (2d) 1; 13 C.R. (3d) 228; 16 C.R. (3d) 330; 30 N.R. 453.

##### NOT FOLLOWED:

*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Broadcasters* (1999), 1 C.P.R. (4th) 80; 239 N.R. 119 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*AVS Technologies Inc. v. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency* (2000), 7 C.P.R. (4th) 68; 257 N.R. 283 (F.C.A.); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 18 Imm. L.R. (3d) 93 (S.C.C.); *Canadian Assn. of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190; 175 N.R. 341 (F.C.A.); *Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1998] O.J. No. 6459 (Div. Ct.) (QL); leave to appeal refused [1998] O.J. No. 2872 (C.A.) (QL); *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999), 171

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; (1990), 72 D.L.R. (4th) 97; 31 C.P.R. (3d) 394; 111 N.R. 376; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, (2002), 210 D.L.R. (4th) 385; 23 B.L.R. (3d) 1; 17 C.P.R. (4th) 161; 285 N.R. 267 (C.S.C.); *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976; (1979), 108 D.L.R. (3d) 17; 51 C.C.C. (2d) 1; 13 C.R. (3d) 228; 16 C.R. (3d) 330; 30 N.R. 453.

##### DÉCISION NON SUIVIE:

*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, (1999), 1 C.P.R. (4th) 80; 239 N.R. 119 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*AVS Technologies Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*, (2000), 7 C.P.R. (4th) 68; 257 N.R. 283 (C.A.F.); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 18 Imm. L.R. (3d) 93 (C.S.C.); *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190; 175 N.R. 341 (C.A.F.); *Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1998] O.J. No. 6459 (C. div.) (QL); autorisation d'appel refusée [1998] O.J. No. 2872 (C.A.) (QL); *Braintech, Inc. v. Kostiuik* (1999),

D.L.R. (4th) 46; [1999] 9 W.W.R. 133; 63 B.C.L.R. (3d) 156; 120 B.C.A.C. 1 (C.A.); *Gutnik v. Dow Jones & Co. Inc.*, [2001] V.S.C. 305 (Sup. Ct. Vic.); *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 266 A.R. 142; [2001] 2 W.W.R. 431; 86 Alta. L.R. (3d) 184; 8 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241.

## REFERRED TO:

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Halifax Longshoremen's Assn., Local 269 v. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224; 257 N.R. 338 (F.C.A.); *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, [2001] 4 F.C. 139; (2001), 270 N.R. 237 (C.A.); *Réseaux Premier Choix Inc. v. Canadian Cable Television Assn.* (1997), 80 C.P.R. (3d) 203; 223 N.R. 43 (F.C.A.); *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; 15 Admin. L.R. (2d) 1; 49 C.C.E.L. 1; 154 N.R. 104; 55 Q.A.C. 241; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 F.C. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, (2001), 201 D.L.R. (4th) 557; 272 N.R. 201; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; (1998), 156 D.L.R. (4th) 456; 3 Admin. L.R. (3d) 163; 22 N.R. 241; *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 286 N.R. 1 (S.C.C.); *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; *Federation Insurance Co. of Canada v. Vineski* (1997), 48 C.C.L.I. (2d) 102; 31 M.V.R. (3d) 134; 108 O.A.C. 200 (Ont. Div. Ct.); *H'ng v. Allstate Insurance Co. of Canada* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 252 (Ont. Div. Ct.); *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 807; 41 C.C.L.I. (2d) 274; [1997] I.L.R. 1-3434; 25 M.V.R. (3d) 195; 98 O.A.C. 344 (Div. Ct.); *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1999), 43 O.R. (3d) 484; [1999] I.L.R. 1-3736; 45 M.V.R. (3d) 197 (C.A.); *Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357;

171 D.L.R. (4th) 46; [1999] 9 W.W.R. 133; 63 B.C.L.R. (3d) 156; 120 B.C.A.C. 1 (C.A.); *Gutnik v. Dow Jones & Co. Inc.*, [2001] V.S.C. 305 (Sup. Ct. Vic.); *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 266 A.R. 142; [2001] 2 W.W.R. 431; 86 Alta. L.R. (3d) 184; 8 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Halifax Longshoremen's Assn., section locale 269 c. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224; 257 N.R. 338 (C.A.F.); *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, [2001] 4 C.F. 139; (2001), 270 N.R. 237 (C.A.); *Réseaux Premier Choix Inc. c. Assoc. canadienne de télévision par câble* (1997), 80 C.P.R. (3d) 203; 223 N.R. 43 (C.A.F.); *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; 15 Admin. L.R. (2d) 1; 49 C.C.E.L. 1; 154 N.R. 104; 55 Q.A.C. 241; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 C.F. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, (2001), 201 D.L.R. (4th) 557; 272 N.R. 201; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; (1998), 156 D.L.R. (4th) 456; 3 Admin. L.R. (3d) 163; 22 N.R. 241; *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 286 N.R. 1 (C.S.C.); *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; *Federation Insurance Co. of Canada v. Vineski* (1997), 48 C.C.L.I. (2d) 102; 31 M.V.R. (3d) 134; 108 O.A.C. 200 (C. div. Ont.); *H'ng v. Allstate Insurance Co. of Canada* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 252 (C. div. Ont.); *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 807; 41 C.C.L.I. (2d) 274; [1997] I.L.R. 1-3434; 25 M.V.R. (3d) 195; 98 O.A.C. 344 (C. div.); *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1999), 43 O.R. (3d) 484; [1999] I.L.R. 1-3736; 45 M.V.R. (3d) 197 (C.A.); *Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980]

(1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.); *Muzak Corporation v. Composers, Authors, and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182; (1953), 19 C.P.R. 1; *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.P.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (T.D.); affd [1990] 2 S.C.R. 209; (1990), 71 D.L.R. (4th) 95; 30 C.P.R. (3d) 257; 110 N.R. 66; *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.); *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; (1973), 43 D.L.R. (3d) 239; [1974] 2 W.W.R. 586; 1 N.R. 122; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; [1991] 2 W.W.R. 217; 52 B.C.L.R. (2d) 160; 46 C.P.C. (2d) 1; 122 N.R. 81; 15 R.P.R. (2d) 1; *R. v. Libman*, [1985] 2 S.C.R. 178; (1985), 21 D.L.R. (4th) 174; 21 C.C.C. (3d) 206; 62 N.R. 161; 12 O.A.C. 33.

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "necessary".  
*Consultation Paper on Digital Copyright Issues*. Intellectual Property Policy Directorate of Industry Canada and the Copyright Policy Branch of Canadian Heritage, June 22, 2001.  
*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Clarendon Press, 1993, "necessary".  
*Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaire Le Robert, 1996, "nécessaire".

APPLICATION to set aside a decision of the Copyright Board ((1999), 1 C.P.R. (4th) 417) excluding most Internet intermediaries from liability to pay royalties for copyright music transmitted on the Internet. Application dismissed in part.

## APPEARANCES:

*Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon* and *S. Ashley Dent* for applicant.  
*Mark S. Hayes* for respondents.  
*Glen A. Bloom* for intervener Canadian Recording Industry Association.  
*David R. Collier* and *Dominic Gourgues* for intervener Neighboring Rights Collective of Canada.

1 R.C.S. 357; (1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.); *Muzak Corporation v. Composers, Authors, and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182; (1953), 19 C.P.R. 1; *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.P.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; (1990), 71 D.L.R. (4th) 95; 30 C.P.R. (3d) 257; 110 N.R. 66; *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.); *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; (1973), 43 D.L.R. (3d) 239; [1974] 2 W.W.R. 586; 1 N.R. 122; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; [1991] 2 W.W.R. 217; 52 B.C.L.R. (2d) 160; 46 C.P.C. (2d) 1; 122 N.R. 81; 15 R.P.R. (2d) 1; *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178; (1985), 21 D.L.R. (4th) 174; 21 C.C.C. (3d) 206; 62 N.R. 161; 12 O.A.C. 33.

## DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «necessary».  
*Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*. Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada et Direction de la politique du droit d'auteur, Patrimoine canadien, 22 juin 2001.  
*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Clarendon Press, 1993. «necessary».  
*Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaire Le Robert, 1996, «nécessaire».

DEMANDE d'annulation d'une décision par laquelle la Commission du droit d'auteur ((1999), 1 C.P.R. (4th) 417) a soustrait la plupart des intermédiaires Internet à l'obligation de verser des redevances pour les œuvres musicales protégées par le droit d'auteur diffusées sur Internet. Demande rejetée en partie.

## ONT COMPARU:

*Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon* et *S. Ashley Dent* pour la demanderesse.  
*Mark S. Hayes* pour les défendeurs.  
*Glen A. Bloom* pour l'intervenante, l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement.  
*David R. Collier* et *Dominic Gourgues* pour l'intervenante, la Société canadienne de gestion des droits voisins.



## SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for applicant.

*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto, for respondents.

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Ottawa, for intervener Canadian Recording Industry Association.

*Ogilvy, Renault S.E.N.C.*, Montréal, for intervener Neighboring Rights Collective of Canada.

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

EVANS J.A.:

## A. INTRODUCTION

[1] In a remarkably short time, the Internet has become a global mass medium of communication that operates *sans frontières*. As technical difficulties have been overcome, the transmission of music, generally recorded, but sometimes live or broadcast, has recently become an increasingly popular use of the Internet. The issue underlying this case is who can be made liable to pay royalties to the owners of the copyright in music that is transmitted on the Internet.

[2] At the end of the first phase of a proceeding to determine the amount and allocation of the royalty payable to copyright owners for the communication of music on the Internet, the Copyright Board held that a royalty can be imposed on those who post music on a server located in Canada to which Internet users have access. The Board also held that a royalty cannot be imposed on those whose only role in Internet transmissions is to operate a server on which music is stored, or to provide a recipient with Internet access. The normal activities of Internet intermediaries, it found, do not constitute a communication for the purpose of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, and thus do not infringe the exclusive communication rights of copyright owners.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, pour la demanderesse.

*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto, pour les défendeurs.

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Ottawa, pour l'intervenante, l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement.

*Ogilvy, Renault S.E.N.C.*, Montréal, pour l'intervenante, la Société canadienne de gestion des droits voisins.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

## A. INTRODUCTION

[1] Dans un laps de temps remarquablement court, l'Internet est devenu un moyen de communication universel qui ne connaît pas de frontières. Au fur et à mesure que les difficultés techniques ont été surmontées, la transmission d'œuvres musicales—le plus souvent enregistrées, mais parfois en direct ou par la voix des ondes—est devenue une façon de plus en plus populaire d'utiliser l'Internet. En l'espèce, le débat tourne autour de la question de savoir qui peut être tenu de verser des redevances aux titulaires de droit d'auteur pour la musique diffusée sur Internet.

[2] À l'issue de la première phase de l'instance visant à déterminer le montant et la répartition des redevances payables aux titulaires de droit d'auteur pour la communication d'œuvres musicales sur l'Internet, la Commission du droit d'auteur a conclu que des redevances peuvent être exigées de ceux qui rendent de la musique disponible sur un serveur situé au Canada auquel les internautes ont accès. La Commission a également statué que des redevances ne pouvaient être imposées à ceux dont le rôle dans la chaîne de transmission d'Internet se borne à exploiter le serveur sur lequel de la musique est stockée ou à assurer l'accès Internet aux destinataires. Elle a conclu que les activités habituelles des intermédiaires Internet ne constituent pas une communication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, et qu'elles ne violent

[3] The Board's decision was rendered on October 27, 1999. It is reported as *SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (*Tariff 22*). It is also available in both official languages on the Copyright Board's Web site: [www.cb-cda.gc.ca/decisions/music-e.html](http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/music-e.html). Because the paragraphs of the Board's reasons are not numbered, references in my reasons are to page numbers in the print version.

[4] This is an application for judicial review under section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to set aside the decision of the Board excluding most Internet intermediaries from liability to pay royalties for copyright music transmitted on the Internet. The applicant is the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), which collectively administers in Canada the performing and communication rights of its members, and of foreign composers, authors and publishers. The applicant is supported by interveners representing performers of recorded music and recording companies. The respondents include an association of Internet access providers, associations of television cable companies, motion picture distributors and broadcasters, as well as individual broadcasters and telephone companies.

[5] The application for judicial review raises three substantive questions. First, when material is transmitted on the Internet, do the operator of the server on which it is stored, and the entity supplying the ultimate recipient with access to the Internet, only provide "the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work" within the meaning of paragraph 2.4(1)(b) [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 2]

donc pas les droits de communication exclusifs des titulaires du droit d'auteur.

[3] La décision de la Commission a été rendue le 27 octobre 1999. Elle est publiée sous l'intitulé *Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (la décision relative au *Tarif 22*). Le texte bilingue de cette décision est également publié sur le site Web de la Commission du droit d'auteur à l'adresse suivante: [www.cb-cda.gc.ca/decisions/music-f.html](http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/music-f.html). Comme les paragraphes de la décision de la Commission ne sont pas numérotés, je renvoie dans les présents motifs aux numéros de page de la version imprimée de la décision.

[4] La Cour est saisie en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire introduite en vertu de l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, en vue de faire annuler la décision par laquelle la Commission a soustrait la plupart des intermédiaires Internet à l'obligation de verser des redevances pour les œuvres musicales protégées par le droit d'auteur qui sont diffusées sur Internet. La demanderesse est la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN). La SOCAN est chargée de gérer collectivement au Canada les droits d'exécution et de communication de ses membres et ceux de compositeurs, auteurs et éditeurs étrangers. La demanderesse est soutenue en l'espèce par des intervenants qui représentent des interprètes d'œuvres musicales enregistrées et des maisons de disque. Les défendeurs comprennent une association de fournisseurs d'accès Internet, des associations de câblodistributeurs, des distributeurs de films et des radiodiffuseurs, de même que des radiodiffuseurs privés et des compagnies de téléphone.

[5] La présente demande de contrôle judiciaire soulève trois questions de fond. En premier lieu, lorsque du contenu est diffusé sur Internet, l'exploitant du serveur sur lequel ce contenu est stocké et l'entité qui fournit au destinataire final l'accès à Internet ne font-ils que «fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue [cette communication]» au sens de l'alinéa 2.4(1)b) [édicte par

of the *Copyright Act*? If they do, then operating a host server and providing Internet access do not constitute the communication by telecommunication of transmitted material and, hence, do not attract liability to pay a royalty.

[6] Second, when material requested by an Internet user in Canada is stored on a server outside Canada, does communication of that material occur only at the location of the server from which it is transmitted? If it does, then no breach of copyright will occur in Canada when material is transmitted to a recipient in Canada from a foreign server, and the Copyright Board cannot impose a royalty on the person who posted it.

[7] Third, can Internet intermediaries be required to pay a royalty because they “authorize” the communication of music transmitted on the Internet? In particular, does the operator of a host server authorize the communication of music that it is storing, or does an Internet access provider authorize the communication of the music requested by and transmitted to one of its subscribers?

[8] However, before the Court can decide whether the Board’s conclusions on these issues are erroneous in law, it must determine the applicable standard of review.

## B. FACTUAL BACKGROUND

[9] On the basis of the very substantial evidence that it heard, the Board has provided in its reasons for decision a thorough and lucid account of the essential operational features of Internet communication. None of the Board’s factual findings has been challenged in this proceeding. Consequently, the factual background relevant to the issues raised in this application can be described quite briefly.

[10] The World Wide Web and e-mail are the most often used applications of the Internet. Indeed, most

L.C. 1997, ch. 24, art. 2] de la *Loi sur le droit d’auteur*? Dans l’affirmative, le fait d’exploiter un serveur hôte et de fournir l’accès à l’Internet ne constitue pas une communication de données par télécommunication et il n’engendre en conséquence pas l’obligation de verser des redevances.

[6] Deuxièmement, lorsque les données auxquelles un internaute cherche à accéder au Canada sont stockées sur un serveur situé à l’extérieur du Canada, la communication de ces données ne s’effectue-t-elle qu’à l’endroit où se trouve le serveur à partir duquel elles sont transmises? Dans l’affirmative, il n’y a pas de violation du droit d’auteur au Canada lorsque ces données sont transmises d’un serveur étranger à un destinataire situé au Canada, et la Commission du droit d’auteur ne peut réclamer de redevances de la personne qui les a rendues disponibles.

[7] Troisièmement, les intermédiaires Internet peuvent-ils être assujettis au paiement de redevances au motif qu’ils «autorisent» la communication d’œuvres musicales sur Internet? En particulier, celui qui exploite un serveur hôte autorise-t-il la communication de la musique qui est stockée sur son serveur ou le fournisseur d’accès Internet autorise-t-il la communication de la musique qui est demandée par ses abonnés et qui leur est transmise?

[8] Or, avant de pouvoir décider si les conclusions que la Commission a tirées sur ces questions sont erronées en droit, la Cour doit déterminer la norme de contrôle applicable.

## B. RAPPEL DES FAITS

[9] Se fondant sur la preuve abondante qui lui a été soumise, la Commission a, dans les motifs de sa décision, donné un exposé solide et étoffé des caractéristiques essentielles du fonctionnement du réseau Internet. Aucune des conclusions de fait de la Commission n’a été contestée dans le cadre de la présente instance. En conséquence, les faits qui se rapportent aux questions en litige dans la présente demande peuvent être relatés assez brièvement.

[10] Le World Wide Web et le courrier électronique (ou courriel) sont les applications les plus courantes de

people regard the Internet and the World Wide Web as synonymous. In these reasons, I shall generally refer to the Internet. The Internet comprises a network of computers and a network of computer networks that enable those connected to them to gain access to data stored on computers around the world that are themselves connected to the Internet and have an Internet protocol (IP) address at which they can be located.

[11] The data available on the Internet may take a variety of forms, including text, pictures, videos and music, and is transmitted in “packets” of electrical impulses. The data is contained on Web pages which are assigned Universal Resource Locators (URLs), which may be translated into the IP address of the server on which the pages are stored. A Web site is a collection of pages available at the same general URL.

[12] The end nodes of the communication of data on the Internet are the computers of the content providers who post material on a host server, and of the end users who request and receive it.

[13] Material passes from the content provider to the end user through a number of other computers, including routers, which provide the Internet “backbone”. They “read” the address on the packets of information passed to them, ensure that all the packets have arrived and are in the right order, and determine the next router to which the packets must be sent in order to reach their ultimate destination. The final router, operated by the end user’s Internet access provider, directs the packets to the subscriber who requested the material. When the Internet access provider also operates a host server, as most Internet access providers in fact do, only the Internet access provider’s router is used in the transmission of material requested from that server by the end user. Software on the end user’s computer reassembles the packets of electrical impulses into a form that enables him or her to read, watch or hear the material that had been posted on

l’Internet. D’ailleurs, la plupart des gens considèrent l’Internet et le World Wide Web comme des synonymes. Dans les présents motifs, j’emploierai le terme «Internet». L’Internet est un réseau d’ordinateurs et un réseau de réseaux d’ordinateurs qui permet à ceux qui y sont branchés d’accéder à des données stockées sur des ordinateurs situés partout dans le monde qui sont eux-mêmes connectés à l’Internet et qui reçoivent une adresse de protocole Internet ou adresse IP où ils peuvent être retrouvés.

[11] Les données auxquelles on peut accéder sur Internet revêtent plusieurs formes—textes, images, vidéos et musique. Ces données sont transmises en «paquets» d’impulsions électriques. Elles sont stockées sur des pages Web auxquelles est attribuée une «adresse URL» (Universal Resource Locator) qui peut être convertie en l’adresse IP du serveur où les pages en question sont enregistrées. Un site Web est une série de pages auxquelles on peut accéder à la même adresse URL générale.

[12] Les nœuds terminaux servant à la communication de données sur l’Internet sont, d’une part, les ordinateurs des fournisseurs de contenu qui rendent des fichiers disponibles sur un serveur hôte et, d’autre part, les utilisateurs finaux qui demandent et reçoivent les fichiers en question.

[13] Les fichiers sont transmis par le fournisseur de contenu à l’utilisateur final en passant par plusieurs autres ordinateurs, et notamment par des routeurs, qui forment la «dorsale» ou l’«infrastructure de base» d’Internet. Les routeurs «interprètent» l’adresse figurant sur les paquets de données qui leur sont transmis et ils s’assurent que ces paquets leur ont été acheminés dans le bon ordre. Ils trouvent ensuite le routeur à qui les paquets doivent être envoyés avant d’atteindre leur destination finale. Le routeur final, qui est exploité par le fournisseur d’accès Internet de l’utilisateur final, achemine les paquets à l’abonné qui a demandé l’information. Lorsque le fournisseur d’accès Internet exploite aussi un serveur hôte, comme c’est le cas pour la plupart des fournisseurs d’accès Internet, seul le routeur du fournisseur d’accès Internet est utilisé pour la transmission de l’information que l’utilisateur final a demandée à ce serveur. Le logiciel de l’ordinateur de

the Internet by the content provider.

[14] Content providers may be commercial corporations, or individuals with a computer at home, the appropriate software and Internet access. Content may be uploaded onto a host server that is operated either by the content provider or, more typically, by another person with whom the content provider has a contractual arrangement to provide disk space on the server for storing material and to make it available on the Internet. In addition to providing disk space for Web sites, operators of host servers often supply other services, such as recording the number of “hits” that a site receives, and authenticating users.

[15] In their contract with content providers, operators of host servers may prohibit the posting of certain kinds of information, such as pornography or copyright material. If a content provider nonetheless uploads offending material, the operator of the server may remove it on discovering its presence, as a result of a complaint, for instance. Otherwise, the operator neither knows what material is being posted on the server, nor purports to exercise control over it, since the host server is programmed to send automatically, on an on-demand basis, material that is posted on it.

[16] In order to gain access to the wonders of the World Wide Web, a person needs the services of an Internet provider, who may be the local telephone company or some other entity, large or small, whose business includes the provision of Internet access. The “connectivity” services covered by the Internet access provider’s fee typically comprise: providing an Internet protocol address and domain name to enable material requested by subscribers to reach them and to enable others to send material to them; installing on subscribers’ computers the software necessary for them

l'utilisateur final rassemble les paquets d'impulsions électriques sous une forme qui lui permet de lire, de consulter ou d'écouter les données que le fournisseur de contenu a mis à la disposition des internautes sur l'Internet.

[14] Les fournisseurs de contenu peuvent être des entreprises commerciales ou des particuliers qui disposent d'un ordinateur à la maison, du logiciel approprié et d'un accès à l'Internet. Le contenu est téléchargé sur un serveur hôte qui est exploité soit par le fournisseur de contenu, soit, le plus souvent, par une autre personne avec laquelle le fournisseur de contenu a conclu un contrat pour offrir de l'espace disque sur le serveur pour stocker des données et les rendre accessibles sur l'Internet. En plus de fournir de l'espace disque pour des sites Web, les exploitants des serveurs hôtes fournissent souvent d'autres services, comme l'enregistrement du nombre de visiteurs que reçoit un site et l'authentification des utilisateurs.

[15] Dans leurs rapports avec les fournisseurs de contenu, les exploitants de serveurs hôtes peuvent interdire la diffusion de certains types d'information, comme la pornographie ou les documents ou objets protégés par le droit d'auteur. Si un fournisseur de contenu télécharge malgré cette interdiction du contenu illicite, l'exploitant du serveur peut supprimer ce contenu dès qu'il en découvre la présence, à la suite d'une plainte, par exemple. Sinon, l'exploitant n'est pas au courant du contenu qui est présenté sur le serveur et il ne prétend pas exercer de contrôle sur ce contenu, étant donné que le serveur hôte est programmé pour envoyer automatiquement sur demande l'information qu'il contient.

[16] Pour pouvoir accéder au monde merveilleux du Web, il faut recourir aux services d'un fournisseur d'accès Internet, en l'occurrence la compagnie de téléphone locale ou une entreprise, grande ou petite, qui offre l'accès Internet dans le cadre de ses activités. Parmi les services de «connectivité» habituellement offerts par les fournisseurs d'accès Internet signalons: l'attribution d'une adresse de protocole Internet et d'un nom de domaine pour permettre à l'abonné d'envoyer et de recevoir de l'information; l'installation dans l'ordinateur de l'abonné du logiciel nécessaire pour

to connect to the Internet; interconnecting subscribers' computers to the Internet by wire, wireless or satellite; and operating a router that takes in packets of data on their way to or from the end user and determines how to get them to the end user or to the next router *en route* to their ultimate destination.

[17] The speed at which routers can read and direct the data passing through them is critically important to users. High speed is possible only if the information that routers must process is kept to a minimum. Although technically possible, it is currently impracticable for an Internet access provider to ascertain the content of the data passing through its router. In addition, an Internet access provider who announced that it was monitoring the content of data received and sent by its subscribers would likely find its customers taking their business elsewhere. Hence, routers normally only "look at" the address of the ultimate recipient, and the number and order of the packets containing the data in its electronic form.

[18] Internet access providers, and others, may also operate "cache" servers that temporarily store material requested by end users from a host server. Material requested from a host server by a subscriber may be automatically cached on the Internet access provider's server, so that when it is requested again the material will be delivered from the cache, not from the original host server. It will not be apparent to an end user whether the requested material has come from the original host server or from a cache. However, the content provider can control or prohibit caching by inserting non-visible data in the Web pages. And, in order to ensure that they have the latest version, end users can set their browsers to ensure that material is always taken from the original host server and not from a cache.

[19] Caches may be used to locate close to subscribers material stored on a distant server (in

pouvoir se brancher sur l'Internet; l'interconnexion de l'ordinateur de l'abonné à l'Internet par fil, dispositif sans fil ou satellite; et l'exploitation d'un routeur qui a pour objet de recevoir des paquets de données en vue de les acheminer à l'utilisateur final et de déterminer comment les faire parvenir à l'utilisateur final ou au routeur suivant avant qu'elles n'atteignent leur destination finale.

[17] La vitesse à laquelle les routeurs peuvent lire et acheminer des données revêt une importance critique pour les internautes. La haute vitesse n'est possible qu'en limitant la quantité d'informations que le routeur doit traiter. Bien que cela soit en principe techniquement possible, il existe pour le moment des difficultés d'ordre pratique trop importantes pour que le fournisseur d'accès Internet puisse prendre connaissance du contenu des données qui transitent par son routeur. De plus, le fournisseur d'accès Internet qui annoncerait qu'il vérifie le contenu des données reçues et envoyées par ses abonnés ferait probablement fuir ses clients. En conséquence, les routeurs se contentent normalement de «regarder» l'adresse du destinataire final, ainsi que le numéro et l'ordre des paquets de données sous leur forme électronique.

[18] Les fournisseurs d'accès Internet peuvent, comme d'autres personnes, exploiter des serveurs «antémémoires» qui emmagasinent temporairement les données que l'utilisateur final demande au serveur hôte. Les données qu'un abonné demande au serveur hôte peuvent être mises en antémémoire automatiquement sur le serveur du fournisseur d'accès Internet, de sorte que lorsqu'elle est demandée de nouveau, l'information provient de l'antémémoire et non du serveur hôte d'origine. L'utilisateur final ne pourra pas savoir si l'information demandée provient du serveur hôte d'origine ou d'une antémémoire. Le fournisseur de contenu peut toutefois contrôler ou même empêcher la mise en antémémoire en insérant des données invisibles sur les pages Web. Et, pour s'assurer de recevoir la version la plus récente, l'utilisateur final peut régler son navigateur de manière à faire en sorte que l'information provient toujours du serveur hôte d'origine et non d'une antémémoire.

[19] Les antémémoires peuvent être utilisées pour repérer, dans l'entourage de l'abonné, des données

Europe or Australia, for example), or when the demand for particular material is very heavy. Caching cuts the cost of transmission for Internet access providers by reducing the bandwidth required to transmit, and expedites the transmission of material to end users.

[20] A final feature of the Internet of some relevance to this appeal is the use of hyperlinks to give access from one Web site page to other pages on the same site, or to pages on other sites located on the same or another server. When a hyperlink is embedded in a Web site page, access to other pages is automatic, in the sense that, having gained access to the first page, the end user need take no further action in order to gain access to linked pages.

[21] In its reasons for decision (*supra*, at page 441), the Board provided the following useful summary of the essential elements of the transmission of data over the Internet:

In order for a transmission to occur, the following events must take place. First, the file is incorporated to an Internet-accessible server. Second, upon request and at a time chosen by the recipient, the file is broken down into packets and transmitted from the host server to the recipient's server, via one or more routers. Third, the recipient, usually using a computer, can reconstitute and open the file upon reception or save it to open it later; either action involves a reproduction of the file, again as that term is commonly understood.

### C. THE COPYRIGHT BOARD'S DECISION

[22] In 1995, SOCAN proposed the first tariff of royalties payable in respect of music transmitted on the Internet. This tariff, known as Tariff 22, covers the years 1996 to 1998 inclusive. Because of both the large number of potential participants in the proceeding to consider the tariff, and the range and complexity of the issues that it raised, the Board decided to divide the proceeding into two phases.

stockées sur un serveur situé à une grande distance (en Europe ou en Australie, par exemple). Elles sont également utilisées lorsqu'un document ou fichier déterminé fait l'objet d'une forte demande. La mise en antémémoire réduit les coûts de transmission du fournisseur d'accès Internet en diminuant la largeur de la bande passante requise pour la transmission et en accélérant la transmission des données vers l'utilisateur final.

[20] Un dernier trait de l'Internet qui revêt une certaine importance dans le présent appel est l'utilisation d'hyperliens servant à donner accès d'une page Web à d'autres pages du même site ou à des pages d'autres sites situés sur le même serveur ou sur un autre serveur. Lorsqu'un hyperlien est intégré à une page d'un site Web, l'accès aux autres pages est automatique, en ce sens qu'ayant obtenu accès à la première page, l'utilisateur final n'a rien d'autre à faire pour pouvoir consulter les pages chaînées.

[21] Dans les motifs de sa décision (précitée, à la page 441), la Commission a donné le résumé utile suivant des éléments essentiels de la transmission de données par Internet:

Pour qu'il y ait transmission, les conditions qui suivent doivent être réunies. Premièrement, le fichier est enregistré sur un serveur accessible sur l'Internet. Deuxièmement, à la demande du destinataire et au moment fixé par celui-ci, le fichier est divisé en paquets et transmis du serveur hôte au serveur du destinataire, à travers un ou plusieurs routeurs. Troisièmement, le destinataire, habituellement à l'aide d'un ordinateur, peut reconstituer et ouvrir le fichier dès réception ou l'enregistrer en vue de son ouverture ultérieure; dans l'un et l'autre cas, il y a reproduction du fichier, encore une fois au sens courant de ce terme.

### C. LA DÉCISION DE LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR

[22] En 1995, la SOCAN a soumis le premier projet de tarif de redevances à percevoir pour la musique diffusée sur Internet. Ce tarif, connu sous le nom de tarif 22, vise les années 1996 à 1998 inclusivement. En raison du grand nombre de personnes susceptibles d'être intéressées à participer à l'instance relative à l'examen du tarif proposé et à cause de la portée et de la complexité des questions soulevées, la Commission a décidé de scinder l'instance en deux.

[23] This application for judicial review concerns Phase I of the proceeding. It was held to determine which activities of the various Internet actors infringed copyright and thus made them potentially liable to pay a royalty and, in particular, whether Internet intermediaries “communicated” to the public music transmitted to end users. Only those whose activities were found at the end of Phase I to infringe copyright would need to participate at Phase II, when the Board would determine which of them should be required to pay a royalty, on what basis the royalty should be calculated, and at what rate it should be set. The Phase II hearing has not yet started.

[24] The Phase I hearing lasted 11 days, during which the Board heard evidence from leading experts on the nature and functioning of the Internet. In addition, interested parties made extensive written submissions on the issues in dispute. The Board rendered lengthy reasons for decision in both official languages.

[25] The reasons reflect the three principal lines of enquiry that the representations addressed. First, the Board identified activities that may give rise to copyright infringement under paragraph 3(1)(f) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1997, c. 24, s. 3] of the *Copyright Act*, namely the communication of the work to the public by telecommunication. Second, it considered which activities are excluded from the definition of “communication” by paragraph 2.4(1)(b) of the Act. This provides that a person does not communicate to the public by telecommunication if the only act performed in respect of the communication is the provision of the means of telecommunication necessary for one person to so communicate the work in question to another. Third, the Board addressed the circumstances in which an Internet communication occurs in Canada and thus may be subject to a royalty imposed by the Board.

[26] In the course of addressing these issues, the Board made other important legal rulings on the application of the *Copyright Act* to the transmission of

[23] La présente demande de contrôle judiciaire porte sur la phase I de l’instance. Cette phase visait à établir quelles activités des divers intervenants de l’Internet portaient atteinte au droit d’auteur, rendant ainsi ces intervenants susceptibles de devoir verser des redevances et, en particulier, si les intermédiaires Internet «communiquent» au public la musique qui est transmise à l’utilisateur final. Seuls les intervenants dont la Commission conclurait au terme de la phase I que les activités violent le droit d’auteur seraient tenus de participer à la phase II, au cours de laquelle la Commission déterminerait qui d’entre eux devrait être tenu de verser des redevances, selon quelle formule les redevances devraient être calculées et à quel taux elles devraient être fixées. L’instruction de la phase II n’a pas encore commencé.

[24] L’instruction de la phase I a duré 11 jours, au cours desquels la Commission a entendu le témoignage d’experts chevronnés au sujet de la nature et du fonctionnement de l’Internet. En outre, les intéressés ont présenté des observations écrites fouillées au sujet des questions en litige. La Commission a publié une longue décision motivée dans les deux langues officielles.

[25] Les motifs de la Commission correspondent aux trois principales catégories de questions et de réponses qui ont été examinées. En premier lieu, la Commission a énuméré les activités qui sont susceptibles de donner lieu à une violation du droit d’auteur au sens de l’alinéa 3(1)f) [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1997, ch. 24, art. 3] de la *Loi sur le droit d’auteur*, en l’occurrence la communication d’une œuvre au public par télécommunication. Deuxièmement, la Commission a examiné les activités qui ne répondent pas à la définition du mot «communication» aux termes de l’alinéa 2.4(1)b) de la Loi, lequel prévoit que n’effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue. Troisièmement, la Commission s’est penchée sur les circonstances dans lesquelles une communication Internet se produit au Canada, donnant ainsi lieu à l’imposition de redevances.

[26] Dans le cadre de son analyse de ces questions, la Commission a tiré d’autres conclusions importantes sur l’application de la *Loi sur le droit d’auteur* à la



music on the Internet. On these issues, the Board agreed for the most part with SOCAN and its conclusions have not been challenged by the respondents. SOCAN has not challenged the Board's conclusion (*supra*, at pages 446-448) that a musical work transmitted on the Internet is communicated by telecommunication for the purpose of the Act, even though, after it has been requested from a server, it is broken into small packets of data in digital form that contain only fragments of the original material that are not recognizable as music until they are reassembled by the end user's computer.

[27] Nor has SOCAN challenged the Board's holding (*supra*, at pages 450 and 455-456) that a person who posts music on a server thereby authorizes its communication, and communicates it when, in response to requests from end users, it is transmitted from the host server on which it is stored. Even when material is transmitted from a cache, or from a mirror server on which the content of other Web sites is copied, it is still communicated by the content provider: *supra*, at page 459. However, content providers do not communicate in Canada material that they have posted on servers located in other countries, unless, perhaps, the material is specifically intended to be accessed by recipients in Canada: *supra*, at pages 459-460. Further, the statutory requirement that an infringing communication must be "to the public" is satisfied whenever a content provider uploads material onto a server with the intention that the public or a segment of the public will have access to it, even though members of the public neither request nor receive the material simultaneously, and may receive it individually in private: *supra*, at pages 445-446.

[28] However, SOCAN does challenge the Board's conclusion that the typical activities of operators of host servers and Internet access providers do not constitute communication by telecommunication as defined in the

transmission d'œuvres musicales sur l'Internet. Sur ces questions, la Commission s'est dite pour l'essentiel d'accord avec la SOCAN et les défendeurs n'ont pas contesté les conclusions qu'elle a tirées. La SOCAN ne conteste pas la conclusion de la Commission suivant laquelle (précitée, aux pages 446 à 448) une œuvre musicale qui est diffusée sur l'Internet est communiquée par télécommunication au sens de la Loi, même si, après qu'elle a été demandée à un serveur, elle est découpée en petits paquets de données sous une forme numérique qui ne contient que des fragments des données originales qui ne sont reconnaissables comme des œuvres musicales qu'une fois qu'elles sont reconstituées par l'ordinateur de l'utilisateur final.

[27] La SOCAN ne conteste pas non plus la conclusion de la Commission (précitée, aux pages 450, 455 et 456) suivant laquelle la personne qui offre de la musique sur un serveur en autorise de ce fait la communication et la communique lorsqu'en réponse à la demande formulée par un utilisateur final, elle la transmet à partir du serveur hôte sur lequel elle l'a emmagasinée. Même lorsqu'elles sont transmises à partir d'une antémémoire ou d'un serveur miroir sur lequel le contenu d'autres sites Web a été copié, les données sont quand même communiquées par le fournisseur de contenu (précitée, à la page 459). Toutefois, les fournisseurs de contenu ne communiquent pas au Canada des données qui ont été diffusées sur des serveurs situés dans d'autres pays, à moins, peut-être, que les données soient expressément destinées à être consultées par des destinataires situés au Canada (précitée, aux pages 459 et 460). En outre, l'obligation faite par la loi que la communication qui constitue une violation du droit d'auteur soit une communication «au public» est satisfaite chaque fois qu'un fournisseur de contenu télécharge des données sur un serveur dans l'intention que le public ou un segment du public y ait accès, même si des membres du public n'ont jamais demandé ou reçu les données simultanément, et ils peuvent les recevoir individuellement en privé (précitée, aux pages 445 et 446).

[28] La SOCAN conteste toutefois la conclusion de la Commission suivant laquelle les activités habituelles des exploitants de serveurs hôtes et des fournisseurs d'accès Internet ne constituent pas une communication par

*Copyright Act*, and thus do not give rise to liability to pay a royalty. The services and equipment that they normally supply to enable subscribers to obtain access to music bring them within paragraph 2.4(1)(b). That is, Internet intermediaries are not communicating by telecommunication because their only act in respect of a communication consists of providing the means of telecommunication necessary to enable another person to so communicate it. However, if operators of host servers also post music on them, or Internet access providers either collaborate with content providers, or themselves post music, they lose the protection of paragraph 2.4(1)(b). The Board's analysis of these issues is found *supra*, at pages 451-453.

[29] The Board also held (*supra*, at pages 458-459) that the transmission of music from a cache or a mirror site does not normally constitute communication. The poster remains the communicator and the communication occurs at the location of the source server. On the other hand, a person who makes other pages or Web sites automatically accessible to an end user by means of an embedded hyperlink thereby authorizes the communication of the material available on those sites. SOCAN, however, maintains that, like transmissions from the original host server, transmissions from caches or mirror sites constitute communication by telecommunication.

[30] SOCAN submits that the Board's decision excluding Internet intermediaries from liability is likely to make it difficult for SOCAN effectively to protect its members' copyright from infringing Internet communications in Canada, because it limits to content providers and their collaborators the range of Internet actors who can be required to pay a royalty. Content providers are numerous, anonymous and often of limited financial means; hence, SOCAN may have difficulty in obtaining payment from them. Further,

télécommunication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* et n'engendrent donc pas l'obligation de verser des redevances. Les services et l'équipement qu'ils fournissent habituellement pour permettre aux abonnés d'accéder à des œuvres musicales les font tomber sous le coup de l'alinéa 2.4(1)b). En d'autres termes, les intermédiaires Internet ne communiquent pas par télécommunication parce que le seul acte qu'ils accomplissent qui s'apparente à une communication est celui de fournir les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à un tiers d'effectuer une telle communication. Toutefois, si les exploitants de serveurs hôte mettent aussi de la musique à la disposition du public sur leur serveur ou si les fournisseurs d'accès Internet collaborent avec des fournisseurs de contenu ou offrent eux-mêmes de la musique, ils perdent la protection de l'alinéa 2.4(1)b). L'analyse que la Commission a faite de ces questions se trouve aux pages 451 à 453 de sa décision.

[29] La Commission a également jugé (aux pages 458 et 459 de sa décision) que la transmission de musique à partir d'une antémémoire ou d'un site miroir ne constitue habituellement pas une communication. Celui qui rend des données disponibles sur son serveur demeure celui qui les communique et la communication se produit à l'emplacement du serveur d'où provient la transmission. En revanche, la personne qui rend d'autres pages ou sites Web accessibles par un utilisateur final au moyen d'un hyperlien intégré autorise ainsi la communication du contenu présenté sur les sites en question. La SOCAN maintient toutefois que, tout comme les transmissions provenant du serveur hôte d'origine, les transmissions provenant d'une antémémoire ou d'un site miroir constituent une communication par télécommunication.

[30] La SOCAN soutient que la décision par laquelle la Commission a soustrait les intermédiaires Internet à l'obligation de verser des redevances risque de lui rendre plus difficile sa tâche de protéger efficacement ses membres contre les communications sur Internet qui risquent de porter atteinte à leur droit d'auteur au Canada, parce que, dans sa décision, la Commission limite aux fournisseurs de contenu et à leurs collaborateurs l'éventail d'intervenants de l'Internet qui peuvent être tenus de verser des redevances. Or, les

SOCAN argues, the decision also damages its members' interests because it exempts content providers from liability to pay a royalty in respect of material transmitted from a host server located outside Canada.

#### D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[31] The following provisions of the *Copyright Act* are of most immediate relevance to the determination of this application for judicial review.

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 [section 2  
“telecommunication” (as am. by S.C. 1988,  
c. 65, s. 61)]

2. . . .

“telecommunication” means any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system;

. . .

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

. . .

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public; and

. . .

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

. . .

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

. . .

fournisseurs de contenu sont nombreux, ils sont anonymes et ils disposent souvent de moyens financiers limités, de sorte que la SOCAN risque d'avoir de la difficulté à se faire payer par eux. La SOCAN explique aussi que la décision de la Commission risque de nuire aux intérêts de ses membres parce qu'elle soustrait les fournisseurs de contenu à l'obligation de verser des redevances à l'égard des données transmises à partir d'un serveur hôte situé à l'extérieur du Canada.

#### D. CADRE LÉGISLATIF

[31] Voici les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui sont les plus importantes pour décider du sort de la présente demande de contrôle judiciaire:

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42  
[article «télécommunication» (mod. par L.C. 1988,  
ch. 65, art. 61)]

2. [. . .]

«télécommunication» vise toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique.

[. . .]

2.4 (1) Les règles qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication:

[. . .]

b) n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue;

[. . .]

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif:

[. . .]

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, œuvres musicales ou artistique;

[. . .]

and to authorize any such acts. [Underlining added.]

[32] The *Copyright Act* also constitutes the Copyright Board, and defines its powers and functions. The Board held the hearing on Tariff 22 under subsection 68(1) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45], which authorizes it to approve tariffs proposed by collective societies carrying on the business of “collecting royalties for the communication to the public by telecommunication of musical works” (paragraph 67(b) [as am. *idem*]). Hence, the Board could not approve the imposition of a royalty on a person who was not infringing paragraph 3(1)(f) by communicating musical works to the public by telecommunication. Other statutory provisions relating to the Board that are less central to this application are referred to in the course of these reasons.

#### E. ISSUES AND ANALYSIS

[33] It was agreed by the parties that the Court has jurisdiction to review the Board’s Phase I determination of the activities of Internet intermediaries for which the Board could require them to pay a royalty, even though it has not yet decided who will be required to pay, the total amount of the royalty payable, or the basis on which it will be allocated among those liable to pay.

[34] I have no doubt that the parties are correct in this. The broad jurisdiction to review and set aside any “decision, order, act or proceeding” of a federal administrative tribunal conferred by the *Federal Court Act*, paragraph 18.1(3)(b) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], is equally applicable to tribunals that are reviewable at first instance in this Court under subsection 28(1), such as the Copyright Board: subsection 28(2).

[35] Thus, the Court’s judicial review jurisdiction is not limited to administrative tribunals’ decisions, much

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes. [Soulignement ajouté.]

[32] La *Loi sur le droit d’auteur* constitue également la Commission du droit d’auteur et en définit les pouvoirs et les attributions. La Commission a tenu l’audience relative au tarif 22 en vertu du paragraphe 68(1) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45], qui l’autorise à approuver les projets de tarifs de redevances à percevoir qui lui sont soumis par les sociétés de gestion chargées de «percevoir des redevances pour l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication [. . .] d’œuvres musicales» (article 67 [mod., *idem*]). La Commission ne pouvait donc pas approuver l’imposition de redevances à une personne qui ne contrevenait pas à l’alinéa 3(1)(f) en communiquant des œuvres musicales au public par voie de télécommunication. D’autres dispositions législatives relatives à la Commission qui sont moins importantes en l’espèce sont mentionnées plus loin dans les présents motifs.

#### E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[33] Les parties conviennent que la Cour a compétence pour examiner la décision que la Commission a rendue au cours de la phase I au sujet des activités des intermédiaires Internet pour lesquelles la Commission pouvait les obliger à verser des redevances, même si elle n’a pas encore décidé qui sera tenu d’en verser, ni le montant total des redevances exigibles ni même la méthode à utiliser pour les répartir entre ceux qui sont tenus de les verser.

[34] Je suis persuadé que les parties ont raison sur ce point. La vaste compétence que l’alinéa 18.1(3)(b) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à notre Cour pour examiner et annuler «toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte» d’un office fédéral vaut également pour les décisions des offices fédéraux qui sont soumises au contrôle judiciaire de notre Cour en première instance en vertu du paragraphe 28(1), comme par exemple les décisions de la Commission du droit d’auteur (paragraphe 28(2)).

[35] Ainsi, la compétence de notre Cour en matière de contrôle judiciaire ne se limite pas aux décisions des

less decisions that ultimately dispose of a matter. The Board's determination in *Tariff 22* of the parties' potential liability to pay a royalty is obviously a reviewable "decision" under paragraph 18.1(3)(b) that can be set aside for error of law under paragraph 18.1(4)(c) [as enacted *idem*].

#### Issue 1: The Standard of Review

[36] SOCAN submitted that, in order to determine whether the Board's decision was erroneous in law, the Court must decide for itself whether the Board had correctly resolved the legal issues in dispute. The respondents, on the other hand, contended that the Court should afford a measure of deference to the Board and only intervene if it found that the Board's rulings were either patently unreasonable, or simply unreasonable. For the reasons that follow, it is my opinion that the Board's interpretation of the provisions of the *Copyright Act* relevant in this case is reviewable on a standard of correctness, while deference is due to the Board's application of them to the facts.

#### I The Authorities

[37] It would be enormously wasteful of resources, and introduce undue uncertainty into an already nuanced and contextualized approach to judicial review, to require reviewing courts to fashion anew the appropriate standard of review in respect of each section or word of the statute administered by an agency. Once a court has pronounced on the standard of review applicable to the interpretation by a given agency of a provision in its enabling statute, that standard should generally be applied to the same agency's interpretation of other provisions of its legislation when an agency decision is challenged on an application for judicial review.

[38] Normally, a different standard should be applied only if an applicant persuades the reviewing court that

tribunaux administratifs, et encore moins aux décisions qui ont pour effet de trancher définitivement un litige. La décision que la Commission a rendue au sujet du *Tarif 22* en ce qui a trait à l'obligation éventuelle des parties de verser des redevances est de toute évidence une «décision» qui est susceptible d'un contrôle judiciaire en vertu de l'alinéa 18.1(3)*b*) et qui peut être annulée pour cause d'erreur de droit en vertu de l'alinéa 18.1(4)*c*) [édicte, *idem*].

#### Question 1: La norme de contrôle applicable

[36] La SOCAN affirme que, pour déterminer si la décision de la Commission est entachée d'une erreur de droit, la Cour doit décider elle-même si la Commission a tranché correctement les questions de droit en litige. Les défendeurs soutiennent en revanche que la Cour devrait faire preuve d'une certaine réserve envers la décision de la Commission et n'intervenir que si la décision et les conclusions de la Commission sont manifestement déraisonnables ou simplement déraisonnables. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'interprétation que la Commission a donnée des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui nous intéressent en l'espèce est susceptible d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte, alors qu'il y a lieu de faire preuve de réserve en ce qui concerne l'application que la Commission a faite de ces dispositions aux faits de l'espèce.

#### I La jurisprudence existante

[37] On encouragerait un gaspillage effarant de ressources et on créerait de l'incertitude dans une analyse déjà nuancée et contextuelle du contrôle judiciaire si l'on obligeait les tribunaux saisis de demandes de contrôle judiciaire à élaborer de nouveau la norme de contrôle appropriée pour chaque article ou mot de la loi qu'un organisme est chargé d'appliquer. Une fois que le tribunal s'est prononcé sur la norme de contrôle applicable à l'interprétation qu'un organisme a donné d'une des dispositions de sa loi habilitante, cette norme devrait en règle générale être appliquée à l'interprétation, par le même organisme, d'autres dispositions de sa loi habilitante lorsqu'une de ses décisions est contestée par voie de contrôle judiciaire.

[38] Normalement, le tribunal saisi d'une demande de contrôle judiciaire devrait appliquer une norme

the standard already established was inappropriate, or that the nature of the statutory provision in dispute in the second case is so manifestly different from those considered in earlier cases that a pragmatic or functional analysis requires the application of a different standard of review. Thus, for example, if a reviewing court has applied a deferential standard to an agency's interpretation of a particular provision in its enabling statute, the same standard presumptively governs the interpretation of other provisions in the statute, unless, for instance, they do not engage the expertise of the agency, are so closely defined in the statute as to leave no room for the exercise by the agency of any interpretative choice, or affect individual rights in different ways.

[39] Since the standard of review applicable to the Copyright Board's interpretation of the *Copyright Act* has been considered comparatively recently by this Court, I shall first examine those decisions to see if they settle the issues raised in this application.

(i) *AVS Technologies Inc. v. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*

[40] The respondents rely heavily on *AVS Technologies Inc. v. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency* (2000), 7 C.P.R. (4th) 68 (F.C.A.) (*AVS*) as authority for the proposition that the Board's interpretation of the *Copyright Act* is reviewable in this Court only for patent unreasonableness.

[41] The issue in *AVS, supra*, was whether importers and manufacturers could be required to pay a levy on certain compact discs (CDs), on the ground that they were likely to be used for the private copying of copyright material. Liability to a levy depended on whether the CDs constituted an "audio recording medium" within the meaning of section 79 [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 50] in Part VIII of the *Copyright Act*,

différente seulement si le demandeur le convainc que la norme antérieurement retenue ne convient pas ou que la nature des dispositions législatives en litige dans le cas soumis au tribunal sont à ce point manifestement différentes de celles qui ont été examinées auparavant pour que l'analyse pragmatique ou fonctionnelle commande l'application d'une norme de contrôle différente. Ainsi, par exemple, si un tribunal judiciaire a déjà fait preuve de réserve à l'égard de l'interprétation qu'un organisme a donnée d'une des dispositions de sa loi habilitante, la même norme régit en principe l'interprétation des autres dispositions de la loi, à moins que, par exemple, ces dispositions ne fassent pas entrer en jeu la compétence spécialisée de l'office en question, qu'elles fassent l'objet d'une définition législative tellement restrictive qu'il n'y a plus de place pour l'exercice d'un pouvoir d'interprétation de la part de l'organisme en question ou qu'elles portent atteinte aux droits d'une personne de diverses façons.

[39] Comme la norme de contrôle applicable à l'interprétation donnée à la *Loi sur le droit d'auteur* par la Commission du droit d'auteur a récemment fait l'objet d'une étude comparative de la part de notre Cour, je vais d'abord examiner la jurisprudence de notre Cour pour voir si elle propose une solution aux questions soulevées dans la présente demande.

(i) *AVS Technologies Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*

[40] Les défendeurs tablent fortement sur l'arrêt *AVS Technologies Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency* (2000), 7 C.P.R. (4th) 68 (C.A.F.) (*AVS*) pour affirmer que, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la Commission a interprété la *Loi sur le droit d'auteur*, notre Cour doit impérativement appliquer la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[41] La question en litige dans l'affaire *AVS*, précitée, était celle de savoir si une redevance pouvait être perçue sur certains disques compacts (CD) auprès des fabricants et des importateurs au motif que ces CD seraient probablement utilisés pour faire des copies privées d'œuvres musicales enregistrées protégées par le droit d'auteur. L'obligation de verser une redevance dépendait de la réponse à la question de savoir si les CD

in that they were “ordinarily used by individual consumers” for the purpose of copying sound recordings for reproduction.

[42] The Copyright Board held that, for the purpose of section 79, the CDs were “ordinarily” used by individual consumers for copying copyright work. Provided that their use for other purposes was not negligible, the Board held, it was irrelevant that copying was not the sole or even the primary purpose for which consumers used the CDs. In rejecting the proposition that “ordinarily used” means “most frequently used”, the Board was clearly deciding a question of statutory interpretation, because the question in dispute was sufficiently general that it could arise in other proceedings before the Board and in copyright infringement proceedings in court.

[43] On an application for judicial review of the Board’s decision, Linden J.A., writing for the Court, said (*AVS, supra*, at paragraph 5) this about the standard of review applicable to the Board’s interpretation of the words “ordinarily used by individual consumers”:

In our view, this issue is mainly a question of law, that is, the interpretation of legislation that the Board administers. Such a determination falls squarely within the jurisdiction of the Board. It is in its home territory. The issue is a polycentric one dealing with the interests of artists, manufacturers, importers, consumers who record sound, consumers who do not record sound and others. The purpose of Part VIII of the Act is mainly an economic one – that is, to fairly compensate artists and the other creative people for their work by establishing fair and equitable levies. These are matters within the expertise of the Board which has been given the authority to decide *inter alia* the manner of determining the levies, who pays, how much they pay and the terms and conditions of the payment. (See subsection 83(8).) The Board, therefore, should know the industry it is regulating better than the Court. Hence, applying the “functional and pragmatic” test of *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, and having looked at the factors outlined, the

constituaient ou non un «support audio» au sens de l’article 79 [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 50] de la partie VIII de la *Loi sur le droit d’auteur*, en ce sens qu’ils étaient «habituellement utilisé par les consommateurs» pour reproduire des enregistrements sonores.

[42] La Commission du droit d’auteur a décidé que, pour l’application de l’article 79, les CD sont «habituellement» utilisés par des consommateurs pour reproduire des œuvres protégées par le droit d’auteur. La Commission a estimé qu’à condition que l’utilisation de ces œuvres à d’autres fins ne soit pas négligeable, il est sans importance que la copie ne soit pas le seul ou même le principal but dans lequel les consommateurs utilisent les CD. En rejetant l’argument que l’expression «habituellement utilisé» signifie «le plus fréquemment utilisé», la Commission se prononçait de toute évidence sur une question d’interprétation de la loi, parce que la question en litige était suffisamment générale pour pouvoir être soulevée de nouveau dans d’autres instances introduites devant la Commission et dans des actions en justice pour violation du droit d’auteur.

[43] Saisie d’une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission, notre Cour a, sous la plume du juge Linden, déclaré ce qui suit (*AVS, précité*, au paragraphe 5) au sujet de la norme de contrôle applicable à l’interprétation que la Commission avait donnée des mots «habituellement utilisé par les consommateurs»:

À notre avis, il s’agit principalement d’une question de droit, c’est-à-dire de l’interprétation de la loi que la Commission administre. Une telle détermination relève manifestement de la compétence de la Commission. C’est dans son champ d’expertise. Il s’agit d’une question polycentrique qui traite des intérêts des artistes, des fabricants, des importateurs, des consommateurs qui font des enregistrements sonores, des consommateurs qui ne le font pas et ainsi de suite. Le but de la Partie VIII de la Loi est principalement économique—c’est-à-dire qu’il vise à rémunérer de façon juste les artistes et autres créateurs pour leur travail en établissant des redevances justes et équitables. Ce sont des questions qui relèvent de l’expertise de la Commission à qui on a confié le pouvoir de décider, notamment, de la manière de fixer les redevances, des personnes qui doivent les acquitter, du montant de ces redevances, ainsi que des conditions de paiement (voir le paragraphe 83(8)). Par conséquent, la Commission doit

proper standard of review on this issue, even though there is no privative clause, is patent unreasonableness, as considerable curial deference is due to this Board on this question. [Emphasis added.]

[44] Counsel for SOCAN argued that *AVS, supra*, is distinguishable, on the ground that the legal questions in dispute in *Tariff 22* were “jurisdictional” in nature, since the Board had to determine for which activities a person could be liable in law to pay a royalty before it proceeded to Phase II of its inquiry. Hence, SOCAN submits, the Board’s decision on Phase I is subject to review for error of law on a standard of correctness.

[45] In my view, however, on this reasoning, the interpretation of the phrase, “audio recording medium” in *AVS, supra*, could equally have been characterized as a “jurisdictional” question. That is, the Board could not proceed to determine what levy it would impose on the manufacturers and importers of the CDs until it had decided that the CDs fell within the definition of an “audio recording medium” and that a levy could legally be imposed on them. I cannot agree, therefore, that *AVS, supra*, can be distinguished from the case at bar in the manner suggested by counsel for SOCAN.

[46] More important, the pragmatic or functional analysis is now the accepted methodology for setting the standard by which a court will review a specialist administrative agency’s determinations of questions of law. In my opinion, we have almost reached a stage in the development of the law of judicial review of administrative action in Canada when the concept of

connaître l’industrie qu’elle réglemente mieux que la Cour. Donc, en appliquant le critère «fonctionnel et pragmatique» de l’arrêt *Pushpanathan c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 982, et après avoir examiné les facteurs énoncés, la norme de contrôle appropriée sur cette question, même en l’absence d’une clause privative, est la norme de la décision manifestement déraisonnable, étant donné qu’il faut faire preuve d’une très grande retenue judiciaire à l’égard de la Commission sur cette question. [Non souligné dans l’original].

[44] L’avocat de la SOCAN affirme qu’il y a lieu d’établir une distinction entre la présente espèce et l’affaire *AVS*, précitée, étant donné que les questions de droit en litige dans l’affaire du *Tarif 22* étaient des questions «de compétence», étant donné que la Commission était appelée à déterminer pour quelles activités une personne pouvait être tenue en droit de verser des redevances avant de passer à la phase II de son examen. La SOCAN en déduit que la décision que la Commission a rendue au sujet de la phase I est susceptible de faire l’objet d’un contrôle judiciaire en vue de déterminer, en fonction de la norme de la décision correcte, si sa décision est entachée d’une erreur de droit.

[45] J’estime toutefois que, suivant ce raisonnement, l’interprétation de l’expression «support audio» dans l’affaire *AVS*, précitée, aurait tout aussi bien pu être qualifiée de question «de compétence». En d’autres termes, la Commission ne pouvait passer à l’étape consistant à décider quelle redevance elle imposerait aux fabricants et importateurs de CD tant qu’elle n’avait pas décidé que les CD répondaient à la définition de «support audio» et qu’une redevance pouvait par conséquent être légalement imposée sur ces produits. Je ne suis donc pas d’accord pour dire qu’il y a lieu d’établir entre l’affaire *AVS* et la présente espèce la distinction préconisée par l’avocat de la SOCAN.

[46] Il importe surtout de souligner que l’analyse pragmatique ou fonctionnelle constitue désormais la méthode généralement acceptée pour fixer la norme en fonction de laquelle une cour de justice procède au contrôle judiciaire des décisions rendues par un organisme administratif spécialisé sur des questions de droit. À mon avis, nous sommes presque parvenus, dans



jurisdiction can safely be abandoned as a useful determinant of the standard of review applicable to a specialist administrative agency's interpretation or application of a provision of its enabling legislation on which the agency based its decision.

[47] The eclipse of jurisdiction in this context has been expressly recognized by the Supreme Court of Canada in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 28, and by this Court in *Halifax Longshoremen's Assn., Local 269 v. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224 (F.C.A.), at paragraph 15, and *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, [2001] 4 F.C. 139 (C.A.), at paragraph 36. Hence, when the statutory provision in dispute is one that the agency is authorized to interpret and to apply in order to render a decision, the invocation of jurisdiction does not dispense with the need to conduct a pragmatic or functional analysis to determine the applicable standard of review. Nonetheless, the Supreme Court does not yet appear ready to jettison the concept of jurisdiction as an analytical tool for determining the standard of review: *Pushpanathan*, *supra*, at paragraph 28. Rather, the Court seems to have relegated it to being merely one of the factors to be considered in the pragmatic or functional mix: see *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 107 (S.C.C.), at paragraph 24, which I examine more fully at paragraphs 63-65 of these reasons.

[48] In my opinion, therefore, *AVS*, *supra*, cannot be distinguished from the case at bar, at least in so far as the questions decided by the Board in both cases involve the interpretation of the *Copyright Act*. The statutory provisions in question in both decisions might have to be interpreted by a court in the course of infringement proceedings. Further, I see nothing in the language of the phrases, "the means of telecommunication necessary", and, "ordinarily used by consumers", to

l'évolution de droit canadien en matière de contrôle judiciaire des actes des administrations publiques, à une étape où il nous est désormais permis de reléguer sans risque d'erreur au second plan le concept de compétence en tant que moyen utile de trouver la norme de contrôle applicable à l'interprétation ou à l'application par un organisme administratif spécialisé de la loi habilitante sur laquelle cet organisme a fondé sa décision.

[47] La défaveur dans laquelle le concept de compétence est tombé dans ce contexte a été expressément reconnue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 28, et par notre Cour dans l'affaire *Halifax Longshoremen's Assn., section locale 269 c. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224 (C.A.F.), au paragraphe 15, et l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, [2001] 4 C.F. 139 (C.A.) au paragraphe 36. La disposition législative en litige fait par conséquent partie de celles qu'il est permis à l'organisme d'interpréter et d'appliquer pour pouvoir rendre une décision, l'invocation de la compétence ne le dispense pas de la nécessité de procéder à une analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable. Néanmoins, la Cour suprême ne semble pas encore prête à abandonner le concept de compétence en tant qu'outil d'analyse permettant de déterminer la norme de contrôle applicable (*Pushpanathan*, précité, au paragraphe 28). Il semble que la Cour suprême l'ait plutôt relégué au rang des facteurs dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle (voir l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 208 D.L.R. (4th) 107 (C.S.C.)), au paragraphe 24, sur lequel je reviendrai plus loin aux paragraphes 63 à 65.

[48] J'estime donc qu'il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre l'affaire *AVS*, précitée, et la présente espèce, du moins dans la mesure où les questions tranchées par la Commission dans les deux cas portent sur l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*. Un tribunal judiciaire pourrait être appelé à interpréter les dispositions législatives en question dans les deux décisions dans le cadre d'une action en violation du droit d'auteur. De plus, je ne vois rien dans le libellé des

justify the application of different standards of review to the Board's determination of their meaning.

[49] Nonetheless, in my respectful view, the reasoning of the Court in its application of the pragmatic or functional analysis to the Copyright Board's interpretation of the Act in *AVS*, *supra*, is open to criticism on the following three grounds.

[50] First, when applied to administrative agencies' interpretation of provisions in their "home" legislation that are not on their face discretionary in nature, the patent unreasonableness standard seems rarely to be used in the absence of a strong preclusive clause. The review of labour arbitrators' interpretation of collective agreements is something of an exception to this general proposition, in that arbitral decisions of this nature are normally subject to review for patent unreasonableness, although they are normally protected only by exclusive jurisdiction and finality clauses. However, this strong policy of curial deference is explained by a variety of policy considerations peculiar to the regulation of labour relations, as well as by the location of labour arbitration on the divide between public and private law.

[51] Second, the Court in *AVS*, *supra*, appears to have found support for patent unreasonableness as the applicable standard of review in cases dealing with the Board's exercise of its discretionary powers when determining the basis for and the amount of a royalty. Thus, the Court refers (*supra*, at paragraph 5) to the following cases as "applying this [the patent unreasonableness] standard to this Board in other technical matters": *Canadian Assn. of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (F.C.A.); *Réseaux Premier Choix Inc. v. Canadian Cable Television Assn.*

expressions «des moyens de télécommunication nécessaires» et «habituellement utilisé par les consommateurs» qui justifie l'application de normes de contrôle différentes en ce qui concerne l'interprétation que la Commission a donnée de ces expressions.

[49] Néanmoins, à mon humble avis, le raisonnement que la Cour a suivi pour appliquer l'analyse pragmatique ou fonctionnelle à l'interprétation par la Commission du droit d'auteur de la Loi dans l'arrêt *AVS*, précité, est critiquable pour les trois raisons suivantes.

[50] En premier lieu, lorsqu'on l'applique à l'interprétation que les organismes administratifs donnent des dispositions de leur loi habilitante qui ne sont pas à première vue de nature discrétionnaire, la norme de la décision manifestement déraisonnable semble être rarement utilisée en l'absence d'une solide clause limitative de recours. Le contrôle judiciaire de l'interprétation des conventions collectives par des arbitres constitue en quelque sorte une exception à ce principe général, en ce sens que les décisions arbitrales de cette nature sont normalement assujetties au contrôle judiciaire en fonction de la norme de la décision déraisonnable, bien qu'elles soient normalement protégées uniquement par des clauses de compétence exclusive et des clauses d'irrévocabilité. Cette stricte ligne de conduite en matière de réserve s'explique par une foule de considérations de principe propres à la réglementation des relations de travail, de même que par la place spéciale qu'occupe l'arbitrage des conflits de travail, qui se situe à la limite entre le droit public et le droit privé.

[51] En deuxième lieu, il semble que dans l'arrêt *AVS*, précité, la Cour a trouvé un appui en faveur de la norme de la décision manifestement déraisonnable dans des affaires portant sur l'exercice par la Commission de ses pouvoirs discrétionnaires en vue d'établir le mode de calcul et le montant d'une redevance. Ainsi, la Cour renvoie (au paragraphe 5 de sa décision, précitée) aux décisions suivantes «dans lesquelles cette norme [celle de la décision manifestement déraisonnable] a été appliquée à la Commission sur d'autres questions techniques: *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et*

(1997), 80 C.P.R. (3d) 203 (F.C.A.); *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Broadcasters* (1999), 1 C.P.R. (4th) 80 (F.C.A.) (*CAB* (1999)).

[52] However, these cases involved the review of the Board's exercise of its overtly discretionary powers. In relying on them to support its conclusion, the Court in *AVS, supra*, may have overlooked the possibility that a less deferential standard of review should be applied to the Board's interpretation and application of provisions in the Act that do not on their face confer a discretion.

[53] Third, and perhaps most significantly, the Court in *AVS, supra*, did not mention the fact that questions of law decided by the Board may also have to be decided by a court in the exercise of its original jurisdiction over copyright infringement proceedings. The fact that the Board does not have exclusive authority to interpret a provision of the *Copyright Act* would seem to suggest that it is not so much better placed than the Court to decide these questions that Parliament should be taken to have intended its decisions to be subject to the most deferential standard of review.

[54] In my respectful opinion, the authority of *AVS, supra*, is seriously weakened because the Court appears not to have taken into account this latter consideration. Instead, it seems to have collapsed the standard of review applicable to the Board's exercise of discretion when setting and allocating royalties, and that governing its interpretation of provisions defining infringing conduct.

*éditeurs de musique* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (C.A.F.); *Réseaux Premier Choix Inc. c. Assoc. canadienne de télévision par câble* (1997), 80 C.P.R. (3d) 203 (C.A.F.); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des radiodiffuseurs* (1999), 1 C.P.R. (4th) 80 (C.A.F.) (*ACR* (1999)).

[52] Ces affaires portaient cependant sur le contrôle judiciaire de la façon dont la Commission avait exercé les pouvoirs manifestement discrétionnaires dont elle était investie. En invoquant ces décisions pour justifier sa conclusion dans l'arrêt *AVS*, il est possible que, dans l'arrêt *AVS*, la Cour ait méconnu la possibilité qu'une norme de contrôle appelant une plus grande retenue judiciaire devrait être appliquée à l'interprétation et à l'application par la Commission des dispositions de la Loi qui ne confèrent pas de pouvoir discrétionnaire à première vue.

[53] En troisième lieu—et c'est probablement là le plus important—dans l'arrêt *AVS*, précité, la Cour n'a pas mentionné le fait que les questions de droit tranchées par la Commission devront peut-être aussi être jugées par une cour de justice dans l'exercice de sa compétence en première instance en cas de poursuites pour violation du droit d'auteur. Le fait que la Commission n'ait pas le pouvoir exclusif d'interpréter une disposition de la *Loi sur le droit d'auteur* permet selon toute vraisemblance de penser que la Commission n'est pas mieux placée que la Cour pour trancher les questions au sujet desquelles il y a tout lieu de croire que le législateur a voulu assujettir ses décisions à la norme de contrôle qui appelle le plus grand degré de retenue judiciaire.

[54] À mon humble avis, l'autorité de l'arrêt *AVS*, précité, est sérieusement ébranlée en raison du fait que la Cour ne semble pas avoir tenu compte de ce dernier facteur. Elle semble plutôt avoir réduit la norme de contrôle applicable à l'exercice par la Commission de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle fixe et répartit des redevances et avoir limité la portée de la norme de contrôle régissant son interprétation des dispositions qui définissent les actes constituant une violation du droit d'auteur.

[55] For these reasons I cannot regard *AVS, supra*, as settling the standard of review applicable to the Board's interpretation of the provisions of the *Copyright Act* in dispute in this application for judicial review.

(ii) *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Broadcasters (CAB (1999))*

[56] The applicant relies on *CAB (1999), supra*, for the proposition that the statutory provisions defining legal liability are jurisdictional in nature and that a standard of correctness should be applied to the Board's interpretation of them.

[57] Thus, Robertson J.A. held (*CAB (1999), supra*, at paragraph 10) that it was a question of jurisdiction whether the Board could issue a multiple blanket licence under its broad statutory power to set tariff rates and to append "related terms and conditions" to its decision by virtue of the *Copyright Act*, paragraph 67.2(1)(b) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1993, c. 23, s. 4]. Hence, because the scope of the Board's remedial powers was a "jurisdictional" question, the Board's interpretation of the relevant statutory provision was reviewable for correctness, a standard which, Robertson J.A. concluded, the Board in that case had satisfied.

[58] It is not obvious to me why, if this reasoning is sound, it is not equally applicable to the questions before the Board in *Tariff 22*, including the definition of what is capable in law of constituting "the means of telecommunication necessary" for the purpose of the Act.

[59] With the greatest respect, I cannot regard the reasoning in *CAB (1999), supra*, as persuasively establishing correctness as the standard of review applicable to the Copyright Board's interpretation of every provision of the Act. Having characterized the interpretation of the Board's remedial powers as a

[55] Pour ces motifs, je ne puis considérer que, dans l'arrêt *AVS*, la Cour a fixé la norme de contrôle applicable à l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* en litige dans la présente demande de contrôle judiciaire.

(ii) *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR (1999))*

[56] La demanderesse invoque l'arrêt *ACR (1999)*, précité, à l'appui de la proposition que les dispositions législatives qui définissent une responsabilité légale sont des dispositions relatives à la compétence et que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer à l'interprétation que la commission en donne.

[57] Ainsi, le juge Robertson a statué (*ACR (1999)*, précité, au paragraphe 10) que la question de savoir si la Commission pouvait délivrer une licence générale multiple en vertu des larges pouvoirs qui lui permettent, en vertu de la loi, de fixer les tarifs et d'assortir sa décision des «modalités y afférentes» en vertu de l'alinéa 67.2(1)*b*) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1993, ch. 23, art. 4] de la *Loi sur le droit d'auteur* était une question «de compétence». Ainsi, comme la portée des pouvoirs de réparation de la Commission était une question «de compétence», la Cour pouvait contrôler le bien-fondé de l'interprétation que la Commission avait donnée des dispositions législatives applicables. Or, le juge Robertson a conclu que la Commission avait satisfait à cette norme dans cette affaire.

[58] Je ne comprends pas très bien, si ce raisonnement est valable, pourquoi il ne s'appliquerait pas également aux questions soumises à la Commission dans l'affaire du *Tarif 22*, et notamment à la définition de ce qui est susceptible en droit de constituer «les moyens de télécommunication nécessaires» au sens de la Loi.

[59] En toute déférence, je ne puis considérer que le raisonnement suivi dans l'arrêt *ACR (1999)*, précité, a été établi de façon convaincante que la norme de la décision correcte (ou norme du bien-fondé) constitue la norme de contrôle applicable à l'interprétation que la Commission du droit d'auteur donne de toute disposition de la Loi.

“jurisdictional” question, and therefore reviewable on a standard of correctness, Robertson J.A. apparently did not find it necessary to conduct a functional or pragmatic approach in order to determine the standard of review. However, since the Board was clearly required to interpret the paragraph conferring its remedial powers in order to dispose of the proceeding, I cannot agree that the standard of review can be determined by pinning the label “jurisdictional” on the disputed question decided by the tribunal.

[60] In addition to the reasons that I gave at paragraphs 46-47 for concluding that the concept of jurisdiction has lost its former significance as a determinant of the standard of review in administrative law, the Supreme Court of Canada has specifically refuted the notion that statutory provisions defining an agency’s remedial powers must always be characterized as limiting or conferring jurisdiction and their interpretation ineluctably subject to review for correctness. Thus, writing for the Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793 (*CUPE, Local 301*), L’Heureux-Dubé J. held that the pragmatic or functional approach is as relevant for determining the standard of review applicable to a specialist administrative agency’s interpretation of its remedial powers as to any other provision in its enabling statute. Thus, she said (*supra*, at paragraph 44):

On the basis of this Court’s decision in *Acadie, supra*, [*Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412] the Court of Appeal characterized the Council’s remedial provisions as jurisdiction-limiting. The order was therefore subjected to review by the court on a correctness standard. This application of the case law regarding jurisdictional questions was in error. As I have stated, this Court’s decision in *Bibeault, supra*, [U.E.S., *Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048] mandates the application of a pragmatic and functional approach to interpreting the enabling legislation.

Ayant qualifié l’interprétation des pouvoirs de réparation de la Commission de question «de compétence» et, partant, de question susceptible de faire l’objet d’un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte, le juge Robertson n’a selon toute vraisemblance pas jugé nécessaire de procéder à une analyse fonctionnelle ou pragmatique pour déterminer la norme de contrôle applicable. Toutefois, comme la Commission était de toute évidence tenue d’interpréter l’alinéa qui lui conférait ses pouvoirs de réparation pour pouvoir statuer sur la demande dont elle était saisie, je ne suis pas d’accord pour dire que la norme de contrôle peut être déterminée en accolant l’étiquette de «compétence» à la question contestée que le tribunal a été appelé à trancher.

[60] En plus des raisons que j’ai évoquées aux paragraphes 46 et 47 pour conclure que ce n’est plus le concept de compétence qui est déterminant en matière de norme de contrôle en droit administratif, la Cour suprême du Canada a expressément écarté l’idée que les dispositions législatives qui définissent les pouvoirs de réparation d’un organisme doivent toujours être considérées comme limitatives de compétence et que leur interprétation doit inéluctablement être assujettie au contrôle judiciaire en fonction de la norme de la décision correcte. S’exprimant au nom de la Cour dans l’arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793 (*SCFP, section locale 301*), le juge L’Heureux-Dubé a estimé que l’analyse pragmatique ou fonctionnelle est tout aussi utile pour déterminer la norme de contrôle applicable à l’interprétation qu’un organisme administratif fait de ses pouvoirs de réparation que toute autre disposition de sa loi habilitante. Voici les propos que le juge L’Heureux-Dubé a tenus (précité, au paragraphe 44):

Se fondant sur l’arrêt *Acadie*, précité [*Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412], de notre Cour, la Cour d’appel a considéré comme limitatives de compétence les dispositions réparatrices concernant le Conseil. L’ordonnance était donc susceptible de révision judiciaire par une cour de justice selon la norme de la décision correcte. Cette application de la jurisprudence relative aux questions de compétence était une erreur. Comme je l’ai dit, l’arrêt *Bibeault*, précité [U.E.S., *Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048], de notre Cour impose l’application d’une

This approach must be applied even to those provisions which appear to limit a tribunal's jurisdiction. [Emphasis added.]

[61] In my opinion, the reasoning by which the Court in *CAB* (1999), *supra*, determined the standard of review applicable to the Board's interpretation of its remedial powers is not consistent with either the philosophy underlying the pragmatic or functional approach in general, or with the analysis of L'Heureux-Dubé J. in *CUPE, Local 301, supra*, in particular.

[62] I do not say that *CUPE, Local 301, supra*, necessarily establishes that in *CAB* (1999), *supra*, the Court should have reviewed the Copyright Board's interpretation of its remedial powers by applying a deferential standard of review. For one thing, unlike the *Copyright Act*, the statute considered in *CUPE, Local 301, supra*, contained a preclusive clause. I do say, however, that *CUPE, Local 301, supra*, demonstrates that talk of jurisdiction does not enable a court to determine the standard of review applicable to an agency's remedial powers without first undertaking a pragmatic or functional analysis.

[63] I would only note that, more recently, the Court in *Chieu, supra*, regarded as a jurisdictional question the interpretation of the statutory discretion conferred on the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board to allow an appeal from a deportation order made against a permanent resident when "having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada".

[64] In deciding whether the Board had erred in law by interpreting this provision as precluding it from

démarche pragmatique et fonctionnelle pour interpréter la législation habilitante. Cette démarche doit s'appliquer même aux dispositions qui semblent limiter la compétence d'un tribunal administratif. [Non souligné dans l'original.]

[61] À mon avis, le raisonnement que la Cour a suivi dans l'arrêt *ACR* (1999), précité, pour déterminer la norme de contrôle applicable à l'interprétation par la Commission de ses pouvoirs de réparation n'est compatible ni avec la philosophie à la base de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle en général, ni avec l'analyse à laquelle s'est livrée le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *SCFP, section locale 301*, précité, en particulier.

[62] Je n'irais pas jusqu'à dire que l'arrêt *SCFP, section locale 301*, précité, permet nécessairement de penser que, dans l'affaire *ACR* (1999), précitée, la Cour aurait dû procéder au contrôle judiciaire de l'interprétation que la Commission du droit d'auteur avait fait de ses pouvoirs de réparation en appliquant une norme de contrôle fondée sur la réserve judiciaire. D'abord, à la différence de la *Loi sur le droit d'auteur*, la loi qui était examinée dans l'affaire *SCFP, section locale 301*, précitée, renfermait une clause limitative. Ce que je dis toutefois, c'est que l'arrêt *SCFP, section locale 301*, précité, montre bien que le débat autour de la question de la compétence ne permet pas à une cour de justice de déterminer la norme de contrôle applicable aux pouvoirs de réparation d'un organisme sans avoir d'abord procédé à une analyse pragmatique ou fonctionnelle.

[63] Je tiens seulement à signaler que, plus récemment, dans l'arrêt *Chieu*, précité, la Cour suprême du Canada a considéré comme une question de compétence l'interprétation des dispositions législatives conférées à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour autoriser l'appel d'une mesure de renvoi prise contre un résident permanent dans un cas où «eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, il [...] ne devrait pas être renvoyé du Canada».

[64] Pour décider si la Commission avait commis une erreur de droit dans son interprétation de cette

considering any potential hardship that an appellant was likely to experience in a foreign country if removed from Canada, Iacobucci J. characterized the issue as one of the Board's jurisdiction and stated (at paragraph 24): "Administrative bodies generally must be correct in determining the scope of their delegated mandate, given that they are entirely the creatures of statute" (the emphasis is mine).

[65] The Court then considered other elements of the pragmatic or functional approach before concluding that correctness was the appropriate standard of review. The novel twist introduced into the law by this case is that the Court did not regard the "jurisdictional" nature of the question decided by the Board as necessarily determinative of the standard of review, but as merely one factor pointing in the direction of the correctness standard.

[66] Given the relegation in importance of the concept of jurisdiction as an analytical determinant of the standard of review, it would be inappropriate to rely on *CAB* (1999), *supra*, as authority for the proposition that the correctness standard applies generally to the Board's interpretation of provisions in the Act, including those with which the present application is concerned. The authority of *CAB* (1999), *supra*, for this proposition is in my view undermined, because the Court relied on the concept of jurisdiction without conducting a pragmatic or functional analysis to determine the standard of review applicable to the Board's interpretation of its remedial powers.

### (iii) Conclusion

[67] In summary, the soundness of the reasoning in both *AVS*, *supra*, and *CAB* (1999), *supra*, is sufficiently problematic that, in the case at bar, the Court must embark on a pragmatic or functional analysis in order to

disposition en considérant qu'elle l'empêchait de tenir compte des difficultés auxquelles l'appelant serait susceptible d'être confronté à l'étranger s'il était expulsé du Canada, le juge Iacobucci a estimé qu'il s'agissait d'une question touchant à la compétence de la Commission et il a déclaré (au paragraphe 24): «En règle générale, les organismes administratifs doivent déterminer correctement la portée de leur mandat délégué puisqu'ils sont entièrement créés par la loi» (non souligné dans l'original).

[65] La Cour a ensuite examiné d'autres éléments de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle avant de conclure que la norme de contrôle appropriée était celle de la décision correcte. La nouveauté qu'apporte cet arrêt au droit est le fait que la Cour n'a pas considéré que le caractère «juridictionnel» de la question tranchée par la Commission n'était pas nécessairement déterminant en ce qui concerne la norme de contrôle applicable: elle a plutôt estimé que cet aspect ne constituait qu'un facteur qui militait en faveur de la norme de la décision correcte.

[66] Compte tenu du fait que le concept de la compétence a été relégué au second plan en tant que facteur analytique déterminant pour décider de la norme de contrôle applicable, il serait inopportun de considérer l'arrêt *ACR* (1999), précité, comme un précédent appuyant le principe que la norme de la décision correcte s'applique en règle générale à l'interprétation que la Commission donne des dispositions de la Loi, y compris celles qui sont en cause en l'espèce. L'autorité de l'arrêt *ACR* (1999), précité, comme précédent appuyant cette proposition est à mon avis ébranlée en raison du fait que la Cour s'est fondée sur le concept de la compétence sans procéder à une analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable à l'interprétation par la Commission de ses pouvoirs de réparation.

### (iii) Conclusion

[67] En résumé, la solidité du raisonnement suivi tant dans la décision *AVS*, précitée, que dans l'arrêt *ACR* (1999), précité, est suffisamment problématique pour qu'en l'espèce, la Cour doive se livrer à une analyse

determine the standard of review relevant to the issues decided by the Board that are in dispute in this application for judicial review.

### II A Pragmatic or Functional Analysis

[68] Before considering the various elements of the pragmatic or functional analysis for determining the standard of review, a reviewing court should not lose sight of the ultimate question that this approach is designed to answer: did Parliament intend the tribunal or the court to determine the disputed issue? The answer to this question, in turn, ultimately depends on whether the court or the administrative agency under review is better placed to decide the issues in dispute: *Domtar Inc. v. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pages 772-773.

[69] An analysis of these questions includes the following factors: (i) the scope of the expertise of the Board; (ii) the nature of the disputed issues decided by the Board, including the relevance of the Board's expertise to their determination; and (iii) the statutory provisions relating to the review of Board decisions.

#### (i) Expertise of the decision-maker

[70] The Copyright Board is an independent administrative tribunal. Members of the Board are appointed by the Governor in Council for a term of no more than five years, with the possibility of a second term, and are removable only for cause: *Copyright Act*, subsections 66(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12], (4) [as am. *idem*] and (5) [as am. *idem*]. While members may be appointed to serve on either a full-time or a part-time basis (subsection 66(2) [as am. *idem*]), the Board should be regarded as a permanent body and not, like most labour arbitration boards for instance, appointed *ad hoc*.

pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux questions tranchées par la Commission qui sont en litige dans la présente instance en contrôle judiciaire.

### II L'analyse pragmatique ou fonctionnelle

[68] Avant d'examiner les divers éléments de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle judiciaire applicable, le tribunal saisi d'une demande de contrôle judiciaire ne devrait pas perdre de vue la question fondamentale à laquelle cette méthode d'analyse est censée répondre: le législateur voulait-il que la question en litige soit tranchée par un tribunal administratif ou par une cour de justice? La réponse à cette question dépend à son tour en dernière analyse de la réponse à la question de savoir qui, de la cour de justice ou du tribunal administratif, est le mieux placé pour trancher les questions en litige (*Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, aux pages 772 et 773).

[69] L'analyse de ces questions suppose l'examen des facteurs suivants: (i) la portée de la compétence spécialisée de la Commission; (ii) la nature des questions tranchées par la Commission, y compris les incidences de la compétence spécialisée de la Commission sur leur solution; (iii) les dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire des décisions de la Commission.

#### (i) Compétence spécialisée du tribunal administratif

[70] La Commission du droit d'auteur est un tribunal administratif indépendant. Les commissaires sont nommés à titre inamovible par le gouverneur en conseil pour un mandat maximal de cinq ans, renouvelable une seule fois, sous réserve d'une révocation motivée (*Loi sur le droit d'auteur*, paragraphes 66(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12], (4) [mod., *idem*] et (5) [mod., *idem*]). Bien que les commissaires soient nommés à temps plein ou à temps partiel (paragraphe 66(2) [mod., *idem*]), la Commission devrait être considérée comme un organisme permanent et non, comme la plupart des tribunaux d'arbitrage, comme une structure temporaire créée pour les besoins de la cause.



[71] The Act also ensures that the Board possesses legal expertise by providing that its chair must be a sitting or retired judge of a superior or district court, although the office of chair was vacant when *Tariff 22* was decided: subsection 66(3) [as am. *idem*]. The Act does not prescribe qualifications for other members, who may be as many as four in number, including a vice-chair: subsection 66(1). In order to assist members in the performance of their duties, the Board can augment whatever expertise members bring to their deliberations by retaining on a temporary basis persons with technical or specialized knowledge: subsection 66.4(3) [as enacted *idem*].

[72] The Board's specialized function is to decide whether to approve tariffs for the payment of royalties proposed by collective societies in the business of granting licences or collecting royalties for, among other things, the communication to the public by telecommunication of their members' musical works: sections 67 [as am. *idem*] and 68 [as am. *idem*].

[73] On receiving a proposal for a tariff, the Board must publish it in the *Canada Gazette* and notify prospective users of the material to which the tariff relates, or their representatives, that they have 60 days to file objections with the Board: subsection 67.1(5) [as am. *idem*]. The Board must send copies of objections to the proponent of the tariff, who is entitled to an opportunity to respond; objectors have a corresponding right to see that response and to reply to it: subsection 68(1). To enable it to conduct effective hearings, the Board has the general powers of a superior court of record: subsection 66.7(1) [as enacted *idem*]. Further details of the Board's procedure are contained in a directive issued by the Board, although, with the consent of the Governor in Council, the Board may give its practice and procedure a statutory foundation by promulgating regulations: subsection 66.6(1) [as enacted *idem*].

[74] Taken as a whole, the Board's procedure has many of the characteristics of an adjudicative hearing. In this case, the Board heard the parties' evidence orally, but their legal submissions were written. The Board's procedures clearly provide ample opportunity

[71] La Loi garantit également que la Commission possède la compétence juridique nécessaire en prévoyant que son président doit être un juge, en fonction ou à la retraite, d'une cour supérieure ou de district (paragraphe 66(3) [mod., *idem*]). Le poste de président était vacant au moment où l'affaire du *Tarif 22* a été instruite. La Loi ne précise pas les qualités que doivent posséder les autres commissaires, dont le nombre maximal est de quatre, en tenant compte du vice-président (paragraphe 66(1)). La Commission peut, à titre temporaire, retenir les services d'experts pour assister les commissaires dans l'exercice de leurs fonctions (paragraphe 66.4(3) [édicte, *idem*]).

[72] La fonction spécialisée de la Commission consiste à se prononcer sur l'opportunité d'homologuer les projets de tarif de redevances soumis par des sociétés de gestion chargées d'octroyer des licences ou de percevoir des redevances pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication des œuvres musicales ou dramatico-musicales de leurs membres (articles 67 [mod., *idem*] et 68 [mod., *idem*]).

[73] Sur réception d'un projet de tarif, la Commission publie celui-ci dans la *Gazette du Canada* et donne un avis indiquant que tout utilisateur éventuel intéressé, ou son représentant, peut y faire opposition en déposant auprès d'elle une déclaration en ce sens dans les 60 jours suivant la publication (paragraphe 67.1(5) [mod., *idem*]). La Commission communique à la société de gestion en cause copie des oppositions et aux opposants les réponses éventuelles de celle-ci (paragraphe 68(1)). La Commission a, pour faciliter le déroulement de ses audiences, les attributions générales d'une cour supérieure d'archives (paragraphe 66.7(1) [édicte, *idem*]). La procédure suivie par la Commission est exposée plus en détail dans une directive qu'elle publie, bien qu'avec l'approbation du gouverneur en conseil, la Commission puisse donner à sa procédure un fondement législatif en prenant des règlements (paragraphe 66.6(1) [édicte, *idem*]).

[74] Dans l'ensemble, la procédure de la Commission possède beaucoup des caractéristiques d'une audience sur le fond. En l'espèce, la Commission a entendu le témoignage des parties, qui ont cependant formulé leurs observations par écrit. La procédure de la Commission

for those interested in a proposed tariff to participate effectively in the decision-making process.

[75] The Board exercises a very broad discretion when determining who should pay a royalty and on what basis the royalty should be calculated. Thus, in addition to some specific criteria to which the Board is statutorily required to attend, “[it] may take into account any factor that it considers appropriate”: paragraph 68(2)(b). In effect, it is thereby entrusted with the polycentric task of setting royalties in a manner that strikes a reasonable balance among the competing interests of the various participants in the regulatory process.

[76] In short, the claim that the Board possesses the kind of expertise that attracts judicial deference is supported by its independence, permanent nature, the legal and other expertise available to it, its participatory procedures and the broad discretion conferred on it when allocating in the public interest the cost of using copyright material.

(ii) Nature of the issue decided by the Board

[77] The different kinds of question that an administrative agency must decide in the course of discharging its statutory mandate are not necessarily subject to the same standard of review. Thus, for example, since a tribunal’s interpretation of its enabling legislation is likely to have a precedential effect, it is apt to attract less judicial deference than a simple application of the statute to the facts of a particular case that does not purport to decide some more general question of law: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraphs 36-37. Conversely, a tribunal’s findings of fact and its exercise of discretion will normally be reviewed only for irrationality: *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 F.C. 282 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 66.

fournit amplement l’occasion aux intéressés de participer efficacement au processus décisionnel.

[75] La Commission exerce un pouvoir discrétionnaire très large lorsqu’elle détermine qui devrait verser des redevances et de quelle façon celles-ci devraient être calculées. Ainsi, en plus de certains critères précis que la loi l’oblige à prendre en considération, la Commission «peut tenir compte de tout facteur qu’elle estime indiqué» (alinéa 68(2)b)). Elle se voit ainsi confier la tâche polycentrique de fixer les redevances de manière à trouver un équilibre raisonnable entre les intérêts divergents des divers intervenants du processus réglementaire.

[76] En résumé, l’argument que la Commission possède le genre de compétence spécialisée qui appelle une réserve judiciaire est renforcé par son indépendance, son caractère permanent, les compétences spécialisées — juridiques ou autres—dont elle dispose, sa procédure participative et le vaste pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en matière de répartition du coût d’utilisation d’œuvres protégées par le droit d’auteur.

(ii) Nature des questions tranchées par la Commission

[77] Les différents types de questions qu’un tribunal administratif est appelé à trancher dans l’exécution de son mandat législatif ne sont pas nécessairement assujettis à la même norme de contrôle. Ainsi, par exemple, comme l’interprétation qu’un tribunal administratif fait de sa loi habilitante est susceptible de faire jurisprudence, cette interprétation peut donner lieu à une réserve judiciaire moindre que s’il s’agissait d’une simple application de la loi aux faits de l’espèce qui n’est pas censée trancher une question de droit générale (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux paragraphes 36 et 37). En revanche, les conclusions de fait que tire un tribunal administratif et la façon dont il exerce son pouvoir discrétionnaire feront normalement l’objet d’un contrôle judiciaire uniquement pour vérifier si sa décision était rationnelle ou non (*Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 C.F. 282 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 66).

[78] Moreover, the same standard of review will not necessarily apply to an administrative agency's determinations with respect to every provision in its constitutive legislation. As Major J. noted in *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, at paragraph 27 (*Mattel*): "different standards of review will apply to different legal questions depending on the nature of the question to be determined and the relative expertise of the tribunal in those particular matters." Thus, the Court held, while determinations by the Canadian International Trade Tribunal of questions of law "of a very technical nature" are reviewable for unreasonableness (*Mattel, supra*, at paragraph 32), other questions "that require the application of principles of statutory interpretation and other concepts which are intrinsic to commercial law" (*Mattel, supra*, at paragraph 33) will be reviewed for correctness.

[79] Nonetheless, it has also been said that a tribunal's familiarity with a general legal concept, as applied in a particular statutory context, may persuade a reviewing court to defer to the tribunal's determinations: *Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, at paragraph 26.

(a) a question of law or mixed law and fact?

[80] As I have already noted, in *Southam, supra*, the Court stated that an interpretive ruling by an administrative tribunal that is not limited to the facts of the case before it, but is likely to have a precedential effect, is a factor militating in favour of a correctness standard. Such questions are characterized as questions of law. On the other hand, a ruling that primarily involves applying the statute to the facts found by the tribunal may be characterized as a question of mixed law and fact and, as such, subject to a deferential standard of review: *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, at paragraph 38. Further, when it is apparent that the tribunal has correctly directed itself on the meaning of

[78] Par ailleurs, la même norme de contrôle ne s'appliquera pas nécessairement aux conclusions tirées par un tribunal administratif au sujet de chacune des dispositions de sa loi habilitante. Ainsi que le juge Major l'a fait remarquer dans l'arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 27 (*Mattel*): «des normes de contrôle différentes s'appliquent à des questions de droit différentes, selon la nature de la question à trancher et l'expertise relative du tribunal administratif sur ces questions particulières». La Cour suprême a statué qu'alors que les conclusions tirées par le Tribunal canadien du commerce extérieur sur des questions de droit «très technique[s]» sont susceptibles d'être contrôlées en vue de déterminer si elles sont raisonnables (*Mattel, précité*, au paragraphe 32), d'autres questions «qui commandent l'application de principes d'interprétation législative et d'autres concepts inhérents au droit commercial» (*Mattel, précité*, au paragraphe 33) feront l'objet d'un contrôle judiciaire pour en vérifier le bien-fondé (norme de la décision correcte).

[79] La Cour suprême a toutefois aussi déclaré que la familiarité du tribunal administratif avec un concept juridique général appliqué dans un contexte législatif déterminé peut convaincre la cour saisie d'une demande de contrôle judiciaire de faire preuve de réserve à l'égard des décisions de ce tribunal (*Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, au paragraphe 26).

a) Question de droit ou question mixte?

[80] Ainsi que je l'ai déjà signalé, dans l'arrêt *Southam, précité*, la Cour suprême du Canada a déclaré que la décision interprétative rendue par un tribunal administratif qui ne constitue pas une décision d'espèce mais qui fera probablement jurisprudence constitue un facteur qui milite en faveur de l'application de la norme de la décision correcte. Ces questions sont considérées comme des questions de droit. En revanche, la décision qui suppose principalement l'application de la loi aux faits constatés par le tribunal administratif peut être qualifiée de question mixte de fait et de droit qui appelle en tant que telle une norme de contrôle judiciaire axée sur la réserve judiciaire (*Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'Énergie)*, [1998] 1 R.C.S.

the statutory provision in question, its application to the facts may itself be purely a question of fact: *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.). In these circumstances, it would seem, when a matter comes before the Court by way of an application for judicial review, the tribunal's application of the statute to the facts is reviewable only under paragraph 18.1(4)(b) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*.

[81] Of course, the distinction between the interpretation of a statutory provision and its application to the facts of a given case is one of degree: reviewing courts must determine where on the spectrum ranging from "pure" interpretation to "mere" application the issue in dispute before them falls. For example, in the case at bar, the Board was deciding a question at the interpretation end of the spectrum when it held that "means of telecommunication" within the meaning of paragraph 2.4(1)(b) are not limited to physical facilities, such as telephone poles, but can also include services.

[82] On the other hand, the Board was deciding a question closer to the application end of the spectrum when it concluded on the evidence before it that Internet intermediaries play an essentially passive role in Internet communications, because the operators of host servers and Internet access providers have so little control over the content of material transmitted that they are merely supplying the means of telecommunication and therefore are not themselves communicating anything. Different evidence, including, for example, technological developments that make it practicable for Internet access providers to monitor the content of the material being requested by their subscribers, might result in a different decision in a royalty-setting proceeding for another year.

[83] The Board stated another general principle of law when, relying on an earlier decision of this Court, it held that an infringement of copyright does not occur in

322, au paragraphe 38). De plus, lorsqu'il est évident que le tribunal administratif a bien interprété la disposition législative en question, l'application de celle-ci aux faits de l'espèce peut elle-même ne constituer qu'une pure question de droit (*Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.). Il semblerait donc dans ces conditions que, lorsque la cour de justice est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, elle ne peut réviser la façon dont le tribunal administratif a appliqué la loi aux faits qu'en vertu de l'alinéa 18.1(4)b) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[81] Certes, la distinction entre l'interprétation d'une disposition législative et son application aux faits d'une affaire déterminée est une question de degré: les tribunaux saisis d'une demande de contrôle judiciaire doivent décider où se situe la question en litige qui leur est soumise sur une échelle allant de «pure» interprétation à «simple» application. Par exemple, dans le cas qui nous occupe, la Commission se prononçait sur une question d'interprétation lorsqu'elle a statué que les «moyens de télécommunication» visés à l'alinéa 2.4(1)b) ne se limitent pas aux installations matérielles, telles que les poteaux de téléphone, mais qu'ils peuvent également englober des services.

[82] Par contre, la Commission se prononçait sur une question qui s'apparentait davantage à une question d'application lorsqu'elle a conclu, d'après la preuve qui lui avait été soumise, que les intermédiaires Internet jouent un rôle passif essentiel dans les communications Internet, parce que les exploitants des serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet exercent un contrôle si restreint sur le contenu de ce qu'ils diffusent qu'ils ne fournissent en fait qu'un moyen de télécommunication et qu'ils ne communiquent rien par eux-mêmes. La présentation d'éléments de preuve différents portant notamment sur des progrès technologiques qui permettraient aux fournisseurs d'accès Internet de contrôler le contenu de l'information demandée par leurs abonnés pourrait donner lieu à une décision différente dans le cadre d'une instance portant sur la fixation de redevances pour une autre année.

[83] La Commission a énoncé un autre principe juridique général lorsque, se fondant sur une décision antérieure de notre Cour, elle a conclu qu'il n'y a pas de

Canada when the place of transmission from which the communication originates is outside Canada. The application to the Internet of this principle, derived from a broadcasting case, also raises a question of considerable generality. Whether the location of a host server outside Canada means that material transmitted from it to, and at the request of, an end user in Canada is generally communicated outside Canada and, hence, is not subject to a royalty imposed by the Board, is not a question that is limited to the facts specific to this case.

(b) a question of general or special law?

[84] A second aspect of the nature-of-the-question-decided element of the pragmatic or functional analysis is whether the question in dispute is familiar to the courts because it may come before them for determination in other legal contexts. If it is, then it will not be within the unique area of the tribunal's expertise, thus weakening the tribunal's claim to be better situated than the courts to decide it.

[85] In our case, the disputed questions arose in the context of the Board's consideration of SOCAN's proposed tariff for the payment of royalties for the communication of copyright music transmitted on the Internet. Royalty-setting is within the exclusive jurisdiction of the Board. However, the question of whether the core activities of either Internet access providers, or operators of host servers, infringe copyright by communicating material to end users could also arise in proceedings for copyright infringement instituted under the *Copyright Act*, in either the Federal Court, or the superior court for a province.

[86] Thus, for example, if the Copyright Board's decision in *Tariff 22* were upheld, a copyright owner might subsequently institute infringement proceedings against an Internet access provider, alleging that it had

violation du droit d'auteur au Canada lorsque le lieu d'où provient la communication est situé à l'extérieur du Canada. L'application de l'Internet à ce principe, tiré d'une décision relative à la radiodiffusion, soulève par ailleurs une question d'ordre très général. La question de savoir si le fait qu'un serveur hôte soit situé à l'extérieur du Canada fait en sorte que l'information qui en provient et qui est communiquée à l'utilisateur final situé au Canada qui en a fait la demande est en règle générale communiquée à l'extérieur du Canada et n'est de ce fait pas assujettie aux redevances imposées par la Commission n'est pas une question dont la portée se limite aux faits de la présente espèce.

b) Question de droit générale ou spécifique?

[84] Un second aspect de l'élément de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle portant sur la nature de la question qui a été tranchée par le tribunal administratif est celui de savoir si la question en litige fait partie de celles que les cours de justice connaissent bien parce qu'elle est susceptible de leur être soumise dans d'autres contextes juridiques. Dans l'affirmative, la question ne relève pas du domaine exclusif de compétence du tribunal administratif, ce qui affaiblit sa prétention qu'il est mieux placé que les cours de justice pour trancher cette question.

[85] Dans le cas qui nous occupe, les questions en litige ont été soulevées dans le contexte de l'examen par la Commission du projet de tarif soumis par la SOCAN pour le versement de redevances pour la communication sur l'Internet d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur. L'établissement de redevances relève de la compétence exclusive de la Commission. Toutefois, la question de savoir si les activités principales des fournisseurs d'accès Internet ou des exploitants des serveurs hôte violent le droit d'auteur en raison de la communication de l'information aux utilisateurs finaux pourrait également se poser dans le cadre d'une instance en violation du droit d'auteur introduite en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, soit devant la Cour fédérale, soit devant la cour supérieure d'une province.

[86] Ainsi, si la décision rendue par la Commission du droit d'auteur dans l'affaire du *Tarif 22* était confirmée, un titulaire de droit d'auteur pourrait par la suite intenter des poursuites pour violation du droit

communicated copyright material by telecommunication when it provided subscribers with Internet “connectivity”. In such a case, the Court would have to determine if the Internet access provider’s activities were within the protection of paragraph 2.4(1)(b). Indeed, all of the issues in dispute in this application could arise in the course of infringement litigation in a court.

[87] It is inaccurate, therefore, to regard as part of the Board’s “home territory” the interpretation of provisions of the *Copyright Act* that may also be litigated in infringement proceedings. With respect to these matters, the Board and the courts occupy shared space. Moreover, there is no reason to conclude that the meaning of the operative statutory words depends on whether the issue arises in the context of an administrative proceeding to set a royalty, or of an action for copyright infringement.

(c) impact of the Board’s decision on the parties’ rights

[88] In this case, the “general law” nature of the questions decided by the Board overlaps with the impact of the Board’s decision on the parties’ legal rights. Accordingly, it is convenient to consider this latter dimension of the pragmatic or functional analysis under the general rubric of the nature of the questions decided by the Board.

[89] First, while the resolution of the legal questions raised in *Tariff 22* is undoubtedly of significant commercial interest to the parties, and to Internet end users, the interests at stake are primarily monetary in nature. The decision of the Copyright Board in this case cannot be said to impinge on constitutional or quasi-constitutional rights, and may therefore attract less intense judicial scrutiny than, for example, determinations made by agencies responsible for administering legislation relating to human rights or refugee status.

d’auteur contre un fournisseur d’accès Internet en alléguant que le défendeur communique par télécommunication des données protégées par le droit d’auteur lorsqu’il assure la «connectivité» à l’Internet à ses abonnés. En pareil cas, la Cour serait appelée à décider si les activités du fournisseur d’accès Internet sont protégées par l’alinéa 2.4(1)(b). De fait, toutes les questions en litige dans la présente demande pourraient être soulevées dans le cadre d’un procès pour violation du droit d’auteur.

[87] Il est donc inexact de considérer comme relevant de la compétence exclusive de la Commission l’interprétation des dispositions de la *Loi sur le droit d’auteur* qui peuvent aussi être en cause dans un procès pour violation du droit d’auteur. Sur ces questions, la Commission et les tribunaux judiciaires occupent le même champ de compétence. Qui plus est, il n’y a aucune raison qui justifierait de conclure que le sens des dispositions performatives de la loi dépend de la question de savoir si la question en litige est soulevée dans le cadre d’une instance administrative portant sur la fixation d’une redevance ou dans celui d’une action en violation du droit d’auteur.

c) Incidences de la décision de la Commission sur les droits des parties

[88] En l’espèce, le caractère juridique «général» des questions que la Commission a tranchées comporte des éléments communs avec les incidences de la décision de la Commission sur les droits légaux des parties. Par conséquent, il convient d’examiner ce dernier aspect de l’analyse pragmatique ou fonctionnelle sous la rubrique générale de la nature des questions tranchées par la Commission.

[89] En premier lieu, bien que le règlement des questions juridiques soulevées dans l’affaire du *Tarif 22* présente incontestablement un intérêt commercial non négligeable pour les parties et pour les utilisateurs finaux de l’Internet, la nature des intérêts en jeu est surtout monétaire. On ne saurait prétendre que la décision que la Commission du droit d’auteur a rendue en l’espèce empiète sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels et qu’elle donne par conséquent lieu à un contrôle judiciaire moins rigoureux que, par exemple, les décisions rendues par les organismes

[90] Second, the impact of the Board's decisions on the parties' legal rights is limited. For example, a decision of the Board that a participant is not liable to pay a royalty, because its conduct is non-infringing, does not have a determinative impact on the legal rights of SOCAN and its members. For example, subject to the exercise of a court's discretion to apply the doctrine of estoppel (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460) a copyright owner may still sue for infringement, despite a determination by the Board in royalty tariff proceedings that the defendant has not engaged in an activity that is an exclusive right of a copyright owner.

[91] The limited life span of tariffs approved by the Board also serves to reduce the impact of the Board's decisions on the rights of the parties. Thus, Tariff 22 applies only to the years 1996 to 1998 inclusive. While the Board may be reluctant in proceedings relating to other years to reopen questions decided in Phase I of the *Tariff 22* proceedings, it is not necessarily bound by its earlier determinations. Indeed, it would be obliged by the duty of fairness to consider any new evidence that the parties wished to present to support a different conclusion on the application of the statute to the facts or, subject to the doctrine of *res judicata*, a new legal argument on a question of law that had not been settled by the courts.

[92] This is not to trivialize the adverse impact that the Board's decision in the case at bar may have on SOCAN's members. The regime for the collective administration of copyright through a royalty scheme administered by the Board is no doubt a much more attractive enforcement mechanism to most copyright owners than civil litigation by individuals for particular

chargés d'appliquer la législation en matière de droits de la personne ou du statut de réfugié.

[90] En second lieu, les incidences des décisions de la Commission sur les droits que la loi reconnaît aux parties sont limitées. Par exemple, une décision de la Commission suivant laquelle un participant n'est pas tenu de verser de redevances parce que ses activités ne portent pas atteinte au droit d'auteur n'a pas d'effet déterminant sur les droits légaux de la SOCAN et de ses membres. Sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que possède une cour de justice d'appliquer la doctrine de l'irrecevabilité (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460), le titulaire du droit d'auteur peut intenter une action en violation du droit d'auteur, même si la Commission a décidé dans le cadre d'une instance portant sur un tarif de redevances que le défendeur ne s'est livré à aucune activité qui appartient en exclusivité au titulaire du droit d'auteur.

[91] La durée de vie limitée des tarifs homologués par la Commission contribue par ailleurs à limiter la portée des décisions de la Commission sur les droits des parties. Ainsi, le tarif 22 ne s'applique qu'aux années 1996 à 1998 inclusivement. Bien que la Commission puisse hésiter dans le cadre d'une instance relative à d'autres années à revenir sur les questions qui ont été tranchées au cours de la phase I de l'instance relative au *Tarif 22*, elle n'est pas nécessairement liée par ses décisions antérieures. D'ailleurs, elle serait tenue, de par son obligation d'agir avec équité, d'examiner tous les nouveaux éléments de preuve que les parties désireraient lui soumettre pour l'amener à tirer une conclusion différente au sujet de l'application de la loi aux faits ou, sous réserve du principe de l'autorité de la chose jugée, de présenter un nouveau moyen de droit sur une question de droit qui n'a pas encore été tranchée par les tribunaux.

[92] Il ne s'agit pas de banaliser les incidences négatives qu'une décision de la Commission pourrait avoir en l'espèce sur les membres de la SOCAN. Le régime de gestion collective du droit d'auteur par l'entremise du système de redevances régi par la Commission est sans doute un mécanisme d'application de la loi beaucoup plus alléchant pour la plupart des

acts of infringement. If SOCAN were unable to impose liability on either Internet access providers or operators of host servers to pay a royalty for the transmission of infringing material, its members' financial interests could be adversely affected to a significant degree.

[93] Thus, neither the nature of the rights affected by the Board's decision, nor the seriousness of its impact on them, indicates that the Court should review the Board's legal determinations on a standard of correctness.

(iii) Access to judicial review

[94] The Copyright Board's decisions are neither protected by any kind of preclusive clause, nor subject to a right of appeal. Rather, the Board is within the supervisory jurisdiction of this Court by virtue of paragraph 28(1)(j) of the *Federal Court Act* and, as a result of subsection 28(2), its decisions are reviewable on all the grounds listed in subsection 18.1(4). That the Court may set aside the decision of a tribunal in judicial review proceedings for error of law does not, of course, necessarily mean that the Court should decide whether the tribunal has erred in law by applying a standard of correctness to the tribunal's determinations of questions of law.

[95] Given the diminution of the distinctions between rights of appeal on questions of law and applications for judicial review that are not limited by a preclusive clause, I cannot regard the absence of an express statutory provision in the *Copyright Act* governing access to the Court as anything more than a weak indicator of Parliament's intention that the Court should show restraint when reviewing the Board's decisions.

titulaires de droit d'auteur qu'un procès au civil intenté par un particulier pour des actes déterminés constituant une violation du droit d'auteur. Si la SOCAN n'était pas en mesure d'obliger les fournisseurs d'accès Internet ou les exploitants de serveurs hôte à verser des redevances pour la diffusion d'œuvres qui violent le droit d'auteur, les intérêts financiers de ses membres pourraient en souffrir grandement.

[93] Ainsi, ni la nature des droits visés par la décision de la Commission, ni la gravité de ses incidences sur les droits en question ne permettent de penser que la Cour devrait procéder au contrôle judiciaire des décisions rendues par la Commission sur des points de droit en fonction de la norme de la décision correcte.

(iii) Ouverture au contrôle judiciaire

[94] Les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont protégées par aucun genre de clause limitative de recours et elles ne sont assujetties à aucun droit d'appel. La Commission relève plutôt du pouvoir de contrôle de notre Cour en vertu de l'alinéa 28(1)j) de la *Loi sur la Cour fédérale* et, aux termes du paragraphe 28(2), ses décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire pour l'un ou l'autre des motifs énumérés au paragraphe 18.1(4). Le fait qu'il soit loisible à la Cour d'annuler la décision d'un tribunal administratif dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire pour cause d'erreur de droit ne signifie évidemment pas nécessairement que la Cour devrait décider si le tribunal administratif a commis une erreur de droit en appliquant la norme de la décision correcte aux décisions que le tribunal administratif a rendues sur des questions de droit.

[95] Compte tenu de l'émoussement des distinctions entre les droits d'appel sur des questions de droit et les demandes de contrôle judiciaire qui ne sont pas limitées par des clauses limitatives de recours, je ne puis considérer l'absence, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, de disposition législative expresse régissant l'accès à la Cour comme autre chose qu'un faible indice de la volonté du législateur fédéral que la Cour fasse preuve de réserve lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission.



(iv) Conclusions

[96] If an administrative agency's enabling statute contains neither a right of appeal on the one hand nor, on the other, a strong preclusive clause, reasonableness appears increasingly to be the "default" standard applied by the courts when reviewing the interpretation and application of its constitutive legislation by a specialist, independent administrative agency with a participatory procedure. Given that the Copyright Board broadly fits this description, has legal expertise and renders decisions that have a limited impact on legal rights of an economic nature, the question is whether there are reasons to apply a standard other than unreasonableness to the Board's determination of the questions under review.

[97] Parliament's decision to entrust both the Board and the courts with responsibility for interpreting the same provisions of the *Copyright Act*, admittedly in the context of different proceedings, refutes the claim that these issues are within the unique expertise of the Board, even when they arise in the course of a proceeding in the exclusive jurisdiction of the Board. In other words, on a comparison of the respective expertise of the Board and the Court, it cannot be said that the Board's claim is superior. Courts in general, and the Federal Court in particular, have a long history in the law of copyright, and the questions of interpretation in dispute in this case are squarely within the domain of the judiciary.

[98] The heart of the Board's expertise is in the administration of those provisions of the *Copyright Act* pertaining to the setting and allocation of royalties. While necessary for enabling the Board to perform that function, its decisions defining activities that infringe copyright have implications that "stray from the core expertise of the tribunal": *Pushpanathan, supra*, at paragraph 38.

(iv) Conclusions

[96] Si la loi habilitante d'un organisme administratif ne comporte ni de droit d'appel ni de solide clause limitative de recours, il semble que la norme de la décision raisonnable constitue de plus en plus la norme que les cours de justice appliquent «par défaut» lorsqu'elles procèdent au contrôle judiciaire de l'interprétation et de l'application de sa loi habilitante par un organisme administratif indépendant spécialisé qui est doté d'une procédure participative. Compte tenu du fait que la Commission du droit d'auteur répond de façon générale à cette définition, qu'elle possède une compétence juridique spécialisée et qu'elle rend des décisions qui ont des incidences limitées sur les droits légaux de nature économique, la question qu'il nous reste à trancher est celle de savoir s'il existe des raisons d'appliquer une autre norme que celle du caractère déraisonnable aux conclusions que la Commission a tirées au sujet des questions faisant l'objet du présent contrôle judiciaire.

[97] La décision du législateur de confier tant à la Commission qu'aux cours de justice la charge d'interpréter les mêmes dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, dans le contexte d'une instance différente, il est vrai, permet de réfuter l'argument que ces questions relèvent de la compétence spécialisée unique de la Commission, même lorsqu'elles sont soulevées dans le cadre d'une instance qui relève de la compétence exclusive de la Commission. En d'autres termes, si l'on compare la compétence spécialisée de la Commission et celle de la Cour, on ne peut prétendre que celle de la Commission est supérieure. Les cours de justice en général, et la Cour fédérale en particulier, rendent depuis longtemps des décisions en matière de droit d'auteur et les questions d'interprétation en litige en l'espèce relèvent de toute évidence de la compétence des tribunaux judiciaires.

[98] L'essence de la compétence spécialisée de la Commission se situe dans l'application des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui ont trait à l'établissement et au calcul des redevances. Bien qu'elles soient nécessaires pour lui permettre de remplir cette fonction, les décisions par lesquelles la Commission définit les activités qui constituent une violation du droit d'auteur ont des répercussions qui

«s'écarter du domaine d'expertise fondamental du tribunal» (*Pushpanathan*, précité, au paragraphe 38).

[99] Further, it could be inefficient for the Court not to decide for itself the issues of interpretation in dispute here, because the Court might have to determine them for itself if they subsequently arose in infringement proceedings. Why should the Court duck issues when they are presented in judicial review proceedings and leave them to be litigated in infringement proceedings? Why not decide them now, rather than later? Limiting the intensity of judicial review in the interests of expeditious decision-making in this context does not seem an adequate reason to adopt a less searching standard of review than correctness. Royalty-setting proceedings tend to be complex and time-consuming, and participants typically have considerable financial resources at their disposal.

[100] The standard of review in respect of questions that could arise for decision in proceedings before either an administrative tribunal or a court has also been considered in connection with the scheme created by the Ontario *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, sections 279 [as am. by S.O. 1993, c. 10, ss. 1, 32; 1996, c. 31, s. 34], 280 [as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 1; 1996, c. 21, s. 35], 281 [as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 1; 1996, c. 21, s. 37], 282 [as am. by S.O. 1993, c. 10, ss. 1, 33; 1996, c. 21, s. 38], 283 [as am. by S.O. 1993, c. 10, s. 34; 1996, c. 21, s. 39], for the administration of statutory insurance benefits for those who have sustained personal injuries in automobile accidents. After compulsory mediation, the parties may choose to proceed before either a court or an arbitrator, or a question of law may be stated to the court.

[101] The question of interest for present purposes arising from this scheme is the standard of review applied on an appeal of a decision by an arbitrator, bearing in mind that, if the parties had chosen to go

[99] De plus, il pourrait s'avérer inefficace pour la Cour de ne pas se prononcer elle-même sur les questions d'interprétation en litige en l'espèce, parce que la Cour pourrait avoir à décider elle-même si ces questions ont par la suite été soulevées dans une instance en violation du droit d'auteur. Pourquoi la Cour devrait-elle éluder des questions lorsqu'elles sont formulées dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire et permettre qu'elles soient débattues dans le cadre d'une instance portant sur la violation du droit d'auteur? Pourquoi ne pas les trancher dès maintenant au lieu d'attendre à plus tard? Limiter l'intensité du contrôle judiciaire pour favoriser une prise de décision accélérée dans ce contexte ne semble pas être une raison suffisante d'adopter une norme de contrôle moins exigeante que celle de la décision correcte. Les instances en fixation de redevances ont tendance à être complexes et à nécessiter beaucoup de temps, et dans la plupart des cas, ceux qui participent à ces instances disposent de moyens financiers considérables.

[100] La norme de contrôle applicable dans le cas des questions susceptibles d'être tranchées dans le cadre d'une instance introduite devant un tribunal administratif ou une cour de justice a également été examinée en fonction du régime créé par la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. I.8, articles 279 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1, 32; 1996, ch. 31, art. 34], 280 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1; 1996, ch. 21, art. 35], 281 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1; 1996, ch. 21, art. 37], 282 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 1, 33; 1996, ch. 21, art. 38], 283 [mod. par L.O. 1993, ch. 10, art. 34, 1996, ch. 21, art. 39], pour l'administration des prestations d'assurance accordées par la loi aux personnes ayant subi des lésions corporelles lors d'un accident d'automobile. Après avoir recouru à la médiation obligatoire, les parties peuvent choisir de s'adresser au tribunal ou à un arbitre ou elles peuvent soumettre une question de droit au tribunal.

[101] La question qui nous intéresse en l'espèce relativement à ce régime est la norme de contrôle qui s'applique dans le cas de l'appel de la décision d'un arbitre, en tenant compte du fait que, si les parties

directly to court, or a question of law had been stated, the applicable standard would have been correctness. Although some cases go the other way (see, in particular, *Federation Insurance Co. of Canada v. Vineski* (1997), 48 C.C.L.I. (2d) 102 (Ont. Div. Ct.)), the weight of authority favours correctness as the standard for reviewing legal determinations of arbitrators under the *Insurance Act*.

[102] Thus, in *Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1998] O.J. No. 6459 (Div. Ct.) (QL), March 31, 1998, unreported; leave to appeal refused, [1998] O.J. No. 2872 (C.A.) (QL), O’Leary J. stated in the endorsement (at paragraph 5):

While the Director’s Delegate came to the correct decision as to the limitation period created by Section 281(5) we feel it important to note had he reached the wrong decision, such decision would not have been protected by curial deference. The Legislature gave an injured insured the choice of pursuing a benefits claim in either the court or by arbitration under the *Insurance Act*. The Legislature could not have intended that the limitation provision set out in Section 281(5) could vary dependent on where the claim was made. The court in interpreting the limitation provision is restricted to a standard of correctness. For consistency and fairness the Ontario Insurance Commission must be bound by the same standard. [Emphasis added.]

[103] This reasoning was followed in *H’ng v. Allstate Insurance Co. of Canada* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 252 (Ont. Div. Ct.). Further, in *Luu v. Zurich Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 807 (Div. Ct.), Saunders J., without expressing a definitive view, said (at pages 809-810) that the interests of consistency favoured the correctness standard. While the Court of Appeal reversed and upheld the arbitrator’s decision, it did so “[w]hether the standard of review is patent unreasonableness or correctness”: (1999), 43 O.R. (3d) 484 (C.A.), *per* Finlayson J.A., at paragraph 1.

avaient choisi de s’adresser directement au tribunal, ou si une question avait été soumise au tribunal, la norme applicable aurait été celle de la décision correcte. Bien que certaines décisions aillent dans le sens contraire (voir, en particulier, le jugement *Federation Insurance Co. of Canada v. Vineski* (1997), 48 C.C.L.I. (2d) 102 (C. div. Ont.)), la jurisprudence prépondérante favorise la norme de la décision correcte comme norme de contrôle judiciaire des décisions rendues sur un point de droit par un arbitre en vertu de la *Loi sur les assurances*.

[102] Ainsi, dans le jugement *Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1998] O.J. n° 6459 (C. div.) (QL), 31 mars 1998, non publié; autorisation d’appel refusée à [1998] O.J. n° 2872 (C.A.) (QL), le juge O’Leary a déclaré, dans son jugement, au paragraphe 5:

[TRADUCTION] Bien que le délégué du directeur en soit venu à la bonne décision en ce qui concerne le délai de prescription créé par le paragraphe 281(5) nous tenons à signaler que, s’il n’avait pris la bonne décision, celle-ci n’aurait pas été protégée par le principe de la retenue judiciaire. Le législateur a offert à l’assuré le choix de présenter sa demande d’indemnité au tribunal ou à l’arbitre en vertu de la *Loi sur les assurances*. Le législateur ne pouvait avoir l’intention de permettre au délai de prescription prévu au paragraphe 281(5) de changer selon le lieu où la demande d’indemnisation est présentée. Lorsqu’il interprète la disposition créant le délai de prescription, le tribunal est limité à la norme de la décision correcte. Pour des raisons d’uniformité et d’équité, la Commission des assurances de l’Ontario doit être assujettie à la même norme. [Non souligné dans l’original.]

[103] Ce raisonnement a été suivi dans l’affaire *H’ng v. Allstate Insurance Co. of Canada* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 252 (C. div. Ont.). De plus, dans l’affaire *Luu c. Zurich Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 807 (C. div.), le juge Saunders, sans exprimer d’opinion définitive sur le sujet, a déclaré (aux pages 809 et 810) que, pour des raisons d’uniformité, il y a lieu de retenir la norme de la décision correcte. Il est vrai que la Cour d’appel a infirmé ce jugement et qu’elle a confirmé la sentence de l’arbitre, mais elle a ajouté qu’elle le faisait [TRADUCTION] «indépendamment du fait que la norme de contrôle soit celle de la décision manifestement déraisonnable ou celle de la décision correcte» (1999), 43 O.R. (3d) 484 (C.A.), le juge Finlayson, au paragraphe 1.

[104] In my opinion, the scale is tipped decisively in favour of correctness review by the fact that the Copyright Board's interpretation of provisions of the *Copyright Act* in dispute here is not within its exclusive domain, but may arise in court proceedings other than judicial review applications. This is both because the Board's expertise on these issues cannot be said to be greater than the Court's and because, in the context of the administration of this statute, judicial deference is unlikely to serve the interests of consistency, adjudicative efficiency and economy.

[105] Accordingly, in my respectful opinion, the Court was wrong in *AVS, supra*, to prescribe patent unreasonableness as the standard of review applicable to the Board's interpretation of those provisions of the *Copyright Act* that are not within the Board's exclusive domain. Taken as a whole, the scheme of the *Copyright Act* indicates that, on an application for judicial review, the Court should apply a standard of correctness to the Board's interpretation of those provisions of the *Copyright Act* that could also be the subject of infringement proceedings in the courts.

[106] Hence, this application for judicial review may be allowed for error of law if SOCAN establishes that the Board was wrong to hold that, by virtue of paragraph 2.4(1)(b), the core activities of Internet intermediaries do not constitute the communication of transmitted material. The same is also true of the Board's conclusion that the territorial reach of the *Copyright Act* does not extend to communications by telecommunication that are transmitted from host servers outside Canada.

[107] On the other hand, issues of statutory application to the facts as found are better left to the

[104] À mon avis, le fait que l'interprétation que la Commission du droit d'auteur a donnée des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* en litige ne relève pas de son domaine de compétence exclusif mais qu'elle puisse se faire dans une instance judiciaire autre qu'une instance en contrôle judiciaire fait décidément pencher la balance en faveur de la norme de contrôle judiciaire axée sur le bien-fondé de la décision (ou norme de la décision correcte) et ce, parce qu'on ne saurait prétendre que la compétence spécialisée de la Commission sur ces questions est plus grande que celle de la Cour et parce que, dans le contexte de l'application de la présente loi, il est peu probable que la réserve judiciaire favorise l'uniformité de même que l'efficacité et l'économie des ressources judiciaires.

[105] En conséquence, à mon humble avis, la Cour a eu tort, dans l'arrêt *AVS*, précité, de prescrire la norme de la décision manifestement déraisonnable comme norme de contrôle à appliquer dans le cas de l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui ne relèvent pas du domaine de compétence exclusif de la Commission. Dans l'ensemble, il ressort de l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur* que, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour devrait appliquer la norme de la décision correcte à l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui pourraient également donner ouverture à une action en violation du droit d'auteur devant les tribunaux judiciaires.

[106] La présente demande de contrôle judiciaire peut donc être accueillie au motif qu'une erreur de droit a été commise si la SOCAN démontre que la Commission a eu tort de conclure qu'aux termes de l'alinéa 2.4(1)b), les principales activités des intermédiaires Internet ne constituent pas une communication de données transmises. Il en va de même pour la conclusion de la Commission suivant laquelle la portée territoriale de la *Loi sur le droit d'auteur* ne s'étend pas aux communications par télécommunication qui sont transmises à partir de serveurs hôte situés à l'extérieur du Canada.

[107] En revanche, il est préférable de laisser à la Commission le soin de se prononcer sur les questions

Board and made subject to a more deferential standard of review. The application of the Act to any given case must be decided, as the Board did, in light of the evidence relating to such matters as whether it is practicable for operators of host servers to monitor and intercept material requested by or sent to end users. The absence of a preclusive clause, as well as the legal component of the decision to be made, persuade me that simple unreasonableness, rather than patent unreasonableness, is the appropriate standard of review of the Board's decision in this case, in so far as it essentially involves the application, rather than the interpretation of the statute.

Issue 2: Did the Board err in law in its interpretation of paragraph 2.4(1)(b) of the Copyright Act?

[108] Regardless of the particular medium involved, communications to the public by telecommunication are governed in Canada by relatively short and apparently simple provisions of the *Copyright Act*. In contrast, in the United States, detailed legislation has been enacted to deal specifically with the liability of Internet intermediaries: see the *Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. §512 (1998).

[109] Paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* does not define the words, "communicate . . . by telecommunication". However, a negative definition is found in paragraph 2.4(1)(b) of the definitional section of the Act. Its effect is to exclude from paragraph 3(1)(f) conduct by intermediaries that might otherwise have constituted communication by telecommunication.

[110] Accordingly, whether the typical activities of Internet access providers and host server operators constitute communication by telecommunication depends on the interpretation of paragraph 2.4(1)(b) which, for convenience, I set out again:

relatives à l'application de la loi aux faits et de les assujettir à une norme de contrôle judiciaire qui appelle une plus grande retenue. Il faut décider si la Loi s'applique à un cas déterminé, comme la Commission l'a fait, en fonction des éléments de preuve relatifs à ces questions pour savoir s'il est possible pour les exploitants de serveurs hôte de contrôler et d'intercepter l'information demandée par les utilisateurs finaux ou envoyée à ces derniers. L'absence de clause limitative de recours, de même que l'aspect juridique de la décision à rendre me convainquent que la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en l'espèce à la décision de la Commission est celle de la décision simplement déraisonnable, plutôt que celle de la décision manifestement déraisonnable, dans la mesure où cette décision porte essentiellement sur l'application de la loi plutôt que sur son interprétation.

Question 2: La Commission a-t-elle commis une erreur de droit dans son interprétation de l'alinéa 2.4(1)(b) de la Loi sur le droit d'auteur?

[108] Indépendamment du moyen employé, les communications au public par télécommunication sont régies au Canada par des dispositions relativement laconiques et en apparence simples de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par contraste, aux États-Unis, des dispositions législatives détaillées ont été édictées pour traiter expressément des obligations des intermédiaires Internet (voir la *Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. §512 (1998)).

[109] L'alinéa 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne définit pas les mots «communiquer [. . .] par télécommunication». On trouve cependant une définition négative à l'alinéa 2.4(1)(b) de l'article de la Loi consacré aux définitions. Cet alinéa a pour effet de soustraire à l'application de l'alinéa 3(1)(f) les activités des intermédiaires qui auraient autrement pu constituer des communications par télécommunication.

[110] En conséquence, la réponse à la question de savoir si les activités habituelles des fournisseurs d'accès Internet et des exploitants de serveurs hôtes constituent des communications par télécommunication dépend de l'interprétation de l'alinéa 2.4(1)(b) que, par souci de commodité, je reproduis à nouveau:

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

...

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public; and [Underlining added.]

[111] Hence, three things must be established for an intermediary's activity to fall within paragraph 2.4(1)(b), and thus not to attract liability for infringing copyright by communicating a work to the public by telecommunication. First, the intermediary's activities must amount to the provision of "the means of telecommunication"; second, these means must be "necessary" for enabling another person to communicate a work to the public; and third, the activities in question must constitute the intermediary's "only act" with respect to the communication. I shall deal in turn with each element of this definition.

(i) "means of telecommunication"

[112] SOCAN submits that the Copyright Board erred in law when it held that the core activities of operators of host servers and Internet access providers do not constitute the communication by telecommunication of material transmitted to end users within paragraph 3(1)(f) of the Act. More particularly, SOCAN argues, these Internet intermediaries cannot rely on paragraph 2.4(1)(b) as a defence, because the phrase, "the means of telecommunication", cannot include the kind of services and active equipment that they provide.

[113] The principal difficulty with SOCAN's position is it that it requires the Court to read into paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* words that are not there, namely, "physical", or "facilities", when Parliament has used the more expansive and unmodified word, "means". It is not evident from either the language of the paragraph, or its underlying rationale, why those who supply the equipment and services that are necessary to enable others to access music on the

2.4 (1) Les règles qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication:

[. . .]

b) n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue; [Non souligné dans l'original.]

[111] Il faut donc trois conditions pour que l'activité d'un intermédiaire tombe sous le coup de l'alinéa 2.4(1)(b) et ne rende pas cet intermédiaire responsable de la violation du droit d'auteur pour avoir communiqué une œuvre au public par télécommunication. En premier lieu, les activités de l'intermédiaire doivent équivaloir à la fourniture des «moyens de télécommunication»; deuxièmement, ces moyens doivent être «nécessaires» pour permettre à un tiers de communiquer une œuvre au public et troisièmement, les activités en question doivent constituer la seule chose que l'intermédiaire fait relativement à la communication («ne fait que»). Je vais examiner à tour de rôle chacun des éléments de cette définition.

(i) «Moyens de télécommunication»

[112] La SOCAN affirme que la Commission du droit d'auteur a commis une erreur de droit en statuant que les activités principales des exploitants de serveurs hôtes et des fournisseurs d'accès Internet ne constituent pas une communication d'œuvres par télécommunication à des utilisateurs finaux au sens de l'alinéa 3(1)(f) de la Loi. Plus particulièrement, la SOCAN explique que ces intermédiaires Internet ne peuvent invoquer l'alinéa 2.4(1)(b) en défense, parce que l'expression «les moyens de télécommunication» ne sauraient englober le genre de services et d'équipement actif qu'ils fournissent.

[113] La principale difficulté que soulève la thèse de la SOCAN est le fait qu'elle oblige la Cour à interpoler dans le libellé de l'alinéa 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur* des mots qui ne s'y trouvent pas, à savoir «installations» et «matérielles», alors que le législateur a employé un terme plus large et général, en l'occurrence «moyens». Ni le libellé de cet alinéa ni sa raison d'être sous-jacente ne permettent de savoir avec certitude pourquoi ceux qui fournissent l'équipement et

Internet do not thereby provide the means of telecommunication necessary for the content provider to communicate the music to end users.

[114] Nonetheless, SOCAN makes two submissions in support of its argument that, properly interpreted, paragraph 2.4(1)(b) cannot include equipment and services of the kind provided by Internet intermediaries.

[115] First, it complains that the Board dealt directly with the interpretation of paragraph 2.4(1)(b) without first determining whether, but for that paragraph, the typical activities of operators of host servers and Internet access providers would amount to the communication of music to the public by telecommunication under paragraph 3(1)(f). Counsel for SOCAN argued that the Board was required to take this step because, if it found that these Internet intermediaries were communicating in breach of paragraph 3(1)(f), it was bound to interpret paragraph 2.4(1)(b) narrowly, since it is a statutory exemption from liability for those whose activities would otherwise be an infringement of copyright.

[116] I do not agree. Paragraph 2.4(1)(b) is in my view simply part of the definition of the phrase “communicating by telecommunication”, and is intended to clarify what might otherwise be an uncertainty about the scope of the word “communicate”. Even without this paragraph, it could have been argued that the word “communicate” implicitly excludes merely enabling another to communicate. That paragraph 2.4(1)(b) should be regarded as definitional, rather than as an exemption, is also suggested by its location in the definitions section of the *Copyright Act*. Hence, paragraph 2.4(1)(b) should not be given a narrow interpretation as an exemption from liability for copyright infringement.

les services nécessaires pour permettre à d'autres personnes d'accéder à de la musique sur Internet ne fournissent pas ainsi les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre au fournisseur de contenu de communiquer la musique en question aux utilisateurs finaux.

[114] Quoi qu'il en soit, la SOCAN fait valoir deux moyens à l'appui de sa thèse que, s'il est interprété correctement, l'alinéa 2.4(1)b ne peut inclure des installations et de services comme ceux que fournissent les intermédiaires Internet.

[115] En premier lieu, elle reproche à la Commission de s'être attaquée directement à l'interprétation de l'alinéa 2.4(1)b sans avoir d'abord déterminé si, sans cet alinéa, les activités habituelles des exploitants de serveurs hôtes et des fournisseurs d'accès Internet constituent une communication d'œuvres musicales au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f). L'avocat de la SOCAN soutient que la Commission devait d'abord franchir cette étape préliminaire parce que, si elle concluait que les intermédiaires Internet en question communiquaient de l'information en contravention de l'alinéa 3(1)f), elle était tenue d'interpréter étroitement l'alinéa 2.4(1)b, étant donné que cette disposition dispense du versement de redevances les personnes dont les activités constitueraient autrement une violation du droit d'auteur.

[116] Je ne suis pas de cet avis. L'alinéa 2.4(1)b fait à mon avis tout simplement partie de la définition de l'expression «communiquer par télécommunication» et il vise à clarifier l'incertitude qui pourrait autrement exister au sujet de la portée du mot «communiquer». Même si cet alinéa n'existait pas, on aurait pu soutenir que le mot «communiquer» exclut implicitement le fait de simplement fournir à quelqu'un les moyens de communiquer. Le fait que l'alinéa 2.4(1)b devrait être considéré comme un article de définition plutôt que comme une disposition d'exemption ressort également du fait qu'il se retrouve dans l'article des définitions de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'alinéa 2.4(1)b ne devrait donc pas recevoir une interprétation étroite et il ne devrait pas être considéré comme accordant une exonération de responsabilité pour violation du droit d'auteur.

[117] In any event, even if paragraph 2.4(1)(b) were properly regarded as an exemption from the liability imposed by paragraph 3(1)(f), it would still not be justifiable to substitute the narrower word “facilities” for the broader word “means”, or to read into paragraph 2.4(1)(b) the adjective “physical” as a modifier of the noun “means”.

[118] Counsel for SOCAN argued that, since the underlying purpose of copyright legislation is to provide authors and artists with a legal protection that did not exist at common law, any limitations on the right should be construed narrowly. However, in my opinion, the existence of this purpose does not justify interpreting a statutory provision in a way that is inconsistent with the language in which it is couched. As McLachlin J. (as she then was) said in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at page 480, a case that also concerned the meaning of a provision of the *Copyright Act*, “[t]he interpretation of a statute must always begin with the ordinary meaning of the words used”.

[119] In any event, although originally enacted to provide a statutory protection to intellectual property rights that the common law did not recognize, the *Copyright Act* is not concerned exclusively with advancing the interests of writers, composers, artists and other creative people. As Binnie J. said in *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.* (2002), 210 D.L.R. (4th) 385 (S.C.C.), at paragraph 30:

The *Copyright Act* is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator (or, more accurately, to prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated).

Hence, its provisions should be interpreted with an eye to striking an appropriate balance between these competing interests.

[117] En tout état de cause, même si l’alinéa 2.4(1)(b) pouvait à juste titre être considéré comme une disposition d’exonération de la responsabilité imposée par l’alinéa 3(1)(f), on ne serait quand même pas justifié de remplacer le mot «installations», qui a un sens plus étroit, par le terme plus large «moyens» ou d’interpoler dans l’alinéa 2.4(1)(b) l’adjectif «matériels» qui modifierait le substantif «moyens».

[118] L’avocat de la SOCAN affirme que, comme l’objet essentiel de la législation sur le droit d’auteur est d’offrir aux auteurs et aux artistes une protection juridique qui n’existe pas en common law, toute restriction apportée à ce droit devrait être interprétée de façon restrictive. J’estime toutefois que l’existence de cet objet ne justifie pas d’interpréter des dispositions législatives d’une manière qui soit incompatible avec leur libellé. Ainsi que le juge McLachlin (qui n’était pas encore juge en chef) l’a fait remarquer, à la page 480, de l’arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, qui portait aussi sur le sens d’une disposition de la *Loi sur le droit d’auteur*: «[l]’interprétation des lois doit toujours commencer par le sens ordinaire des mots employés».

[119] En tout état de cause, bien qu’elle ait été à l’origine adoptée pour accorder une protection légale aux droits en matière de propriété intellectuelle que la common law ne reconnaissait pas, la *Loi sur le droit d’auteur* ne vise pas exclusivement à défendre les intérêts des auteurs, compositeurs, artistes et autres créateurs. Comme le juge Binnie l’a expliqué dans l’arrêt *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.* (2002), 210 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.), au paragraphe 30:

La *Loi [sur le droit d’auteur]* est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l’assurance que personne d’autre que le créateur ne pourra s’approprier les bénéfices qui pourraient être générés).

Ses dispositions devraient donc être examinées dans le but d’essayer de trouver un juste équilibre entre ces intérêts divergents.



[120] Second, counsel for SOCAN submitted that paragraph 2.4(1)(b) should be interpreted in light of the fact that it was intended to protect traditional common carriers from liability for the content of the communications that they transmitted. The services and facilities provided by Internet intermediaries are quite unlike the purely passive physical facilities provided by traditional common carriers, such as poles, cables and wires. On the other hand, he was prepared to concede that routers, the “backbone” or infrastructure of the Internet, were analogous to the physical means of telecommunication that paragraph 2.4(1)(b) was intended to cover. Further, counsel argued, operators of host servers and Internet access providers are in the business of selling their services to subscribers. Knowledge of the content available on the Internet, including “free” music, and of end users’ interest in accessing it, are powerful inducements for end users to sign up with access providers, and content providers with operators of host servers.

[121] There may well be differences between the equipment and services provided by Internet service providers and the physical telecommunications equipment typically associated with traditional common carriers. However, the question is whether the differences are legally relevant in this context.

[122] No doubt, SOCAN is correct to argue that paragraph 2.4(1)(b) was inserted with traditional common carriers in mind. However, this is because, when the paragraph was added to the Act in 1997, the potential of the Internet as a medium for the transmission of music and other copyright works was not fully appreciated. Where its language and underlying rationale permit, legislation should be interpreted in a way that takes account of technological developments.

[120] En deuxième lieu, l’avocat de la SOCAN soutient que l’alinéa 2.4(1)b) devrait être interprété en tenant compte du fait qu’il vise à exonérer les entreprises de télécommunications traditionnelles de toute responsabilité en ce qui concerne le contenu des communications qu’ils transmettent. Il est très peu probable que les intermédiaires Internet fournissent des services et des installations matérielles purement passives comme celles que fournissent les entreprises de télécommunications traditionnelles, tels que des poteaux, des câbles et des fils. En revanche, l’avocat de la SOCAN est prêt à admettre que les routeurs, qui constituent la «dorsale» ou l’infrastructure de base de l’Internet, sont analogues aux moyens matériels de télécommunication que l’alinéa 2.4(1)b) est censé viser. L’avocat de la SOCAN soutient en outre que les activités des exploitants de serveurs hôtes et des fournisseurs d’accès Internet consistent à vendre leurs services à des abonnés. Le fait de connaître le contenu de l’information diffusée sur Internet, et notamment des œuvres musicales «gratuites» et d’être au courant de l’intérêt des utilisateurs finaux à y accéder constituent des éléments qui sont susceptibles d’inciter fortement les utilisateurs finaux à s’abonner auprès des fournisseurs d’accès et d’encourager les fournisseurs de contenus à s’abonner auprès des exploitants de serveurs hôtes.

[121] Il peut fort bien exister des différences entre l’équipement et les services offerts par les fournisseurs de service Internet et les installations matérielles de télécommunications qu’on associe généralement aux entreprises de télécommunications traditionnelles. Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si ces différences sont pertinentes sur le plan juridique dans ce contexte.

[122] Certes, la SOCAN a raison d’affirmer que le législateur a inséré l’alinéa 2.4(1)b) dans la Loi en pensant aux entreprises de télécommunications traditionnelles. Cette situation s’explique toutefois par le fait que, lorsque cet alinéa a été inséré dans la Loi en 1997, on ne saisissait pas encore pleinement le potentiel de l’Internet en tant que moyen de diffusion d’œuvres musicales et d’autres œuvres protégées par le droit d’auteur. Lorsque son libellé et son objet fondamental le permettent, un texte de loi devrait être interprété de manière à tenir compte des progrès technologiques.

[123] For their part, Internet service providers claim that the services and equipment that they provide to enable individuals to make available, and to obtain access to, material on the Internet, are like the traditional physical facilities necessary for other forms of telecommunication. In particular, the role of Internet intermediaries is passive, because they do not have the practical capacity to exercise control over the content of the material that is transmitted. Consequently, their activities should be regarded as constituting only the means of telecommunication.

[124] In my opinion, the Board was correct to conclude that the word “means” is capable of describing a much wider range of services and equipment than those provided by traditional common carriers. Accordingly, it should not be given the narrow interpretation urged by SOCAN. An important indicator that a person is providing the means to enable others to communicate by telecommunication is that the person lacks the practical ability to control and monitor content, and hence plays only a passive role in the communication.

[125] Having correctly directed itself in law that paragraph 2.4(1)(b) requires it to have regard to the issue of passivity, the Board had to decide on the evidence before it whether the equipment and services typically supplied by operators of host servers and Internet access providers have a sufficiently passive role in the transmission of data that their only act is to provide the means of enabling others to communicate by telecommunication. Since the Board’s determination of this issue is specific to these parties and to this proceeding, it falls at the statute-application end of the spectrum and, hence, is reviewable only for unreasonableness.

[123] Pour leur part, les fournisseurs de services Internet soutiennent que les services et l’équipement qu’ils fournissent pour permettre à des personnes de rendre du contenu disponible sur l’Internet et d’y accéder sont analogues aux installations matérielles traditionnelles nécessaires aux autres formes de télécommunication. Ils affirment en particulier que le rôle des intermédiaires Internet est passif, parce qu’ils n’ont pas la capacité pratique nécessaire pour exercer un contrôle sur le contenu de l’information qui est diffusée. En conséquence, leurs activités devraient être considérées comme constituant uniquement des moyens de télécommunication.

[124] À mon avis, c’est à bon droit que la Commission a conclu que le terme «moyens» est susceptible de désigner une gamme de services et d’équipements plus vaste que ceux que fournissent les entreprises de télécommunications traditionnelles. En conséquence, on ne doit pas donner à ce terme l’interprétation étroite que préconise la SOCAN. Un indice révélateur qui permet de conclure qu’une personne fournit les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à d’autres personnes de communiquer par télécommunication est le fait que l’intéressé ne dispose pas des moyens techniques pour exercer un contrôle sur le contenu qui est diffusé et qu’il ne joue donc qu’un rôle passif dans la communication.

[125] Ayant jugé à bon droit que l’alinéa 2.4(1)b) l’obligeait à tenir compte de la question de la passivité, la Commission devait ensuite décider, à la lumière des éléments de preuve portés à sa connaissance, si l’équipement et les services habituellement fournis par les exploitants des serveurs hôtes et les fournisseurs d’accès Internet jouent un rôle suffisamment passif dans la transmission des données pour que leur seule fonction consiste à fournir les moyens nécessaires pour permettre à d’autres personnes de communiquer par télécommunication. Comme la décision que la Commission a rendue sur cette question est une décision d’espèce qui ne vaut que pour les parties en présence, elle s’apparente à une question d’application de la loi et est par conséquent susceptible de faire l’objet d’un contrôle judiciaire uniquement en fonction de la norme du caractère raisonnable.

## (ii) “necessary”

[126] Like Parliament, the Board did not define when an activity constitutes the means necessary for enabling a work to be communicated by another person. However, in its reasons for decision (*supra*, at page 452), the Board did state:

. . . an Internet intermediary is not precluded from relying on paragraph 2.4(1)(b) simply because it provides services that are ancillary to providing the means of communication or because it performs certain steps or procedures (such as caching) to improve performance.

[127] The question is whether the Board misinterpreted “necessary” when it held that it extended to an activity that merely improves the quality of Internet communication. A cursory examination of some dictionaries reveals that “necessary” has a range of meanings.

[128] For example, *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Oxford: Clarendon Press, 1993) reports only a relatively strict meaning of “necessary”; the synonyms given include, that which is “indispensable”, “requisite” or “essential”. However, *Black’s Law Dictionary*, 6th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990) states that the word, “necessary”, “must be considered in the connection in which it is used, as it is a word susceptible of various meanings”, ranging from “absolute physical necessity” to “reasonably useful” and “of greater or lesser benefit or convenience”. Since Black’s is concerned to provide the meanings of words when used in legal contexts, it might be thought particularly persuasive. However, the entry for “necessary” has disappeared from the seventh edition, published in 1999.

[129] The equivalent word in the French text of paragraph 2.4(1)(b) is “nécessaires”. The synonyms for “nécessaire” given by *Le Nouveau Petit Robert*:

## (ii) «Nécessaires»

[126] À l’instar du législateur fédéral, la Commission n’a pas précisé les cas dans lesquels une activité constitue un moyen nécessaire pour permettre à une personne de communiquer une œuvre. Cependant, dans les motifs de sa décision (précitée, à la page 452), la Commission a déclaré:

[. . .] un intermédiaire Internet n’est pas empêché d’invoquer l’alinéa 2.4(1)(b) simplement parce qu’il assure des services qui sont accessoires à la fourniture des moyens de communication ou parce qu’il prend certains moyens ou suit certaines méthodes (comme la mise en antémémoire) pour améliorer la performance.

[127] La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si la Commission a mal interprété le mot «nécessaires» lorsqu’elle a statué qu’il englobait les activités qui ne visent qu’à améliorer la qualité de la communication sur l’Internet. Il ressort d’une consultation rapide de quelques dictionnaires que le mot «nécessaire» comporte divers sens.

[128] Ainsi, *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Oxford: Clarendon Press, 1993) atteste un sens relativement étroit en ce qui concerne le mot «nécessaire»; parmi les synonymes qu’il recense, mentionnons «*indispensable*» («indispensable»), «*requisite*» («requis») et «*essential*» («essentiel»). Toutefois, le *Black’s Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> éd. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990) précise que le mot «*necessary*» («nécessaire») [TRADUCTION] «doit être examiné en fonction du contexte dans lequel il est employé, étant donné qu’il s’agit d’un terme qui est susceptible de comporter diverses acceptions», allant de [TRADUCTION] «nécessité physique absolue» à [TRADUCTION] «raisonnablement utile» et [TRADUCTION] «d’une utilité ou d’une commodité plus ou moins grande». Étant donné que le dictionnaire Black’s s’emploie à donner le sens des mots en contexte juridique, on pourrait penser qu’il est revêtu d’une grande autorité en la matière. Cependant, l’entrée relative au mot «*necessary*» («nécessaire») a disparu de la septième édition publiée en 1999.

[129] Le terme équivalent dans la version française de l’alinéa 2.4(1)(b) est «nécessaires». Parmi les synonymes de «nécessaire» que donne *Le Nouveau Petit Robert*:

*dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1996) include, “*indispensable*” and “*essentiel*”, which have the same meaning as the synonyms for “necessary” in the Shorter Oxford. However, Le Petit Robert also includes “*utile*”, which indicates that “*nécessaire*” can be used in a less stringent sense that parallels Black’s report that, depending on the particular legal context in which it appears, synonyms for the word, “necessary”, can include “useful” or “of benefit”.

[130] Given that, on the evidence of the sixth edition of *Black’s Law Dictionary* and Le Petit Robert, the words “necessary” and “*nécessaires*” can be used to mean something less than “essential” or “indispensable”, the statute must be consulted for an indication of the particular shade of meaning in which Parliament used the words in paragraph 2.4(1)(b).

[131] An argument for adopting a more permissive interpretation is that, given the rapid and recent development of Internet communication, the Act should not be interpreted in a way that would obstruct improvements in the quality of Internet communication, or reductions in the price at which data can be made available, made possible by rapid and fundamental technological advances. On the other hand, a relatively strict interpretation of “necessary” may be indicated by the fact that paragraph 2.4(1)(b) reduces the range of potential sources from whom authors and composers can recover a royalty for the unauthorized communication of their work by removing entities that benefit commercially from the availability on the Internet of copyright music, virtually free of charge to the end user.

[132] On the basis of all these considerations, I have concluded that, the words, “necessary”, and, “*nécessaire*”, are normally understood in ordinary

*dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1996), il y a lieu de mentionner «indispensable» et «essentiel», qui ont le même sens que les synonymes du terme anglais «*necessary*» dans le Shorter Oxford. Toutefois, Le Petit Robert signale aussi le mot «utile», ce qui permet de penser que l’adjectif «nécessaire» peut être employé dans un sens moins rigoureux, ce qui correspond aux synonymes recensés par le Black’s pour le mot «*necessary*» qui, selon le contexte juridique précis dans lequel il apparaît, peut correspondre à «*useful*» («utile») ou à «*of benefit*» («d’une utilité (plus ou moins grande)»).

[130] Compte tenu du fait qu’il ressort de la sixième édition du *Black’s Law Dictionary* et du Petit Robert que les mots «*necessary*» et «nécessaires» peuvent être utilisés pour exprimer un sens moins fort que les adjectifs «essentiel» ou «indispensable», il faut se reporter au texte de la loi pour y déceler des indices au sujet de la connotation précise que le législateur fédéral donne à ces mots à l’alinéa 2.4(1)(b).

[131] Suivant un des arguments invoqués en faveur de l’adoption d’une interprétation plus libérale, compte tenu du développement rapide et récent des communications par Internet, la Loi ne devrait pas être interprétée de manière à faire obstacle à l’amélioration de la qualité des communications sur l’Internet ou à la réduction du prix auquel des données peuvent être mises à la disposition des internautes, réductions qui sont rendues possibles grâce aux progrès technologiques fondamentaux et accélérés qui sont réalisés. En revanche, il y a peut-être lieu de s’en tenir à une interprétation relativement stricte du mot «nécessaires» compte tenu du fait que l’alinéa 2.4(1)(b) réduit la gamme de sources potentielles desquelles les auteurs et les compositeurs peuvent obtenir des redevances pour la communication non autorisée de leurs œuvres en supprimant les entités qui bénéficient sur le plan commercial de la diffusion sur l’Internet d’œuvres musicales protégées par le droit d’auteur, à toutes fins utiles sans frais pour l’utilisateur final.

[132] Compte tenu de toutes ces considérations, j’en suis arrivé à la conclusion que les mots «*necessary*» et «nécessaire» sont normalement interprétés dans le

speech in a relatively strict sense, but that in some contexts they can bear a more relaxed meaning. In my opinion, the context of paragraph 2.4(1)(b), including the existence of the competing policy considerations outlined above, does not justify interpreting “necessary” in paragraph 2.4(1)(b) in a sense that is at odds with its most familiar meaning. Hence, a person provides only the means of telecommunication necessary for another person to communicate when, without that person’s activity, communication in that medium of telecommunication would not be practicable or, in all probability, would not have occurred.

[133] Whether something is “necessary” for the purpose of paragraph 2.4(1)(b) should be determined when the transmission of material from the server occurs, and not when the content provider chooses the means through which to communicate. When the content provider has posted music on a host server, the operator of the host server is then providing the means necessary to enable the content provider to communicate by telecommunication with end users, because, without the disk space provided by the operator of the host server, the end user’s request could not be answered. It is irrelevant that the content provider might have chosen other, possibly less convenient, means of communicating the music, such as radio or television, or might have made it available on the hard drive of his or her own Internet-accessible computer. Consequently, I am not persuaded that the Board erred in law on this issue.

[134] However, in my opinion the Board did err in law when it held (*supra*, at page 452) that an Internet intermediary who caches material is thereby providing the means necessary for another to communicate it. The Board’s reasons for this conclusion were that the cache is used to improve Internet performance and its operation by an intermediary is an activity that is ancillary to communication by the content provider.

langage courant dans un sens relativement strict, mais que, dans certains contextes, ils peuvent avoir un sens plus large. À mon avis, compte tenu des considérations de principe concurrentes déjà exposées et du contexte dans lequel se situe l’alinéa 2.4(1)b), il n’y a pas lieu d’accorder au terme «nécessaires» un sens qui contredirait son acception la plus courante. En conséquence, une personne ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour lui permettre de communiquer lorsque, sans son intervention, la communication par ce moyen de télécommunication ne serait pas réalisable ou, selon toute vraisemblance, n’aurait pas eu lieu.

[133] La question de savoir si des moyens de télécommunication sont «nécessaires» au sens de l’alinéa 2.4(1)b) doit être tranchée au moment où se produit la transmission des données provenant du serveur, et non lorsque le fournisseur de contenu choisit le moyen de communication. Lorsque le fournisseur de contenu a diffusé des œuvres musicales sur un serveur hôte, l’exploitant du serveur hôte fournit alors les moyens nécessaires pour permettre au fournisseur de contenu de communiquer par télécommunication avec des utilisateurs finaux, parce que, sans l’espace disque fourni par l’exploitant du serveur hôte, il ne pourrait répondre à la demande de l’utilisateur final. Il est sans importance que le fournisseur de contenu aurait pu choisir d’autres moyens, peut-être moins commodes, tels que la radio ou la télévision, pour diffuser une œuvre musicale, ou qu’il aurait pu rendre l’œuvre musicale disponible sur le disque dur de son propre ordinateur lui donnant accès Internet. En conséquence, je ne suis pas persuadé que la Commission a commis une erreur de droit sur cette question.

[134] La Commission a cependant commis selon moi une erreur de droit en jugeant (précitée, à la page 452) qu’un intermédiaire Internet qui met des données en antémémoire fournit ainsi les moyens nécessaires pour permettre à un tiers de les communiquer. Pour justifier cette conclusion, la Commission a déclaré que l’antémémoire sert à améliorer le rendement de l’Internet et que son exploitation par un intermédiaire constitue une activité accessoire à la communication de contenus par le fournisseur.

[135] In my opinion, however, the fact that the cache enhances the speed of transmission and reduces the cost to the Internet access provider does not render the cache a practical necessity for communication. Desirable as these features may be, they do not justify giving the word “necessary” a broader meaning than it normally bears, especially when this would further erode copyright holders’ right to be compensated for the use of their works by others. The relevant meaning of “necessary” was more accurately captured by the Board when it said (*supra*, at page 452) that paragraph 2.4(1)(b) includes not only the routers, but all the equipment and services “without which [Internet] communication would not occur”.

[136] Moreover, even the Board had not clearly misdirected itself on the meaning of “necessary” in paragraph 2.4(1)(b), a finding that the operation of a cache is necessary would have been an unreasonable application of the statute to the facts and hence erroneous in law. The evidence did not indicate that, without a cache, the transmission of music from certain Web sites would have been so slow that end users were unlikely to have requested that the music be communicated to them, or so expensive that the cost to Internet access providers of transmitting material from them would have made the communication of music from some sites economically unfeasible. To the contrary, the evidence was that caches are used relatively infrequently to transmit music.

[137] Finally, the operation of a cache could not be a practical necessity for communication by others, because, even after frequently requested material has been cached, an end user can always set the browser on his or her computer to ensure that material requested from a Web site is transmitted directly from the original host server, and not the cache. End users may do this to ensure that they have the most up-to-date information; when new information is added to a Web page, the cache is not necessarily also updated.

[135] J’estime toutefois que le fait que l’antémémoire accélère la vitesse de transmission et qu’elle permet de réduire les coûts que doit supporter le fournisseur d’accès Internet ne rend pas obligatoire le recours à une antémémoire pour qu’il y ait communication. Aussi avantageux qu’elles puissent être, les caractéristiques de l’antémémoire ne justifient pas de donner au mot «nécessaires» un sens plus large que celui qu’il comporte normalement, surtout lorsqu’une telle extension de sens aurait pour effet d’affaiblir encore plus le droit des titulaires du droit d’auteur de toucher une rémunération pour l’utilisation de leurs œuvres par autrui. La Commission a mieux cerné le sens véritable du mot «nécessaires» lorsqu’elle a dit (précitée, à la page 452) que l’alinéa 2.4(1)b) englobe non seulement les routeurs, mais également toutes les installations et tous les services «sans lesquels la communication [sur l’Internet] n’aurait pas lieu».

[136] De plus, même si la Commission ne s’était pas clairement méprise sur le sens du mot «nécessaires» que l’on trouve à l’alinéa 2.4(1)b), conclure que l’utilisation d’une antémémoire est nécessaire aurait constitué une application déraisonnable de la loi aux faits et, partant, une erreur de droit. La preuve ne permettait pas de conclure que, sans antémémoire, la transmission d’œuvres musicales à partir de certains sites Web aurait été tellement lente que les utilisateurs finaux n’auraient probablement pas demandé que des œuvres musicales leur soient communiquées, ou tellement dispendieuse que les coûts assumés par les fournisseurs d’accès Internet pour transmettre les œuvres musicales qu’ils fournissent auraient été trop onéreux. Il ressort au contraire de la preuve qu’on ne recourt qu’à l’occasion aux antémémoires pour transmettre des œuvres musicales.

[137] Finalement, l’utilisation d’une antémémoire ne pourrait constituer une nécessité pratique pour permettre à des tiers de communiquer parce que, même après que des fichiers fréquemment demandés ont été mis en antémémoire, l’utilisateur final peut toujours régler le navigateur de son ordinateur de manière à s’assurer que les fichiers réclamés d’un site Web sont transmis directement à partir du serveur hôte d’origine et non à partir de l’antémémoire. Les utilisateurs finaux peuvent utiliser ce moyen pour s’assurer de recevoir la version

[138] If operating a cache is not protected by paragraph 2.4(1)(b), the question remains whether the operator of a cache communicates by telecommunication to end users the material that is transmitted to them from the cache, and thereby infringes the exclusive right of the author or composer to communicate a musical work to the public. In my view it does, because the cache operator selects which material will be cached, and programmes the computer to transmit it from the cache when it is requested. The operator of a cache is thus not merely a passive transmitter of data.

[139] Caching is no doubt a relatively minor adjunct to the core activities of Internet service providers which, as the Board correctly found, do not amount to the infringement of copyright. Accordingly, it would be open to the Board to take this consideration into account at Phase II of the hearing in *Tariff 22* when fixing the quantum of the royalty payable with respect to particular infringing activities. Thus, if an Internet access provider only cached 1% of the material accessed by its customers, it might be required to pay a royalty that reflected that only a very small proportion of all its Internet communication-related activities were infringing.

(iii) “only act”

[140] The third requirement to be satisfied for an intermediary to fall within paragraph 2.4(1)(b) is that its only act with respect to a communication consists of providing the means of telecommunication necessary for that communication to occur. Thus, if an Internet access provider was acting in concert with content providers or was operating a cache, its activities respecting those communications would be removed from the shelter provided by paragraph 2.4(1)(b).

la plus récente. Lorsque de nouveaux renseignements sont ajoutés sur une page Web, l’antémémoire n’est pas nécessairement mise elle aussi à jour.

[138] Si l’utilisation d’une antémémoire n’est pas protégée par l’alinéa 2.4(1)b), il reste à savoir si celui qui l’exploite communique par télécommunication à des utilisateurs finaux les données qui leur sont transmises à partir de l’antémémoire, violant ainsi le droit exclusif de l’auteur ou du compositeur de communiquer une œuvre musicale au public. À mon avis, il faut répondre par l’affirmative à cette question, parce que celui qui exploite l’antémémoire choisit les données qui seront mises en antémémoire et programme l’ordinateur pour qu’il les transmette à partir de l’antémémoire lorsque ces données sont demandées. Celui qui exploite l’antémémoire ne se contente donc pas de transmettre passivement des données.

[139] La mise en antémémoire est indubitablement un ajout relativement mineur aux activités de base des fournisseurs de service Internet, qui, comme la Commission l’a jugé à bon droit, ne constituent pas une violation du droit d’auteur. Par conséquent, il serait loisible à la Commission de tenir compte de ce facteur lors de la phase II de l’instruction de l’affaire du *Tariff 22* lorsqu’elle fixera le montant des redevances à verser relativement à des activités déterminées qui constituent une violation du droit d’auteur. Ainsi, si un fournisseur d’accès Internet ne met en mémoire qu’un pour cent des données auxquelles ses clients ont accès, il pourrait être tenu de verser des redevances qui tiennent compte du fait que seulement une infime fraction de l’ensemble de ses activités de communication sur Internet constitue une violation du droit d’auteur.

(iii) «ne fait que»

[140] La troisième condition à remplir pour qu’un intermédiaire puisse tomber sous le coup de l’alinéa 2.4(1)b) est que l’intéressé ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour qu’une communication ait lieu. Ainsi, si un fournisseur d’accès Internet agit de concert avec des fournisseurs de contenu ou exploite une antémémoire, les activités qu’il exerce relativement à ces communications seraient soustraites à la protection accordée par l’alinéa 2.4(1)b).

[141] The Board held that an Internet intermediary's activities are still only the means of telecommunication when they are ancillary to its provision of the necessary means of telecommunication by others, provided that these additional activities do not themselves amount to communication. Thus, operators of host servers do not lose the protection of paragraph 2.4(1)(b) by providing their normal facilities and services, such as, housing and maintaining the servers, and monitoring "hits" on particular Web pages, because these are merely ancillary to the provision of disk space and do not involve any act of communication, regardless of the limits on the definition of communication contained in that paragraph. I agree with this.

[142] In contrast, operating a cache is not within paragraph 2.4(1)(b), because, as we have seen, a cache is not necessary to enable another to communicate. In addition, when operated by an Internet access provider, a cache may also take its operator outside the protection of the paragraph because operating a cache is communicating, and the Internet access provider's activities in respect of that particular communication are no longer related only to the provision of the means of telecommunication necessary for communication by others.

Issue 3: Did the Board commit a reviewable error when it concluded on the evidence before it that, for the purpose of paragraph 2.4(1)(b), the services and equipment typically supplied by operators of host servers and Internet access providers constituted only the means of telecommunication necessary for enabling another so to communicate?

[143] SOCAN contends that the evidence before the Board indicates that the equipment and services provided by operators of host servers and Internet access

[141] La Commission a jugé qu'un intermédiaire Internet ne fait que fournir des moyens de télécommunication lorsque ces moyens sont accessoires à la fourniture par cet intermédiaire des moyens de télécommunication nécessaires à la transmission de données d'autrui, à condition que ces activités supplémentaires ne constituent pas elles-mêmes une communication. Ainsi, les exploitants de serveurs hôtes ne sont pas privés de la protection de l'alinéa 2.4(1)b) lorsqu'ils fournissent leurs installations et services habituels, tels que l'hébergement et la maintenance des serveurs, et lorsqu'ils vérifient le nombre de «visites» d'un site Web déterminé, parce que ces activités sont simplement accessoires à la fourniture d'espace disque et qu'elles ne constituent pas une communication, indépendamment de la définition étroite que cet alinéa donne au mot «communication». J'abonde dans le sens de la Commission sur ce point.

[142] En revanche, l'exploitation d'une antémémoire ne tombe pas sous le coup de l'alinéa 2.4(1)b), parce que, comme nous l'avons vu, il n'est pas nécessaire de recourir à une antémémoire pour permettre à un tiers de communiquer. Qui plus est, lorsqu'elle est exploitée par un fournisseur d'accès Internet, une antémémoire est également susceptible de soustraire celui qui l'exploite à la protection de cet alinéa parce qu'exploiter une antémémoire, c'est communiquer, et que les activités exercées par le fournisseur d'accès Internet relativement à cette communication déterminée ne se rapportent plus uniquement qu'à la fourniture des moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à autrui de communiquer.

Question 3: La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant, d'après les éléments de preuve portés à sa connaissance, que, pour l'application de l'alinéa 2.4(1)b), les services et l'équipement habituellement fournis par les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne constituaient que les moyens de télécommunication nécessaires pour permettre à un tiers de communiquer?

[143] La SOCAN affirme qu'il ressort des éléments de preuve dont disposait la Commission que l'équipement et les services fournis par les exploitants



providers enable them to exercise a degree of control over the content transmitted. Hence, the Board erred when it held that the equipment and services typically provided by Internet intermediaries were essentially the wires used by telephone companies for enabling telephonic communication to occur.

[144] In my opinion, there was ample evidence before the Board to justify its conclusion that operators of host servers and Internet access providers do not effectively control the content of what is transmitted, that their role is passive and that therefore their activities usually consist only of the provision of the means of telecommunication for the purpose of paragraph 2.4(1)(b), properly interpreted.

[145] For example, there was unchallenged evidence that, given current technology, it is not economically feasible to prevent the transmission of material on a server whenever it is requested: servers are programmed to transmit on-demand whatever is requested. It is true that contracts between host server operators and content providers may stipulate that particular kinds of content, such as copyright material, may not be posted on the server, and that offending material can be removed when it comes to the attention of the server operator. However, this limited kind of contractual and after-the-fact control over content is not sufficient to deprive the Board's conclusion of a rational basis.

[146] Similarly, the evidence was that, while perhaps theoretically possible, it is not practicable for Internet access providers to "read" and, in effect, to block requests from end users for copyright material, nor to screen out copyright material from being transmitted over their routers to the end user, without slowing to an unacceptable extent the transmission of data. While Internet access providers can block access to certain addresses, this is expensive and, as a method of screening out copyright music, ineffective, because the

de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet leur permettent d'exercer un certain contrôle sur le contenu de l'information transmise. La Commission aurait donc commis une erreur lorsqu'elle a jugé que l'équipement et les services habituellement fournis par les intermédiaires Internet étaient essentiellement les fils utilisés par les compagnies de téléphone pour permettre aux communications téléphoniques d'avoir lieu.

[144] À mon avis, les éléments de preuve soumis à la Commission justifiaient amplement sa conclusion que les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs d'accès Internet ne contrôlent pas effectivement le contenu de ce qu'ils transmettent, que leur rôle est passif et que, par conséquent, leurs activités consistent habituellement uniquement à assurer les moyens de télécommunication au sens de l'alinéa 2.4(1)b), si tant est que celui-ci est interprété comme il se doit.

[145] Par exemple, suivant certains éléments de preuve non contredits, compte tenu de l'état actuel de la technologie, il n'est pas faisable sur le plan économique d'empêcher la transmission de données sur serveur chaque fois que ces données sont demandées. Les serveurs sont programmés pour transmettre sur demande l'information demandée. Il est vrai que, dans leurs contrats, les exploitants de serveurs hôtes et les fournisseurs de contenu peuvent stipuler que certains types de données, tels que celles qui sont protégées par le droit d'auteur, ne peuvent être diffusées sur le serveur et que les fichiers répréhensibles peuvent être retirés lorsqu'ils sont portés à l'attention de l'exploitant du serveur. Cependant, ce genre de contrôle contractuel ultérieur n'est pas suffisant pour qu'on puisse prétendre que la conclusion de la Commission était dépourvue de fondement rationnel.

[146] Il ressort par ailleurs de la preuve que, les fournisseurs d'accès Internet ne peuvent, en pratique—même si, en théorie, ils pourraient y parvenir—, «lire» et, en fait, bloquer les demandes présentées par des utilisateurs finaux en vue d'obtenir des données protégées par le droit d'auteur, et qu'il ne leur est pas loisible de filtrer les données en question et d'empêcher qu'elles soient transmises par l'intermédiaire de leurs routeurs à l'utilisateur final, sans ralentir de façon inacceptable la transmission des données. Bien que les

addresses of servers storing such music can be readily changed. Further, the Internet access provider's router does not even reassemble the packets of data into which music is broken for transmission on the Internet. This operation is performed by the end user's computer.

[147] Thus, on the facts found, it was far from unreasonable (let alone patently unreasonable) for the Board to conclude that the normal activities of host server operators and Internet access providers fall within paragraph 2.4(1)(b).

[148] On the other hand, for reasons given above, the Board's conclusion that operating a cache is necessary for another person to communicate was based on an erroneous interpretation of paragraph 2.4(1)(b). This tainted the Board's conclusion that transmitting music from a cache was not communicating for the purpose of the Act: *Housen v. Nikolaisen*, *supra*, at paragraphs 33-35. On what is in my view the correct interpretation of "necessary" in paragraph 2.4(1)(b), it was not open to the Board on the evidence before it to conclude that operating a cache is necessary to enable others to communicate by telecommunication.

Issue 4: Did the Board err in failing to conclude that, in providing their core services and equipment, Internet intermediaries "authorize" the communication of material requested by end users from host servers?

[149] SOCAN submits an alternative argument in the event that the Court upholds the Board's conclusion that

fournisseurs d'accès Internet soient en mesure de bloquer l'accès à certaines adresses, cette façon d'éliminer les œuvres musicales protégées par le droit d'auteur est dispendieuse et inefficace en raison de la facilité avec laquelle on peut changer l'adresse des serveurs qui stockent ces œuvres musicales. De plus, ce n'est même pas le routeur du fournisseur d'accès Internet qui reconstitue les paquets d'informations en lesquels une œuvre musicale déterminé est découpée en vue d'être par la suite diffusée sur l'Internet. Cette opération est effectuée par l'ordinateur de l'utilisateur final.

[147] Ainsi, d'après les faits constatés, il était loin d'être déraisonnable—et à plus forte raison, loin d'être manifestement déraisonnable—de la part de la Commission de conclure que les activités habituelles des exploitants des serveurs hôtes et des fournisseurs d'accès Internet tombent sous le coup de l'alinéa 2.4(1)(b).

[148] En revanche, pour les motifs déjà exposés, la conclusion de la Commission suivant laquelle il est nécessaire de recourir à une antémémoire pour permettre à autrui de communiquer reposait sur une interprétation erronée de l'alinéa 2.4(1)(b), ce qui a influencé la conclusion de la Commission suivant laquelle la transmission de musique à partir d'une antémémoire ne constitue pas une communication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* (*Housen c. Nikolaisen*, précité, aux paragraphes 33 à 35). Suivant ce qui constitue selon moi la bonne interprétation du mot «nécessaires» à l'alinéa 2.4(1)(b), il n'était pas loisible à la Commission, vu la preuve dont elle disposait, de conclure que l'exploitation d'une antémémoire était nécessaire pour permettre à des tiers de communiquer par télécommunication.

Question 4: La Commission a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas qu'en fournissant leurs services et leur équipement essentiels, les intermédiaires Internet «autorisent» la communication des données demandées par les utilisateurs finaux à partir de leurs serveurs hôtes?

[149] La SOCAN invoque un moyen subsidiaire pour le cas où la Cour confirmerait la conclusion de la

providing Internet access does not constitute “communication” by virtue of paragraph 2.4(1)(b). The argument is that Internet intermediaries authorize content providers to communicate copyright material from the host servers.

[150] Authorizing a communication by telecommunication is a discrete infringement under subsection 3(1) (*Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at page 373). Further, paragraph 2.4(1)(b) does not apply to the act of authorizing any of the infringing acts set out in subsection 3(1), including the communication by telecommunication of a copyright work. Thus, even though the core activities of operators of servers and Internet access providers do not constitute communication by virtue of paragraph 2.4(1)(b), they may still be required to pay a royalty if they can be said to be authorizing the content provider to communicate the material.

[151] I have not found the Board’s analysis of the authorization issue easy to follow. The Board held, first, that, by posting material on the Internet, the content provider authorized its communication to end users who requested it: *supra*, at pages 455-457. This conclusion has not been challenged. Nonetheless, since the content provider has been held to communicate the material when it is requested and received by an end user, nothing is likely to turn on whether, by making the material available on the Internet, the content provider is also liable for authorizing its communication.

[152] The Board did not deal at any length with the second authorization issue: by providing the means of communication, do Internet intermediaries thereby authorize content providers to communicate the material to end users? The Board did not come to any definitive conclusion on this question, which it regarded as looking at the issue “from the wrong end of the telescope” (*supra*, at page 458), and as unimportant in

Commission que fournir l’accès à l’Internet ne constitue pas une «communication» au sens de l’alinéa 2.4(1)b). Elle fait valoir que les intermédiaires Internet autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer des œuvres protégées par le droit d’auteur à partir des serveurs hôtes.

[150] Autoriser une communication par télécommunication constitue une violation flagrante du droit d’auteur protégé par le paragraphe 3(1) de la Loi (*Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 357, à la page 373). De plus, l’alinéa 2.4(1)b) ne s’applique pas au fait d’autoriser l’un ou l’autre des actes énumérés au paragraphe 3(1), y compris la communication par télécommunication d’une œuvre protégée par le droit d’auteur. Ainsi, même si leurs activités principales ne constituent pas une communication au sens de l’alinéa 2.4(1)b), les exploitants de serveurs et les fournisseurs d’accès Internet peuvent quand même être tenus de verser des redevances si l’on peut dire qu’ils autorisent le fournisseur de contenu à communiquer les œuvres en question.

[151] J’ai du mal à suivre l’analyse que la Commission a faite de la question de l’autorisation. La Commission a d’abord statué qu’en rendant des données disponibles sur Internet, le fournisseur de contenu en autorise la communication à l’utilisateur final qui les a demandées (décision de la Commission, précitée, aux pages 455 à 457). Cette conclusion n’a pas été contestée. Néanmoins, comme il a été jugé que le fournisseur de contenu communique les données lorsque celles-ci sont demandées et reçues par l’utilisateur final, il est sans intérêt de savoir si, en rendant les données disponibles sur l’Internet, le fournisseur de contenu est également tenu d’en autoriser la communication.

[152] La Commission ne s’est pas longuement attardée sur la seconde question relative à l’autorisation, en l’occurrence celle de savoir si, en leur fournissant les moyens de communication, les intermédiaires Internet autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer les données aux utilisateurs finaux. La Commission n’a pas tiré de conclusion définitive sur cette question, en expliquant qu’on abordait la question par «le mauvais

light of its interpretation of paragraph 2.4(1)(b). I understand the Board's reference to "the wrong end of the telescope" to mean that it thought that the proper question was whether the content provider was authorizing the Internet intermediaries to communicate, and not *vice versa*.

[153] On the other hand, I do not understand why the Board thought that its analysis of paragraph 2.4(1)(b) made it unnecessary to consider fully whether Internet intermediaries can be said to authorize content providers to communicate. Paragraph 2.4(1)(b) does not shelter content providers, nor those who, while not themselves communicating, are authorizing others to communicate to the public. Hence, if the activities of either Internet access providers or host server operators constitute the authorization of communication by the content provider, and hence attract liability to pay a royalty, an important source of potential compensation would become available to copyright owners.

[154] Let me deal first with the position of Internet access providers. I fail to see how an Internet access provider, who typically has no contractual or economic relationship with content providers, can be said implicitly to authorize them to communicate material requested from a host server operated by another, simply as a result of providing its customers with connectivity to the Internet. As I have already noted, the evidence before the Board was that it is not feasible for Internet access providers to monitor and control in a systematic way the content of the material transmitted to their subscribers. It is clear, therefore, that it was open to the Board to conclude that, by performing their core functions, Internet access providers do not authorize content providers to communicate material from the Web site at the request of their customers, the end users.

[155] The position of the operators of host servers from which infringing material is transmitted is

bout de la lorgnette» (précitée, à la page 458), ce qui ne revêtait selon elle aucune importance compte tenu de son interprétation de l'alinéa 2.4(1)(b). Si j'ai bien compris, en parlant du «mauvais bout de la lorgnette», la Commission voulait dire qu'elle estimait que la bonne question à se poser est celle de savoir si le fournisseur de contenu autorise les intermédiaires Internet à communiquer, et non le contraire.

[153] En revanche, je ne comprends pas comment la Commission a pu croire que son analyse de l'alinéa 2.4(1)(b) la dispensait d'examiner à fond la question de savoir si l'on peut dire que les intermédiaires Internet autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer. L'alinéa 2.4(1)(b) ne protège ni les fournisseurs de contenu ni ceux qui, sans communiquer eux-mêmes, autorisent d'autres personnes à communiquer au public. Ainsi, si les activités des fournisseurs d'accès Internet ou des exploitants de serveurs hôtes constituent une autorisation de communiquer donnée par le fournisseur de contenu, créant ainsi une obligation de verser des redevances, les titulaires de droit d'auteur auraient ainsi accès à une importante source de rémunération.

[154] Je vais d'abord examiner la situation des fournisseurs d'accès Internet. Je ne vois pas comment on pourrait prétendre qu'un fournisseur d'accès Internet, qui n'a habituellement aucun lien contractuel ou économique avec le fournisseur de contenu, autorise implicitement celui-ci à communiquer l'information demandée à un serveur hôte exploitée par un tiers, du simple fait qu'il assure à ses clients une connectivité à l'Internet. Comme je l'ai déjà fait remarquer, suivant la preuve soumise à la Commission, il n'est pas possible pour des raisons techniques pour le fournisseur d'accès Internet de surveiller et de contrôler de façon systématique le contenu qui est transmis à ses abonnés. Il était donc, de toute évidence, loisible à la Commission de conclure que, lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions essentielles, les fournisseurs d'accès Internet n'autorisent pas les fournisseurs de contenu à communiquer des données provenant du site Web à la demande de leurs clients, les utilisateurs finaux.

[155] La situation des exploitants des serveurs hôtes à partir desquels les éléments illicites sont transmis est

somewhat different, in that they do have a contractual relationship with the communicator, namely, the content provider. In addition, since the function of host servers is not to route material to the end user, but to store it, perhaps for a considerable time, speed is not so essential to their operation. Hence, the longer that material remains on the server, the greater the operator's opportunities to take it down. Accordingly, it might be thought that operators are in a position to exercise sufficient control over the use of their equipment that they may be held implicitly to authorize content providers to communicate the material stored on the servers.

[156] Nonetheless, it seems counterintuitive to conclude that a person who supplies the means to enable another to communicate material thereby authorizes, as opposed, say, to facilitates, its communication by that other person. The concept of "authorizing" implies that the person who is alleged to have authorized has the right to give any requisite permission. It is thus different from the notion of what is, in effect, vicarious liability used, for example, in the law of copyright infringement in the United States.

[157] Not surprisingly, therefore, courts have generally rejected the argument that the authorization of communication can be inferred merely from the supply of equipment that enables another to communicate or to perform a work: see, for example, *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.); *Muzak Corporation v. Composers, Authors, and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182 (*Muzak*). The inability of the supplier of equipment to control the use to which the equipment is put indicates that the supplier is not impliedly authorizing a communication or performance of a work.

[158] Since operators of host servers only provide the passive means for others to communicate, they are not

quelque peu différente, étant donné qu'ils entretiennent des rapports contractuels avec celui qui communique les données en question, en l'occurrence le fournisseur de contenu. De plus, comme le rôle des serveurs hôtes ne consiste pas à acheminer des données jusqu'à l'utilisateur final, mais plutôt à les stocker pour une période de temps parfois considérable, la vitesse ne constitue pas un élément essentiel de leur travail. Ainsi, plus longtemps l'information demeure sur le serveur, plus fréquentes sont les occasions qui sont offertes à l'exploitant de la retirer. On pourrait donc croire que les exploitants sont en mesure d'exercer un contrôle suffisant sur l'utilisation qui est faite de leur équipement pour pouvoir être considérés comme autorisant implicitement les fournisseurs de contenu à communiquer l'information stockée sur les serveurs.

[156] Il semble toutefois illogique de conclure qu'une personne qui procure le moyen nécessaire pour permettre à une autre de communiquer des données en autorise de ce fait—par opposition à, par exemple, en faciliter—la communication à cette autre personne. Le concept d'«autorisation» suppose que la personne qui aurait accordé l'autorisation a le droit de donner toute permission nécessaire. Nous sommes donc en présence d'une notion différente de celle de la responsabilité du fait d'autrui qui est utilisée aux États-Unis dans le domaine de la violation du droit d'auteur.

[157] Comme on pouvait s'y attendre, les tribunaux ont de façon générale rejeté l'argument que l'autorisation de communiquer peut s'inférer simplement de la fourniture de l'équipement permettant à un tiers de communiquer ou d'exécuter une œuvre (voir, par exemple, *Vigneux v. Canadian Performing Right Society Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.); *Muzak Corporation c. Composers, Authors, and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182 (*Muzak*)). L'incapacité de celui qui fournit l'équipement de contrôler l'utilisation qui est faite de son équipement permet de penser que le fournisseur n'autorise pas implicitement la communication ou l'exécution d'une œuvre.

[158] Comme les exploitants de serveurs hôtes ne fournissent à autrui qu'un moyen passif de

in any real sense approving, consenting or claiming the right to permit content providers to communicate the material stored on their servers: *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), at page 211; affirmed [1990] 2 S.C.R. 209. Thus, since it cannot be inferred from their activities that Internet intermediaries “sanction, approve or countenance” (*Muzak, supra*, at page 193, *per* Kellock J.) the communication of material stored by others on their servers, they normally cannot be said to authorize content providers to communicate infringing material.

[159] No doubt, a provision in the contract between the host server operator and the content provider prohibiting the posting of infringing material would help to make it clear that the operator does not “sanction, approve or countenance” the communication of copyright material. However, in my opinion, it would be unduly formalistic to conclude that, by omitting such a clause, the host server operator was authorizing the content provider to communicate material that he or she was storing on the operator’s server. It would be equally inappropriate to regard the inclusion of such a contractual provision as conclusive proof that the host server operator did not authorize the communication of copyright material.

[160] On the other hand, since host server operators can examine the content of material posted on their servers, and remove offensive material, an implicit authorization to communicate infringing material might be inferred from their failure to remove it after they have been advised of its presence on the server and had a reasonable opportunity to take it down. Thus, in *Apple Computer, supra*, at page 208, the Court quoted from *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.), at pages 987-988, to the effect that “indifference, exhibited by acts of commission or omission may reach a degree from which authorisation

communiquer, on ne peut logiquement considérer qu’ils approuvent la communication de données, qu’ils consentent à cette communication ou qu’ils revendiquent le droit de permettre aux fournisseurs de contenus de communiquer les données stockées sur leur serveur (*Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1<sup>er</sup> inst.), à la page 211; confirmé par [1990] 2 R.C.S. 209). Ainsi, comme on ne peut inférer de leurs activités que les intermédiaires Internet [TRADUCTION] «autorisent, approuvent ou tolèrent» (*Muzak*, précité, à la page 193, le juge Kellock) la communication des données stockées par d’autres personnes sur leur serveur, on ne peut normalement dire qu’ils autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer des données qui portent atteinte au droit d’auteur.

[159] Sans doute, l’insertion, dans le contrat conclu entre l’exploitant du serveur hôte et le fournisseur de contenu, d’une stipulation interdisant la diffusion de données répréhensibles contribuerait à bien préciser que l’exploitant n’«autorise, n’approuve et ne tolère» pas la communication d’informations protégées par le droit d’auteur. J’estime toutefois qu’on ferait preuve d’un trop grand formalisme si l’on concluait qu’en omettant une telle stipulation, l’exploitant du serveur hôte autorise le fournisseur de contenu à communiquer les données qu’il a stockées sur le serveur de l’exploitant. Il serait également abusif de considérer l’insertion d’une telle disposition contractuelle comme une preuve irréfutable que l’exploitant du serveur hôte n’a pas autorisé la communication des informations protégées par le droit d’auteur.

[160] Par ailleurs, comme il est loisible aux exploitants de serveurs hôtes de prendre connaissance du contenu des données diffusées sur leur serveur et d’en retirer les éléments inconvenants, on pourrait conclure qu’ils accordent l’autorisation implicite de communiquer des données répréhensibles s’ils omettent de les supprimer après avoir été avisés de leur présence sur le serveur et après avoir eu une possibilité suffisante de les retirer. Ainsi, dans la décision *Apple Computer*, précitée, à la page 208, la Cour a cité un extrait de l’arrêt *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.) où il est dit, aux pages 987 et

or permission may be inferred. It is a question of fact in each case”. However, the Board did not deal with these situations since SOCAN did not specifically seek to hold host server operators potentially liable to pay a royalty on such a limited basis.

[161] Whether conduct amounts to authorization is, as stated above, largely a factual question and, since the Board did not misdirect itself in law by adopting an erroneous test, its conclusion that the normal activities of the operators of host servers and of Internet access providers do not “authorize” the communication of material to the end user, including infringing material, can only be set aside on the ground of unreasonableness. In my opinion, on the evidence before the Board, it was not unreasonable for it to conclude that the normal activities of host server operators do not implicitly authorize content providers to communicate the material that they have posted on the server.

[162] I would note in this context that in some other jurisdictions, including Australia, the European Union, Japan and the United States, legislation has been enacted to shield Internet intermediaries from copyright liability in respect of material stored on their servers, unless, after receiving notice of infringing material, the operator fails to take appropriate action. Failure to remove the material may expose the host server operator to liability. See further, *Consultation Paper on Digital Copyright Issues*, (Intellectual Property Policy Branch of Industry Canada and the Copyright Policy Branch of Canadian Heritage, June 2, 2001), at pages 21-28.

988, que [TRADUCTION] «l’indifférence démontrée par des actes, de la nature d’une exécution ou d’une omission, peut être telle qu’on peut l’interpréter comme une autorisation ou une permission constitue une question de fait dans chaque cas». La Commission n’a toutefois pas examiné ces situations, étant donné que la SOCAN ne cherchait pas expressément à contraindre les exploitants de serveurs hôtes à verser des redevances sur un fondement aussi ténu.

[161] La question de savoir si un acte déterminé constitue une autorisation est, comme nous venons de le signaler, en grande partie une question de fait et, comme la Commission n’a pas commis d’erreur de droit en adoptant un critère erroné, sa conclusion que, dans le cadre de leurs activités habituelles, les exploitants des serveurs hôtes et les fournisseurs d’accès Internet n’«autorisent» pas la communication de données—y compris de données répréhensibles—à l’utilisateur final ne peut être annulée que si sa décision est déraisonnable. À mon avis, la preuve soumise à la Commission était suffisante pour la justifier de conclure de façon raisonnable que, dans le cadre de leurs activités habituelles, les exploitants de serveurs hôtes n’autorisent pas implicitement les fournisseurs de contenu à communiquer les données qu’ils ont rendues disponibles sur le serveur.

[162] Je tiens à signaler à cet égard que, dans certains pays, dont l’Australie, l’Union européenne, le Japon et les États-Unis, des mesures législatives ont été prises pour mettre les intermédiaires Internet à l’abri de toute responsabilité pour violation du droit d’auteur en ce qui concerne les données enregistrées sur leurs serveurs, à moins qu’après avoir été avisés de l’existence de données qui portent atteinte au droit d’auteur, l’exploitant ne prenne pas les mesures qui s’imposent pour les retirer. Le défaut de retirer les données en question est susceptible d’engager la responsabilité de l’exploitant du serveur hôte (voir aussi *Document de consultation sur les questions de droit d’auteur à l’ère numérique*, Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada, et Direction générale de la politique du droit d’auteur, Patrimoine canadien, 22 juin 2001, aux pages 21 à 28).

Issue 5: Did the Board err when it found that the Copyright Act generally does not apply to communications by telecommunication, including the Internet, that originate from outside Canada, because a communication occurs at the place from which the transmission originates?

[163] It is common ground that SOCAN is only entitled to a royalty in respect of copyright infringements that occur in Canada. Since the principal infringement relied on in this case is that of communicating copyright works to the public by telecommunication, the Board can only approve a royalty payable for the communications that occur in Canada. In addition, when liability can be founded on the basis of the authorization of a communication, the location of the authorization may have to be determined.

[164] In its short discussion of the location issue (*supra*, at page 459), the Board relied on *Canadian Assn. of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (F.C.A.) (*CAB* (1994)) as authority for the proposition that a communication occurs only at the place where the transmission originates. The *CAB* (1994) case arose from a royalty hearing in respect of the performance of music in public by television broadcasters.

[165] On the basis of this case, the Board stated that an Internet communication occurs in Canada if it originates from a server in Canada. Thus, a content provider is subject to a royalty approved by the Board if, but only if, the content is posted on a server located in Canada.

[166] The Board also held that content providers require licences from SOCAN for authorizing the communication of a musical work when they post it on a host server in Canada, but not otherwise. However, as

Question 5: La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que la Loi sur le droit d'auteur ne s'applique pas en règle générale aux communications par télécommunication, notamment par Internet, qui proviennent de l'extérieur du Canada, parce qu'une communication se produit au lieu d'où provient la transmission?

[163] Il est acquis aux débats que la SOCAN n'a droit à une redevance que pour les violations de son droit d'auteur qui se produisent au Canada. Étant donné que la principale violation du droit d'auteur invoquée en l'espèce est celle de communiquer des œuvres protégées par le droit d'auteur au public par télécommunication, la Commission peut seulement homologuer une redevance payable pour les communications qui ont lieu au Canada. En outre, lorsque la responsabilité peut être imputée à une autorisation de communiquer, il se peut qu'on doive établir à quel endroit cette autorisation a été donnée.

[164] Dans sa brève analyse de la question du lieu de la violation du droit d'auteur (à la page 459), la Commission s'est appuyée sur l'arrêt *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (C.A.F.) (*ACR* (1994)), pour affirmer qu'une communication ne se produit qu'à l'endroit d'où provient la transmission. L'affaire *ACR* (1994) faisait suite à une audience en fixation de redevances pour l'exécution en public d'œuvres musicales par des télédiffuseurs.

[165] S'appuyant sur cette décision, la Commission a affirmé qu'une communication sur l'Internet a lieu au Canada si elle provient d'un serveur situé au Canada. Ainsi, le fournisseur de contenu est assujéti au paiement de la redevance homologuée par la Commission si— mais seulement si—, il rend disponible du contenu sur un serveur situé au Canada.

[166] La Commission a également statué que le fournisseur de contenu doit obtenir une licence de la SOCAN pour autoriser la communication d'une œuvre musicale lorsqu'il l'a rend disponible sur un serveur



I have already indicated, a content provider can only be liable for authorizing communication when the person authorized is engaged in activities that can amount in law to communication. Because of paragraph 2.4(1)(b), the activities in question do not include the core activities of Internet access providers or operators of host servers.

[167] In addition, the Board held that, when infringing material is stored on an original host server outside Canada, its transmission from a mirror site in Canada may also attract liability to pay a royalty approved by the Board. Similarly, if a hyperlink is inserted in a Web page posted on a server outside Canada which takes the end user to a site on a server located in Canada, a transmission from that linked site is a communication in Canada. Conversely, it presumably follows from the Board's reasoning that, if the original site is in Canada, and the linked site is not, a transmission from the linked site would not be a communication in Canada.

[168] On the other hand, the Board concluded that the operation of a cache by an Internet access provider is irrelevant to the location of a communication, which continues to depend on the location of the original host server or of a mirror site. Unlike a mirror site, a cache can be operated without the knowledge or consent of the content provider, although the content provider can prevent caching by inserting the appropriate data in the Web page. Consequently, the Board reasoned, when material posted on a Web page on a host server outside Canada is temporarily stored on a cache located in Canada, the content provider has not thereby authorized its communication in Canada. Moreover, when material requested by an end user from a Web site located on an out-of-Canada host server is transmitted from a cache in Canada, it is not communicated in Canada and cannot be made subject to a royalty payable to SOCAN.

hôte situé au Canada, mais pas autrement. Cependant, comme je l'ai déjà expliqué, le fournisseur de contenu ne peut être tenu responsable d'avoir autorisé la communication que lorsque la personne qui a reçu cette autorisation se livre à des activités qui peuvent équivaloir en droit à une communication. À cause de l'alinéa 2.4(1)b), les activités en question ne comprennent pas les activités principales des fournisseurs d'accès Internet ou des exploitants de serveurs hôtes.

[167] La Commission a en outre conclu que, lorsque des informations qui violent le droit d'auteur sont stockées sur un serveur hôte d'origine situé à l'extérieur du Canada, leur transmission à partir d'un site miroir situé au Canada peut également engendrer l'obligation de verser des redevances approuvées par la Commission. Il en va de même dans le cas de l'hyperlien qui est intégré sur une page Web diffusée par un serveur situé à l'extérieur du Canada qui dirige l'utilisateur final vers le site d'un serveur situé au Canada. La transmission provenant de ce site chaîné constitue une communication au Canada. Inversement, le raisonnement suivi par la Commission permet selon toute vraisemblance de conclure que, si le site d'origine se trouve au Canada et que le site chaîné est situé à l'étranger, une transmission effectuée à partir du site chaîné ne constituerait pas une communication au Canada.

[168] La Commission a par ailleurs conclu que l'exploitation d'une antémémoire par un fournisseur d'accès Internet n'a rien à voir avec la provenance d'une communication, qui dépend dans tous les cas de l'emplacement du serveur hôte d'origine ou du site miroir. À la différence d'un site miroir, une antémémoire peut être utilisée à l'insu du fournisseur de contenu ou sans son consentement, mais le fournisseur de contenu peut empêcher la mise en antémémoire en insérant les données appropriées sur la page Web. La Commission a expliqué qu'en conséquence, lorsque des données publiées sur une page Web d'un serveur hôte situé à l'extérieur du Canada sont temporairement stockées sur une antémémoire située au Canada, le fournisseur de contenu n'en a pas de ce fait autorisé leur communication au Canada. De plus, lorsque l'information demandée par un utilisateur final à partir

[169] The Board qualified its conclusion in one respect. It left open the possibility (*supra*, at page 460) that content stored on a host server outside Canada might be found to be communicated in Canada if the material was aimed specifically at end users in Canada. However, there was no evidence before the Board of the existence of such situations.

[170] In my opinion, in ruling that a communication by telecommunication occurs at the place from which the transmission originates, the Board was determining a general question of law that was not confined to the facts of the case before it and, hence, its ruling is reviewable in this Court on a standard of correctness.

[171] The Board was also deciding a general question of law when it held that the principle that a communication occurs at the place of transmission locates a communication on the Internet at the site of the host server where the communicated material is stored. In so ruling, the Board was clearly purporting to decide an issue that was not confined to the evidence before it in this particular case. As with other general questions of law decided by the Board, the applicable standard of review is correctness.

[172] As I have already indicated, the Board relied solely on the decision in *CAB* (1994), *supra*, a case concerning television broadcasters, for the proposition that communications by telecommunication occur at the place of origin of the transmission. However, in my opinion, this case does not support the Board's conclusion.

[173] First, *CAB* (1994), *supra*, involved a ruling by the Board that a performance occurs at the time of its

d'un site Web situé sur un serveur hôte se trouvant à l'extérieur du Canada est transmise à partir d'une antémémoire située au Canada, cette information n'est pas communiquée au Canada et elle ne saurait donner lieu au versement de redevances à la SOCAN.

[169] La Commission a toutefois exprimé une réserve. Elle a en effet déclaré (à la page 460) que la question de savoir si le contenu stocké sur un serveur hôte situé à l'extérieur du Canada dans le but d'être communiqué expressément à des destinataires situés au Canada constitue une communication au Canada demeurerait ouverte. La Commission ne disposait toutefois d'aucun élément de preuve permettant de conclure à l'existence de pareilles situations.

[170] À mon avis, en statuant qu'une communication par télécommunication se produit au lieu d'où provient la transmission, la Commission se prononçait sur une question de droit générale qui ne se limitait pas aux faits de l'affaire dont elle était saisie et, partant, notre Cour peut procéder au contrôle judiciaire de sa décision en fonction de la norme de la décision correcte.

[171] La Commission s'est également prononcée sur une question de droit générale lorsqu'elle a déclaré que le principe qu'une communication se produit au lieu de sa transmission fait en sorte que la communication sur l'Internet a lieu sur le site Web du serveur hôte où les données communiquées sont stockées. En tirant cette conclusion, la Commission prétendait de toute évidence trancher une question qui ne se limitait pas aux éléments de preuve qui avaient été portés à sa connaissance dans ce cas particulier. Comme pour les autres questions générales de droit tranchées par la Commission, la norme de contrôle applicable en l'occurrence est celle de la décision correcte.

[172] Ainsi que je l'ai déjà signalé, le seul précédent que la Commission a cité au soutien de la proposition que les communications par télécommunication se produisent à l'endroit d'où provient la transmission est l'arrêt *ACR* (1994), précité, qui portait sur des télédiffuseurs. J'estime toutefois que cet arrêt n'appuie pas la conclusion de la Commission.

[173] Tout d'abord, dans l'affaire *ACR* (1994), la Commission avait jugé que l'exécution en public d'une

transmission, irrespective of whether and when viewers watch it. In the case at bar, the question concerns the location of the communication, not its timing. This is an issue that the Court in *CAB* (1994), *supra*, simply does not address. Whether *CAB* (1994), *supra*, should be regarded as inferentially determining the location of an Internet communication can only be decided after a more extensive consideration of the underlying question in dispute.

[174] Second, a performance, with which *CAB* (1994), *supra*, was concerned, is not necessarily the same as a communication, which is the act at issue in the case at bar. In *Tariff 22*, the Board reasoned (*supra*, at page 449) that, just as a performance can exist even when no one watches it, so a communication on the Internet can occur even if the recipient does not see or hear it. This may be true in the sense that, even when end users receive data in a form that requires them to open the file to listen to the music after downloading it onto their hard drive, the music is still communicated when it is received on the computer of the end user who requested its transmission, whether or not it is in fact ever heard.

[175] In my opinion, however, the very notion of communication requires a communicator and an intended recipient, in this context, the end user who has requested and received the material on her or his computer. As McIntyre J. said in *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976, at page 995: “A communication involves the passing of thoughts, ideas, words or information from one person to another.” In contrast, a performance does not necessarily imply an audience separate from the performers; the performance of music purely for the pleasure of the performer is a very familiar idea.

œuvre a lieu lors de sa transmission, peu importe qu’il y ait ou non quelqu’un qui regarde l’émission et indépendamment du moment où quelqu’un regarde l’émission. Dans le cas qui nous occupe, le débat tourne autour du lieu de la communication, et non du moment où elle se produit. C’est une question que la Cour n’a tout simplement pas abordée dans l’arrêt *ACR* (1994), précité. La question de savoir s’il y a lieu de considérer que, dans l’arrêt *ACR* (1994), précité, la Cour s’est indirectement prononcée sur le lieu où se produit une communication Internet ne peut être tranchée qu’après un examen plus approfondi de la question fondamentale en litige.

[174] En second lieu, une exécution, notion sur laquelle portait l’affaire *ACR* (1994), précitée, n’est pas nécessairement la même chose qu’une communication, qui est l’activité sur laquelle tout le débat porte en l’espèce. Dans l’affaire du *Tarif 22*, la Commission a expliqué (précitée, à la page 449) que, tout comme une exécution peut exister même s’il n’y a personne pour la regarder, de même une communication peut avoir lieu sur l’Internet même si le destinataire ne la voit pas ou ne l’entend pas. Cette explication n’est pas fautive, en ce sens que même lorsque les utilisateurs finaux reçoivent des données sous une forme qui les oblige à ouvrir le fichier pour écouter une œuvre musicale après l’avoir téléchargée sur leur disque dur, l’œuvre musicale en question est communiquée lorsque l’utilisateur final qui en a demandé la transmission la reçoit dans son ordinateur, qu’il l’écoute ou non par la suite.

[175] J’estime toutefois que la notion même de communication exige la présence d’une personne qui communique et d’un destinataire éventuel, c’est-à-dire, dans le cas qui nous occupe, l’utilisateur final qui a demandé et a reçu les données dans son ordinateur. Ainsi que le juge McIntyre l’a déclaré dans l’arrêt *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976, à la page 995: «Une communication comprend la transmission de pensées, d’idées, de mots ou de renseignements d’une personne à l’autre». Par contraste, une exécution ne suppose pas nécessairement un auditoire distinct de ceux qui exécutent l’œuvre. L’exécution d’une œuvre musicale pour le seul plaisir de celui qui l’exécute n’a rien d’inusité.

[176] Thus, apart from the absence of authority supporting the Board's conclusion, these considerations strongly suggest that the location of the communication should not be determined solely by that of the host server, especially since, as the Board itself found, the Internet communications under consideration here are only ever effected at the request of the end user.

[177] In addition, a test that determines the location of an Internet communication without regard to the fact that the end user of copyright material is in Canada would seem inconsistent with one reason why the *Copyright Act* protects copyright owners from infringements in Canada, namely, the protection of the economic value of authors' works in the Canadian market. This is because an end user in Canada who receives copyright music over the Internet may be less likely to purchase a recorded copy of it. Hence, since no infringement occurs in Canada if the server is not in Canada, the Board's decision provides SOCAN's members with relatively little by way of compensation for a potential loss of music sales in the Canadian market as a result of the receipt in Canada of copyright music on the Internet.

[178] For these reasons, I am not prepared to infer from the decision in *CAB* (1994), *supra*, the principle that an Internet communication occurs only at the location of the server on which the infringing material is stored.

[179] The Board's conclusion that an Internet communication only occurs at the location of the host server does not necessarily deny Canadian composers a royalty in respect of music transmitted to an end user in Canada from a server located in, for example, the United States. This is because SOCAN has reciprocal arrangements with sister organizations in the United States, and other countries, with which it can agree on an allocation of royalties with respect to cross-border Internet transmissions.

[176] Ainsi, outre le fait qu'il n'existe pas de précédent qui appuie la conclusion de la Commission, ces considérations donnent fortement à penser que le lieu de la communication ne devrait pas être déterminé exclusivement en fonction de l'emplacement du serveur hôte, d'autant plus que, comme la Commission l'a elle-même constaté, les communications Internet en l'espèce ne se produisent qu'à la demande de l'utilisateur final.

[177] De plus, un critère qui fixerait le lieu où se produit une communication Internet sans égard au fait que l'utilisateur final de données protégées par le droit d'auteur se trouve lui-même au Canada semblerait contredire un des motifs pour lesquels la *Loi sur le droit d'auteur* protège les titulaires du droit d'auteur contre la violation de leurs droits au Canada, en l'occurrence la protection de la valeur économique des œuvres des auteurs sur le marché canadien. Cela tient au fait que l'utilisateur final canadien qui reçoit de la musique protégée par le droit d'auteur sur l'Internet serait peut-être moins porté à en acheter une copie enregistrée. Ainsi, comme il n'y a pas violation du droit d'auteur au Canada lorsque le serveur ne se trouve pas au Canada, la décision de la Commission offre aux membres de la SOCAN une indemnité relativement limitée en cas de pertes de vente d'œuvres musicales sur le marché canadien par suite de la réception sur Internet au Canada d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur.

[178] Pour ces motifs, je ne suis pas disposé à inférer de l'arrêt *ACR* (1994), précité, le principe qu'une communication Internet ne se produit qu'au lieu où se trouve le serveur sur lequel les données qui portent atteinte au droit d'auteur sont stockées.

[179] La conclusion de la Commission suivant laquelle une communication Internet ne se produit qu'au lieu où se trouve le serveur hôte n'a pas nécessairement pour effet de nier aux compositeurs canadiens le droit à des redevances pour les œuvres musicales transmises à un utilisateur final résidant au Canada à partir d'un serveur situé, par exemple, aux États-Unis. Cela s'explique par le fait que la SOCAN a conclu des ententes réciproques avec des organismes apparentés qui se trouvent à l'étranger, et notamment aux États-Unis, avec lesquels elle peut convenir de la fixation de

[180] However, the Board's decision may have the effect of denying a royalty to the owners of other intellectual property rights. For example, the rights of performers and of sound recording makers are recognized in Canada, but not universally. On the Board's theory of the location of Internet communications, these persons would be deprived of a right to a royalty in respect of music posted on servers located in a jurisdiction that does not recognize their intellectual property rights. In the absence of any universally agreed basis or mechanism for the collection and distribution of royalties for music internationally transmitted on the Internet, any test adopted in one country may potentially lead to the imposition of either double royalties or no royalty.

[181] Indeed, the Board itself recognized the potential double royalty problem when it said (*supra*, at page 466, note 53) that a communication originating in Canada, and thus, on the Board's analysis, subject to a royalty in Canada, may also constitute an infringement of the exclusive communication right in the jurisdiction where it is received. Moreover, if music is posted on a server located in a jurisdiction that does not provide copyright protection, then, on the test adopted by the Board for locating Internet communications, a royalty would not be payable anywhere in respect of music transmitted to end users in Canada. Ultimately, the satisfactory resolution of these transborder problems will require supranational solutions at either government or industry levels, or both.

[182] Parliament may find it necessary to amend the *Copyright Act* to make express provision to deal with this and other particular copyright problems raised by the Internet, as it has done in the past in response to other technological advances, commercial developments

certaines redevances relativement aux transmissions transfrontalières Internet.

[180] La décision de la Commission risque cependant d'avoir pour effet de nier le droit à des redevances aux titulaires de droits en matière de propriété intellectuelle. Par exemple, les droits des interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores sont reconnus au Canada, mais pas universellement. Suivant la théorie élaborée par la Commission au sujet du lieu des communications Internet, ces personnes seraient privées du droit de recevoir des redevances relativement aux œuvres musicales diffusées sur des serveurs situés dans un pays qui ne reconnaît pas leurs droits en matière de propriété intellectuelle. Faute de moyen ou de mécanisme universellement reconnu en ce qui concerne la perception et la répartition des redevances sur les œuvres musicales transmises à l'échelle planétaire sur Internet, tout critère adopté dans un pays risque de conduire à l'imposition de doubles redevances ou d'aucune redevance.

[181] La Commission a d'ailleurs elle-même reconnu le risque de double imposition de redevances lorsqu'elle a dit (à la page 466, note 53) qu'une communication qui provient du Canada—et qui, suivant l'analyse de la Commission, donne lieu au versement d'une redevance au Canada—peut également constituer une violation du droit de communication exclusive dans le pays où elle est reçue. De plus, si des œuvres musicales sont diffusées sur un serveur situé dans un pays qui n'accorde aucune protection en matière de droit d'auteur, suivant le critère adopté par la Commission pour localiser les communications sur l'Internet, aucune redevance ne serait payable nulle part pour les œuvres transmises à des utilisateurs finaux situés au Canada. En fin de compte, pour résoudre de façon satisfaisante ces problèmes transfrontaliers, il faudra que les gouvernements ou l'industrie, ou les deux, trouvent des solutions transnationales qui dépassent les frontières des États.

[182] Le législateur jugera peut-être nécessaire de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* pour y insérer une disposition traitant expressément de ce problème et d'autres problèmes de droit d'auteur que soulève l'avènement de l'Internet, comme il l'a fait dans le passé

and international agreements, such as cable and satellite television, the sale of blank tapes and compact discs, and the North American Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2]].

[183] Indeed, active consideration is already being given by the Government to the implications for domestic copyright law of two important treaties concluded in 1996 by the World Intellectual Property Organization, the *WIPO Copyright Treaty* [adopted in Geneva on December 20, 1996] (WCT) and the *WIPO Performances and Phonograms Treaty* [adopted in Geneva on December 20, 1996] (WPPT), which, among other things, deal with copyright and related issues arising from networked technologies: see, for example, *Consultation Paper on Digital Copyright Issues, supra*. Legislative reforms of copyright law to implement provisions in these treaties have already been enacted in the United States (*Digital Millennium Copyright Act* [17 U.S.C. § 512 (1998)]), in Australia (*Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000* [No. 110, 2000]) and in the European Union (Directive 2001/29/EC).

[184] Meanwhile, in the absence of any directly relevant judicial authority or statutory provisions, or of much guidance from the Board on an issue that was apparently not of paramount importance when it was considering Tariff 22, the Court must undertake its own analysis and fashion as best it can a rule that has regard to the policy of the *Copyright Act* and other legal contexts raising somewhat analogous issues.

[185] As already indicated, the principal infringing activity in this case is communication by the content provider, copyright material is not communicated until

en réponse à d'autres progrès technologiques, innovations commerciales et ententes internationales, telles que la télévision par câble ou par satellite, la vente de bandes vierges et de disques compacts et l'Accord de libre-échange nord-américain [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2]].

[183] D'ailleurs, le gouvernement a commencé à examiner sérieusement certaines des répercussions en droit interne de deux importants traités sur le droit d'auteur qui ont été conclus en 1996 par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, à savoir le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* [adopté à Genève le 20 décembre 1996] (WCT) et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* [adopté à Genève le 20 décembre 1996] (WPPT). Ces traités abordent de nombreuses questions liées au droit d'auteur et aux droits connexes, et renferment des dispositions spéciales visant à répondre aux défis posés par les technologies de réseaux dans le domaine du droit d'auteur (voir *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*, précité). Des réformes législatives des règles de droit relatives au droit d'auteur ont déjà été adoptés aux États-Unis (*Digital Millennium Copyright Act* [17 U.S.C. § 512 (1998)]), en Australie (*Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000* [No. 110, 2000]) et au sein de l'Union européenne (Directive 2001/29/CE).

[184] Dans l'intervalle, faute de décision juridictionnelle ou de disposition législative portant directement sur la question et en l'absence de balises nettement définies de la Commission sur une question qui ne revêtait pas une importance capitale lorsqu'elle a statué sur le tarif 22, la Cour doit se livrer à sa propre analyse et élaborer de son mieux un principe qui tienne compte de l'esprit de la *Loi sur le droit d'auteur* et d'autres contextes juridiques qui soulèvent des questions quelque peu analogues.

[185] Ainsi que je l'ai déjà précisé, la principale activité qui constitue une violation du droit d'auteur en l'espèce est la communication d'information par le

it is received on the end user's computer, and the location of the host server cannot alone determine where the communication occurs. The question remains: what test for locating the communications under consideration here would be most consistent with the policy of the *Copyright Act* and other legal principles?

[186] In my view, a royalty may be made payable in Canada in respect of communications by telecommunication that have a real and substantial connection with Canada. I would also apply the real and substantial connection test to locating the infringing activity of authorizing a communication that occurs when a content provider posts copyright material on a host server.

[187] A real and substantial connection test is also used in other legal contexts to decide questions involving more than one jurisdiction. For example, it is used to determine whether a court has and will exercise jurisdiction to adjudicate a claim arising from a tort that has foreign elements: *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077.

[188] Thus, in *Braintech, Inc. v. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46 (B.C.C.A.), the Court refused to enforce the judgment of a Texas court awarding damages in respect of information posted on an Internet bulletin board, in the absence of evidence of a real and substantial connection between the action and Texas. In particular, the Court noted that there was no evidence that anyone in Texas had seen the offending material. Similarly, in *Gutnick v. Dow Jones & Co. Inc.*, [2001] V.S.C. 305 (Sup. Ct. Vic.), the Supreme Court of Victoria applied a real and substantial connection test to conclude that it was the appropriate forum for deciding a defamation action in respect of material uploaded onto the defendant's server in New Jersey and downloaded by end users in Victoria.

fournisseur de contenu. Or, les données protégées par le droit d'auteur ne sont communiquées que lorsque l'utilisateur final les reçoit dans son ordinateur, et l'emplacement du serveur hôte ne suffit pas à lui seul à déterminer le lieu où la communication se produit. La question demeure la même: quel critère serait le plus compatible avec l'esprit de la *Loi sur le droit d'auteur* et d'autres principes juridiques pour déterminer le lieu où se produit la communication?

[186] À mon avis, le versement d'une redevance peut être exigé au Canada à l'égard de communications par télécommunication qui ont un rattachement réel et important avec le Canada. J'appliquerais aussi le critère de rattachement réel et important au repérage de l'activité illicite consistant à autoriser la communication qui se produit lorsqu'un fournisseur de contenu rend disponibles sur un serveur hôte des éléments qui sont protégés par le droit d'auteur.

[187] On utilise aussi un critère de rattachement réel et important dans d'autres contextes juridiques pour trancher des questions mettant en présence plusieurs pays. Ce critère est par exemple utilisé pour déterminer si un tribunal peut connaître d'une demande découlant d'un délit qui comporte des éléments étrangers et s'il exercera cette compétence (*Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077).

[188] Ainsi, dans l'arrêt *Braintech, Inc. c. Kostiuk* (1999), 171 D.L.R. (4th) 46 (C.A. C.-B.), la Cour a refusé d'exécuter le jugement d'un tribunal du Texas qui avait accordé des dommages-intérêts relativement à des renseignements publiés sur un babillard électronique, en l'absence d'éléments de preuve permettant de conclure à l'existence de liens réels et importants entre l'action en justice et le Texas. La Cour a notamment fait remarquer que la preuve ne permettait pas de penser que les informations qui portaient atteinte au droit d'auteur avaient été consultées par qui que ce soit au Texas. De même, dans l'arrêt *Gutnick c. Dow Jones & Co. Inc.*, [2001] V.S.C. 305 (Cour sup. Vic.), la Cour suprême de Victoria a appliqué un critère de rattachement réel et important pour conclure qu'elle était la juridiction compétente pour statuer sur une action en diffamation

portant sur des données que la défenderesse avait téléchargées sur son serveur au New Jersey et qui avaient ensuite été téléchargées par des utilisateurs finaux à Victoria.

[189] In addition, the test was used in *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 266 A.R. 142 (C.A.), where the statement of claim alleged, among other things, that the defendants' transmissions from the United States that reached Canada breached the plaintiff's copyright. Service on the out-of-country defendants was permitted, on the ground that the plaintiff's action had a sufficiently real and substantial connection with Alberta to justify the Court in asserting jurisdiction over the defendants.

[189] Ce critère a également été utilisé dans l'affaire *WIC Premium Television Ltd. c. General Instrument Corp.* (2000), 266 A.R. 142 (C.A.), dans laquelle la demanderesse affirmait notamment dans sa déclaration que les transmissions effectuées par les défendeurs depuis les États-Unis et qui parvenaient au Canada portaient atteinte au droit d'auteur de la demanderesse. La Cour a permis à la demanderesse de signifier sa déclaration aux défendeurs situés à l'étranger au motif que l'action de la demanderesse comportait des liens suffisamment réels et importants avec l'Alberta pour la justifier d'exercer sa compétence sur les défendeurs.

[190] A real and substantial connection test has been used to determine if a criminal transaction falls within Canada's territorial jurisdiction: see, for example, in *R. v. Libman*, [1985] 2 S.C.R. 178. And, in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, a "real and substantial connection to Canada" test was applied to determine whether the Canadian Human Rights Commission had jurisdiction when a recorded message on a telephone number in Canada referred callers to a New York number where an alleged hate message could be heard.

[190] Un critère de rattachement réel et important a été utilisé pour décider si une opération criminelle ressortissait à la compétence territoriale du Canada (*R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178). Par ailleurs, dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, la Cour suprême du Canada a appliqué un critère de «lien réel et important avec le Canada» pour décider si la Commission canadienne des droits de la personne était compétente pour statuer sur une affaire dans laquelle un message enregistré au Canada invitait les personnes qui appelaient à composer un numéro de téléphone de New York où des messages présumément haineux pouvaient être entendus.

[191] In my opinion, therefore, the Copyright Board erred in law when it ignored all connecting factors other than the location of the host server for the purpose of identifying communications that occur in Canada and can therefore attract liability to pay a royalty to SOCAN. No doubt some latitude should be given to the Board to determine, case-by-case, how to apply the real and substantial connection test. The most important connecting factors will, I assume, normally be the location of the content provider, the end user and the intermediaries, in particular the host server. However, such a connection will surely exist when each of the end nodes, namely the content provider, the communicator

[191] J'estime donc que la Commission du droit d'auteur a commis une erreur de droit en ignorant tous les facteurs de rattachement autres que celui de l'emplacement du serveur hôte pour déterminer quelles communications ont lieu au Canada et sont par conséquent susceptibles d'engendrer l'obligation de verser des redevances à la SOCAN. Il convient sans doute d'accorder une certaine latitude à la Commission pour lui permettre de décider, au cas par cas, comment il convient d'appliquer le critère des liens réels et importants. J'imagine que, normalement, les facteurs de rattachement les plus importants seront la situation du fournisseur de contenu, de l'utilisateur final et des



of the material, and the end user, is in Canada.

[192] Indeed, I would go further and say that, since the policy of the Act is to protect copyright in the Canadian market, the location of the end user is a particularly important factor in determining if an Internet communication has a real and substantial connection with Canada. On the other hand, in the absence of an end user, the location of the server will be a weightier factor in determining whether the authorization of a communication has a real and substantial connection with Canada. The real and substantial connection test is also applicable to communication from caches and hyperlinks; the location of a cache or a linked site from which material is transmitted will provide an additional potentially connecting factor.

#### F. CONCLUSIONS

[193] For these reasons, I would dismiss the application, except with respect to those parts of the Board's decision holding that transmission from a cache is protected by paragraph 2.4(1)(b) and that a communication by telecommunication occurs in Canada if, but only if, the communication originates from a host server in Canada. I would set aside those parts of the decision of the Board and direct the Board to act in accordance with these reasons when setting royalties in Phase II of *Tariff 22*.

[194] In view of the novelty, difficulty and public importance of the issues raised in this application, as well as the parties' divided success, I would not award any costs.

Linden J.A.: I agree.

\* \* \*

intermédiaires, et en particulier le lieu où se trouve le serveur hôte. Toutefois, un tel lien existera sûrement lorsque chacun des nœuds terminaux, à savoir le fournisseur de contenu, celui qui communique les données et l'utilisateur final se trouvent tous au Canada.

[192] En fait, j'irais jusqu'à dire que, comme la Loi a pour objet de protéger le droit d'auteur sur le marché canadien, le lieu où se trouve l'utilisateur final revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si une communication Internet a des liens réels et importants avec le Canada. En revanche, en l'absence d'utilisateur final, l'emplacement du serveur constituera un facteur qui aura plus de poids pour déterminer si l'autorisation d'une communication comporte des liens réels et importants avec le Canada. Le critère de l'existence de liens réels et importants s'applique aussi aux communications à partir d'antémémoires et d'hyperliens. L'emplacement de l'antémémoire ou du site chaîné à partir duquel sont transmises les données est susceptible de constituer un facteur de rattachement supplémentaire.

#### F. CONCLUSIONS

[193] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la demande, sauf en ce qui concerne les passages de sa décision dans laquelle la Commission a jugé que la transmission de données à partir d'une antémémoire est protégée par l'alinéa 2.4(1)b) et qu'une communication par télécommunication ne se produit au Canada que si elle provient d'un serveur hôte situé au Canada. Je suis d'avis d'annuler ces passages de la décision de la Commission et d'ordonner à la Commission d'agir en conformité avec les présents motifs lorsqu'elle fixera les redevances au cours de la phase II de l'affaire du *Tarif 22*.

[194] Compte tenu de la nouveauté, de la complexité et de l'importance publique des questions soulevées par la présente demande et vu le fait que les parties ont chacune obtenu en partie gain de cause, je n'adjugerais aucuns dépens.

Le juge Linden, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

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

[195] SHARLOW J.A. (dissenting in part): I agree with the reasons of my learned colleague Evans J.A., except on the meaning of “necessary” in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*. I reproduce that provision for ease of reference:

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

...

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public; . . .

[196] According to the evidence before the Board, the capacity of the Internet is vast but not unlimited. The function of caching is to enhance the speed and efficiency of Internet communications. Thus, caching improves Internet communications, even if there are particular Internet communications that occur without caching because of a choice made by the originator or the recipient. Based on that evidence, the Board characterized caching as an activity that is ancillary to Internet communication, and concluded that an Internet intermediary whose only activity is to provide caching is entitled to the protection of paragraph 2.4(1)(b). In my view, that conclusion is correct.

[197] The word “necessary” in legislation that is intended to describe the technology of communication must be interpreted with enough flexibility to recognize incremental technological improvements. It seems to me that in the context of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, something should be considered necessary for communication if it makes communication practicable or more practicable, which is the meaning that the Board has implicitly adopted. To insist, as Evans J.A. does in paragraph 135 of his reasons, that

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

[195] LE JUGE SHARLOW, J.C.A. (dissidente en partie): Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Evans, sauf en ce qui concerne le sens du mot «nécessaires» à l’alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Je reproduis cette disposition par souci de commodité:

2.4 (1) Les règles qui suivent s’appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication:

[. . .]

b) n’effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue;

[196] Il ressort de la preuve soumise à la Commission que les capacités de l’Internet sont vastes mais pas illimitées. La mise en antémémoire vise à augmenter la vitesse et à améliorer l’efficacité des communications sur Internet. Ainsi, la mise en antémémoire améliore les communications Internet, même s’il y a certaines communications Internet qui se produisent sans qu’il y ait mise en antémémoire parce qu’un choix est effectué par l’expéditeur ou le destinataire. Sur le fondement de ces éléments de preuve, la Commission a qualifié la mise en antémémoire d’activité accessoire aux communications Internet et elle a conclu qu’un intermédiaire Internet dont la seule activité consiste à assurer la mise en antémémoire a droit à la protection de l’alinéa 2.4(1)b). À mon avis, cette conclusion est bien fondée.

[197] Il faut interpréter le mot «nécessaires» que le législateur a inséré dans la *Loi* pour qualifier la technologie utilisée pour la communication avec suffisamment de souplesse pour reconnaître les progrès technologiques constants en la matière. Il me semble que, dans le contexte de l’alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur*, quelque chose devrait être considéré nécessaire à la communication si elle rend cette communication réalisable ou plus pratique, ce qui correspond à l’interprétation que la Commission a

something is necessary for a communication only if it is something without which the communication probably would not occur, is to set the bar too high.

implicitement donnée à ce terme. En insistant pour dire, comme le juge Evans le fait au paragraphe 135 de ses motifs, qu'un dispositif est nécessaire pour qu'une communication ait lieu uniquement si, sans ce dispositif, la communication sur Internet n'aurait pas lieu, on place la barre trop haute.

A-121-01  
2002 FCA 97

A-121-01  
2002 CAF 97

**Bering Trawlers Ltd., owner of the ship “Mys Chikhacheva” (Appellant)**

**Bering Trawlers Ltd., propriétaire du navire «Mys Chikhacheva» (appelante)**

v.

c.

**Richardson International, Ltd. (Respondent)**

**Richardson International, Ltd. (intimée)**

**INDEXED AS: RICHARDSON INTERNATIONAL, LTD. v. MYS CHIKHACHEVA (THE) (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: RICHARDSON INTERNATIONAL, LTD. c. MYS CHIKHACHEVA (LE) (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Sharlow and Malone JJ.A.  
—Vancouver, March 5; Ottawa, March 22, 2002.

Cour d'appel, juges Strayer, Sharlow et Malone J.C.A.  
—Vancouver, 5 mars; Ottawa, 22 mars 2002.

*Maritime Law — Liens and Mortgages — Vessel Mys Chikhacheva arrested by respondent under warrant arising from maritime lien for necessities — Respondent carrying on business of purchasing, marketing fish products on worldwide basis — Lent money to Russian corporation (Starodubskoe) for refitting factory ship Yuzhnie Kurily — Expenditures made by respondent for benefit of Starodubskoe giving rise to maritime lien at issue — Failure to take mortgage over arrested vessel not defeating maritime lien unless latter expressly waived in relevant contract — No waiver by respondent of maritime lien for necessities.*

*Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Le navire Mys Chikhacheva a été saisi par l'intimée en vertu d'un mandat découlant d'un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires — L'intimée exploite une entreprise qui consiste à acheter et à commercialiser des produits du poisson à l'échelle mondiale — Elle a prêté de l'argent à une société russe (Starodubskoe) aux fins de la remise en état du navire-usine Yuzhnie Kurily — Les dépenses engagées par l'intimée au bénéfice de Starodubskoe ont donné lieu au privilège maritime en cause — Le fait de ne pas avoir grevé le navire saisi d'une hypothèque ne fait pas échec au privilège maritime, sauf si celui-ci a fait l'objet d'une renonciation expresse dans le contrat en question — L'intimée n'a pas renoncé au privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires.*

*Conflict of Laws — Respondent obtaining default judgment against Russian corporation in U.S. Court for unpaid expenditures but unable to recover on judgment — Proper law of contract for provision of necessities at issue — Burden on respondent to show American law applied — F.C.T.D. Judge ruling proper law of contract American law — No basis for interfering with ruling — Court required to determine system of law having closest, most real connection to contract — Most compelling factor arbitration clause in marketing contract — Clause indicative of parties' implied intention to have American law applied — American maritime law precluding application of set-off provisions.*

*Conflit de lois — L'intimée a obtenu un jugement par défaut contre une société russe devant une Cour américaine pour frais impayés, mais n'a pu recouvrer le montant accordé par jugement — Il s'agit de déterminer le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires — Il incombe à l'intimée de prouver que le droit américain s'appliquait — Le juge de première instance a conclu que le droit applicable au contrat est le droit américain — Il n'y a pas lieu de modifier cette conclusion — La Cour doit déterminer le système de droit avec lequel le contrat a son lien le plus étroit et le plus important — Le facteur le plus convaincant est de la clause d'arbitrage dans le contrat de commercialisation — La clause révèle la volonté implicite des parties de voir le droit américain s'appliquer — Le droit maritime américain empêche l'application des clauses de compensation.*

*Practice — Pleadings — Amendments — Respondent seeking to amend maritime lien claim at last stage of action — Trial Judge allowing amendment under r. 75(1) as*

*Pratique — Actes de procédure — Modifications — L'intimée a cherché à modifier sa réclamation fondée sur un privilège maritime au stade ultime de l'action — Le juge*

*appellant unable to demonstrate prejudice — Amendment must serve interests of justice — Addition of invoices numerical alteration to lien amount, amendment serving interests of justice, not causing prejudice to opposing party.*

This was an appeal from a Trial Division decision that the appellant, Bering Trawlers Ltd., owned the vessel *Mys Chikhacheva*, that the proper law of the contract governing the provision of necessities was American law, and that the respondent was entitled to a maritime lien and judgment against the vessel. The respondent, Richardson International, Ltd., is incorporated under the laws of the State of Washington and carries on the business of purchasing and marketing fish products on a worldwide basis. As its business expanded, it began to explore commercial activities with Russian fishers. In late 1994, Lynn Richardson, the chief executive officer of Richardson, was introduced to the general director of Starodubskoe, a corporation formed under the laws of Russia, which operated 15 fishing vessels, including the *Yuzhnie Kurily*, a factory processing vessel, and two trawlers, the *Mys Chikhacheva* and the *Mys Slepikovskogo*. Richardson agreed to lend up to US\$4,000,000 to Starodubskoe for the purpose of refitting the *Yuzhnie Kurily*. This loan was reflected in a group of documents (the security package) consisting of a mortgage on the *Yuzhnie Kurily*, a promissory note, a marketing agreement and addenda to each of these documents. The expenditures made by Richardson for the benefit of Starodubskoe gave rise to the maritime lien at issue. In September 1996, Starodubskoe signed an acknowledgment of "global indebtedness" to Richardson in the amount of US\$1,828,728.40, but it was never paid. Following the arrest of the *Mys Chikhacheva*, Richardson obtained a default judgment against Starodubskoe but was unable to recover on the judgment. The Trial Judge, Dubé J., found that Bering was the owner of the *Mys Chikhacheva*, but that Richardson's maritime lien for necessities was nonetheless valid in the amount of US\$336,969.84, based on the fact that Starodubskoe was a bareboat charterer of that vessel. The issues on appeal were: (1) the determination of the proper law of the contract; (2) whether Richardson had waived its right to a maritime lien over the *Mys Chikhacheva*; (3) whether the costs of supplies and services were to be set-off against the value of fish transshipments and (4) the calculation of the total amount of the lien.

*de première instance a accueilli la requête en modification en vertu de la règle 75(1), l'appelante n'ayant pas réussi à établir qu'elle subirait un préjudice — La modification doit servir les intérêts de la justice — L'ajout de ces factures était une simple modification numérique au montant du privilège, modification qui servait les intérêts de la justice et ne causait pas de préjudice à l'autre partie.*

Appel d'une décision de la Section de première instance portant que l'appelante, Bering Trawlers Ltd., était propriétaire du navire *Mys Chikhacheva*, que le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires était le droit américain, et que l'intimée avait droit à un privilège maritime et à un jugement contre le navire. L'intimée Richardson International, Ltd. est constituée sous le régime des lois de l'État de Washington et exploite une entreprise dont les activités consistent à acheter et à commercialiser des produits du poisson à l'échelle mondiale. Au fur et à mesure que son entreprise prenait de l'expansion, elle a commencé à étudier la possibilité d'établir des relations commerciales avec les pêcheurs russes. À la fin de l'année 1994, Lynn Richardson, présidente-directrice générale de Richardson, a été présentée au directeur général de Starodubskoe, société constituée en vertu des lois russes, qui exploitait 15 bateaux de pêche, notamment le *Yuzhnie Kurily*, un navire-usine de traitement, et deux chalutiers, le *Mys Chikhacheva* et le *Mys Slepikovskogo*. Richardson a accepté de prêter jusqu'à concurrence de 4 000 000 \$US à Starodubskoe aux fins de la remise en état du *Yuzhnie Kurily*. Cette entente a été consignée dans un ensemble de contrats (l'entente de garantie globale) comprenant une hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily*, un billet, un contrat de commercialisation et un addenda joint à chacun de ces documents. Les dépenses engagées par Richardson au bénéfice de Starodubskoe ont donné lieu au privilège maritime en cause. En septembre 1996, Starodubskoe a signé une reconnaissance de «dette globale» en faveur de Richardson, d'un montant de 1 828 728,40 \$US, mais ce montant n'a jamais été remboursé. À la suite de la saisie du *Mys Chikhacheva*, Richardson a obtenu un jugement par défaut contre Starodubskoe, mais n'a pu recouvrer le montant accordé par jugement. Le juge Dubé, siégeant en première instance, a conclu que Bering était le propriétaire du *Mys Chikhacheva*, mais que le privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires détenu par Richardson, d'un montant de 336 969,84 \$US, était néanmoins valide compte tenu du fait que Starodubskoe était un affrèteur coque nue de ce navire. Il s'agissait 1) de déterminer le droit applicable au contrat, 2) de décider si Richardson avait renoncé à son droit à un privilège maritime à l'égard du *Mys Chikhacheva*, 3) de décider si les frais se rapportant aux provisions et services fournis pouvaient être déduits de la valeur des transbordements de poisson et 4) d'établir le calcul du montant total du privilège.

*Held*, the appeal should be dismissed.

(1) Richardson alleged that the proper law of the contract was American, but the burden remained on it to show that American law applied. A trial judge's determination of the proper law of a contract will be granted a high level of curial deference, being analogous to a finding of fact. In order to determine the proper law of a contract, the Court must determine the system of law that has the closest and most real connection to the contract. The Trial Division Judge held that there was an express choice of American law in clause 27 of the mortgage agreement. In so doing, he properly considered the totality of the contractual relationship between Richardson and Starodubskoe. The addendum to the marketing contract granted a security in favour of Richardson over all production from the three vessels until the refit loan was fully repaid. Dubé J. was correct in having recourse to the full factual matrix behind the relationship between Richardson and Starodubskoe. Since the marketing contract contained no express choice of law, it was necessary to determine the system of law that has the closest and most substantial connection to the marketing contract. The most compelling of all factors is the presence of the arbitration clause in the marketing contract. This clause is indicative of the parties' implied intention to have American law apply. Though not determinative, the arbitration clause is highly persuasive. Even if the contract was executed in Russia and performance was to occur, at least partly, in Russia, the proper law was, by implication, American.

(2) The Trial Judge concluded that there had been no waiver of the maritime lien for necessities on the part of Richardson. The failure by Richardson to take a mortgage over the *Mys Chikhacheva* did not defeat a maritime lien, unless the lien was expressly waived in the relevant contract. Considering that the maritime lien rights of Richardson were preserved, even against the mortgaged vessel *Yuzhnie Kurily*, *a fortiori*, Richardson must not have waived the right to place liens over unmortgaged ships like the *Mys Chikhacheva*. Dubé J. was correct in holding that no waiver had occurred, given the strong presumption against such waiver under American law.

(3) It was said that Richardson was under a contractual duty to deduct the cost of any supplies and services provided to Starodubskoe from the value of fish shipped from the latter to Richardson. The set-off provisions could

*Arrêt*: l'appel est rejeté.

1) Richardson a fait valoir que le droit applicable au contrat était le droit américain, mais il lui incombait de prouver que ce droit s'appliquait. La conclusion tirée par le juge de première instance quant au droit applicable au contrat doit, à l'instar d'une conclusion de fait, faire l'objet d'un degré élevé de retenue judiciaire. Pour établir le droit applicable au contrat, le tribunal détermine le système de droit avec lequel le contrat a son lien le plus étroit et le plus important. Le juge de première instance a conclu que les parties avaient effectivement désigné le droit américain de façon expresse à la clause 27 de l'hypothèque. Il a ainsi tenu compte à bon droit de l'ensemble de la relation contractuelle existant entre Richardson et Starodubskoe. L'addenda au contrat de commercialisation accordait une garantie à Richardson sur toute la production des trois navires jusqu'au remboursement complet du prêt de remise en état. Le juge Dubé a eu raison de se fonder sur l'ensemble du contexte factuel dans lequel s'est inscrite la relation entre Richardson et Starodubskoe. Comme le contrat de commercialisation ne contenait aucun choix exprès quant au droit applicable, il fallait déterminer le système de droit avec lequel il a son lien le plus étroit et le plus important. Le facteur le plus convaincant tient à la présence de la clause d'arbitrage dans le contrat de commercialisation. Cette clause révèle la volonté implicite des parties de voir le droit américain s'appliquer. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, la clause d'arbitrage est très convaincante. Même si le contrat a été conclu en Russie et que son exécution devait avoir lieu, au moins en partie, en Russie, le droit applicable était, implicitement, le droit américain.

2) Le juge de première instance a conclu que Richardson n'avait pas renoncé au privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires. Le fait de ne pas avoir grevé le *Mys Chikhacheva* d'une hypothèque ne fait pas échec au privilège maritime, sauf si celui-ci a fait l'objet d'une renonciation expresse dans le contrat en question. Comme les droits à un privilège maritime de Richardson sont préservés, même en ce qui concerne le navire hypothéqué *Yuzhnie Kurily*, à plus forte raison, Richardson ne doit pas avoir renoncé au droit de grever d'un privilège les navires non hypothéqués comme le *Mys Chikhacheva*. Le juge Dubé a eu raison de conclure qu'aucune renonciation n'était intervenue, compte tenu de la forte présomption qui existe à l'encontre d'une telle renonciation en droit américain.

3) On a affirmé que Richardson avait une obligation contractuelle de déduire les frais se rapportant aux provisions et services fournis à Starodubskoe de la valeur des transbordements de poisson effectués par Starodubskoe

not, however, become operative until an amount was actually "due" to Starodubskoe, a situation which could not arise until it had met its obligations under the addendum, and repaid the entire loan amount. The operation of the set-off clauses was subordinate to the language in the addendum to the marketing contract. The lien for necessities ranked first in priority and the set-off provisions of the marketing contract do not take priority over Richardson's lien in terms of allocation of funds as between debts. Given the addendum to the marketing contract and the Trial Judge's finding that American maritime law precludes the application of the set-off provisions, the appellant's argument on the set-off issue must fail.

(4) Under rule 75 of the *Federal Court Rules, 1998*, the Court may allow a party to amend a document on such terms as will protect the rights of all parties. In this case, Richardson sought to amend its maritime lien claim at the last possible stage of the action, that is, just prior to its closing argument. The Trial Judge allowed the amendment under subsection 75(1) as the appellant was unable to demonstrate prejudice. An amendment should be allowed at any stage of an action if it serves the interests of justice. The addition of invoices was a numerical alteration to the lien amount, a type of amendment expressly authorized by this Court in *Meyer v. Canada*, on the basis that such amendments were in the interests of justice and could not act to prejudice the opposing party in a meaningful way. The Trial Judge's decision gave sufficient weight to all relevant circumstances; it was discretionary in nature and, in the absence of a clear error of law, was therefore entitled to significant deference.

en faveur de Richardson. La compensation ne peut s'opérer tant qu'un montant n'est pas vraiment «dû» à Starodubskoe, situation qui ne peut se présenter que lorsque celle-ci a rempli ses obligations en vertu de l'addenda et remboursé le prêt en totalité. L'application des clauses de compensation était assujettie à la formulation utilisée dans l'addenda au contrat de commercialisation. Le privilège se rapportant aux approvisionnements nécessaires se classait au premier rang, et les clauses de compensation contenues dans le contrat de commercialisation ne font pas en sorte d'accorder un premier rang devant le privilège de Richardson en termes d'allocation des montants, comme c'est le cas entre plusieurs dettes. Compte tenu de l'addenda au contrat de commercialisation et de la conclusion du juge de première instance que le droit maritime américain empêche l'application des clauses de compensation, l'argument de l'appelante sur la question de la compensation doit être rejeté.

4) En vertu de la règle 75 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, la Cour peut autoriser une partie à modifier un document si ces modifications sont faites à des conditions qui permettent de protéger les droits de toutes les parties. En l'espèce, Richardson a cherché à modifier sa réclamation fondée sur un privilège maritime au stade ultime de l'action, soit juste avant de présenter ses conclusions finales. Le juge de première instance a accueilli la requête en modification en vertu du paragraphe 75(1), l'appelante n'ayant pas réussi à établir qu'elle subirait un préjudice. Une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action si elle sert les intérêts de la justice. L'ajout de ces factures était une simple modification numérique au montant du privilège, modification qui a été expressément autorisée par la présente Cour dans *Meyer c. Canada*, au motif que de telles modifications servent les intérêts de la justice et ne peuvent avoir pour effet de causer un préjudice significatif à l'autre partie. La décision du juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à toutes les circonstances pertinentes; elle était de nature discrétionnaire et, en l'absence d'une erreur de droit manifeste, on doit donc faire preuve d'une grande retenue à son égard.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 75.  
*Ship Mortgage Act, 1920*, 46 U.S.C. § 31301(4) (1944).  
*UNCITRAL Arbitration Rules*. UN GAOR, December 15, 1976, R. 33.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)* (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.); *Tomkinson v. First*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI*. Doc. off. AG NU, 15 décembre 1976, règle 33.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 75.  
*Ship Mortgage Act, 1920*, 46 U.S.C. § 31301(4) (1944).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)* (1992), 150 N.R. 149 (C.A.F.); *Tomkinson v. First*

*Pennsylvania Banking and Trust Co.*, [1961] A.C. 1007 (H.L.); *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443; (1967), 62 D.L.R. (2d) 138; [1967] I.L.R. 180; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (H.L.); *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, [2002] 3 F.C. 190; (2001), 209 D.L.R. (4th) 158; 283 N.R. 182. (C.A.).

## REFERRED TO:

*Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.); *Fernandez v. "Mercury Bell" (The)*, [1986] 3 F.C. 454; (1986), 27 D.L.R. (4th) 641; 66 N.R. 361 (C.A.); *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321; *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994); *Meyer v. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.); *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

## AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.  
Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

APPEAL from a Trial Division decision ([2001] 3 F.C. 41; (2001), 200 F.T.R. 76) that the appellant, Bering Trawlers Ltd., owned the vessel *Mys Chikhacheva*, that the proper law of the contract governing the provision of necessities was American law, and that the respondent, Richardson International, Ltd. was entitled to a maritime lien and judgment against the vessel. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Peter G. Bernard, Q.C.*, and *Andrew Mayer* for appellant.  
*David F. McEwen* and *Gregory G. Blue* for respondent.

*Pennsylvania Banking and Trust Co.*, [1961] A.C. 1007 (H.L.); *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443; (1967), 62 D.L.R. (2d) 138; [1967] I.L.R. 180; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (H.L.); *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Cie pétrolière impériale Ltée c. Petromar Inc.*, [2002] 3 C.F. 190; (2001), 209 D.L.R. (4th) 158; 283 N.R. 182 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.); *Fernandez c. «Mercury Bell» (Le)*, [1986] 3 C.F. 454; (1986), 27 D.L.R. (4th) 641; 66 N.R. 361 (C.A.); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321; *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994); *Meyer c. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.); *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

## DOCTRINE

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.  
Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([2001] 3 C.F. 41; (2001), 200 F.T.R. 76) statuant que l'appelante, Bering Trawlers Ltd., était propriétaire du navire *Mys Chikhacheva*, que le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires était le droit américain et que l'intimée, Richardson International, Ltd., avait droit à un privilège maritime et à un jugement contre le navire. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Peter G. Bernard, c.r.*, et *Andrew Mayer* pour l'appelante.  
*David F. McEwen* et *Gregory G. Blue* pour l'intimée.



## SOLICITORS OF RECORD:

*Campney & Murphy*, Vancouver, for appellant.

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for respondent.

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

[1] MALONE J.A.: This is an appeal from a judgment of Dubé J. (the Trial Judge) dated February 2, 2001 [[2001] 3 F.C. 41], as amended on February 20, 2001. Richardson International, Ltd. (Richardson) arrested the vessel *Mys Chikhacheva* owned by Bering Trawlers Ltd. (Bering), at Nanaimo, British Columbia on October 13, 1998 by virtue of a warrant arising from a maritime lien for necessaries. The Trial Judge held that Bering owned the vessel, that the proper law of the contract governing the provision of necessaries was American law, and that Richardson was entitled to a maritime lien and judgment against the vessel.

[2] A maritime lien has been defined as a secured right peculiar to maritime law. It is a privilege against a vessel which attaches and gains priority without any court action or any deed or any registration. It passes with the vessel when the vessel is sold to another owner, who may not know of the existence of the lien. In this sense the maritime lien is a secret lien which has no equivalent in the common law; rather, it fulfils the concept of a "privilege" under the civil law and the *lex mercatoria* (see Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. (Montréal: International Shipping Publications, 1998), at pages 59-60).

[3] Maritime liens for necessaries are not recognized under Canadian law (see *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199 (C.A.)), but are provided for in American maritime law. Generally speaking, a lien for necessaries will arise where a supplier has, on the order of the owner

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour l'appelante.

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE MALONE, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'un jugement rendu par le juge Dubé (le juge de première instance) le 2 février 2001 [[2001] 3 C.F. 41], tel qu'il a été modifié le 20 février 2001. Richardson International, Ltd. (Richardson) a saisi le navire *Mys Chikhacheva*, propriété de Bering Trawlers Ltd. (Bering), à Nanaimo (Colombie-Britannique) le 13 octobre 1998, en vertu d'un mandat découlant d'un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires. Le juge de première instance a statué que Bering était le propriétaire du navire, que le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires était le droit américain, et que Richardson avait droit à un privilège maritime et à un jugement contre le navire.

[2] Le privilège maritime a été défini comme étant un droit garanti propre au droit maritime. Il s'agit d'un privilège qui grève un navire, qui y est rattaché et qui a priorité sans qu'une mesure judiciaire, la constitution d'un acte ou un enregistrement ne soient nécessaires. Ce privilège est transféré avec le navire lorsque celui-ci est vendu à un autre propriétaire, qui ne connaît peut-être pas l'existence du privilège. En ce sens, le privilège maritime est un privilège secret qui n'a pas d'équivalent en common law; il correspond davantage à la notion de «priorité» du droit civil et de la *lex mercatoria* (voir Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2<sup>e</sup> éd. (Montréal: International Shipping Publications, 1998), aux pages 59 à 60).

[3] Les privilèges maritimes se rapportant aux approvisionnements nécessaires ne sont pas reconnus en droit canadien (voir *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.)), mais ils existent en droit maritime américain. De façon générale, un privilège sur les approvisionnements

or person authorized by the owner, provided an item to a vessel which is reasonably necessary for the vessel to perform its business. Such items explicitly include repairs, supplies, towage, and use of a dry dock or marine railway: [*Ship Mortgage Act, 1920*] 46 U.S.C. § 31301(4) (1994). The list has been extended by case law to include those items reasonably needed in the ship's business.

#### FACTS

[4] A detailed understanding of the facts as determined by the Trial Judge is essential in order to dispose of this appeal.

[5] Richardson is a corporation incorporated under the laws of the State of Washington, one of the United States of America, and carries on the business of purchasing and marketing fish products on a worldwide basis. As early as 1988-1989, Richardson began purchasing fish from the Polish fishing fleet operating in the Sea of Okhotsk. In 1989-1990, Lynn Richardson, the chief executive officer of Richardson, travelled to Moscow and Vladivostok to arrange logistical support for the Polish fishers. Later, Richardson began to have contacts with Russian fishing enterprises in the Far East, some of which were collective enterprises originally established in the Soviet period.

[6] As its business expanded, Richardson began to explore commercial activities with Russian fishers, hoping to find a Russian fishing enterprise with a processing vessel capable of producing a sufficient quantity and quality of fish product to meet its standards. In exchange for marketing rights to fish products, Richardson intended to provide the eventual Russian fishing collective with management services or financing for vessel improvements and operations, or both.

nécessaires prend naissance lorsqu'un fournisseur, sur l'ordre du propriétaire ou d'une personne autorisée par celui-ci, fournit à un navire un bien ou un service raisonnablement nécessaire à son bon fonctionnement. Ces biens et services comprennent explicitement les réparations, les provisions fournies, le remorquage et l'accès à une cale sèche ou à un slip de carénage: [*Ship Mortgage Act, 1920*] 46 U.S.C. § 31301(4) (1994). À cette liste la jurisprudence a ajouté tous les biens et services raisonnablement nécessaires au bon fonctionnement du navire.

#### LES FAITS

[4] Afin de trancher le présent appel, il est essentiel de comprendre en détail les faits tels qu'ils ont été établis par le juge de première instance.

[5] Société constituée sous le régime des lois de l'État de Washington, l'un des États-Unis d'Amérique, Richardson exploite une entreprise dont les activités consistent à acheter et à commercialiser des produits du poisson à l'échelle mondiale. Dès 1988-1989, Richardson a commencé à acheter du poisson de la flotte de pêche polonaise naviguant dans la mer d'Okhotsk. En 1989-1990, Lynn Richardson, présidente-directrice générale de Richardson, s'est rendue à Moscou et à Vladivostok pour mettre sur pied un soutien logistique aux pêcheurs polonais. Plus tard, Richardson a commencé à prendre des contacts avec des entreprises de pêche russes d'Extrême-Orient, dont certaines étaient des entreprises collectives initialement établies à l'époque soviétique.

[6] Au fur et à mesure que son entreprise prenait de l'expansion, Richardson a commencé à étudier la possibilité d'établir des relations commerciales avec les pêcheurs russes, espérant trouver une entreprise de pêche russe possédant un navire de traitement capable de produire des produits du poisson en quantité et en qualité suffisantes pour correspondre à ses normes. En échange des droits de commercialisation de ces produits, Richardson avait l'intention de fournir à cette entreprise des services de gestion ou de financement relativement à l'amélioration ou à l'exploitation du navire, ou les deux.

[7] Bering is the owner of the ship *Mys Chikhacheva*, which is the subject of these proceedings, and itself is owned by the Sakhalin Union of Fishing Collectives (the Union). The Union has some 10,000 members, including ZAO RPK Starodubskoe (Starodubskoe), a corporation formed under the laws of Russia, and also owns a number of organizations including Bering. The Union carries on general marketing activities, and provides technical advice on the operations of vessels, as well as legal services and government relations.

[8] In late 1994, Ms. Richardson was introduced to V. Moukhin, the general director of Starodubskoe which operated 15 fishing vessels, including the *Yuzhnie Kurily*, a factory processing vessel, and two trawlers, the *Mys Chikhacheva* and the *Mys Slepikovskogo*. In January 1995, Ms. Richardson again went to Russia and was shown certificates of ownership for the three vessels indicating that they were all owned by Kotovsky, Starodubskoe's corporate predecessor. Mr. Moukhin provided Ms. Richardson with a copy of an official document relating to the change of name from Kotovsky to Starodubskoe and an English translation.

[9] Richardson agreed to lend up to US\$4,000,000 to Starodubskoe (the refit loan) for the purpose of refitting the *Yuzhnie Kurily* so that this vessel could process fish products which met both North American and Western European standards. Richardson was to have the exclusive right to market the products of the three vessels until the debt for the conversion of the *Yuzhnie Kurily* was repaid, and thereafter until the arrangement was terminated by one of the parties. This arrangement was reflected in a group of documents (the security package) executed in English and Russian in October 1995, consisting of a mortgage on the *Yuzhnie Kurily*, a promissory note, a marketing agreement (the marketing contract), and addenda to each of these documents.

[10] Richardson did not intend to profit from the loan in isolation from its other transactions with

[7] Bering est propriétaire du navire *Mys Chikhacheva*, objet du présent litige, et appartient elle-même au Syndicat des coopératives de pêche de Sakhaline (le syndicat). Le syndicat compte environ 10 000 membres, dont ZAO RPK Starodubskoe (Starodubskoe), société constituée en vertu des lois russes, et englobe également plusieurs organisations, dont Bering. Le syndicat exerce des activités générales de commercialisation, fournit des conseils techniques au sujet du fonctionnement des navires ainsi que des conseils juridiques et assure la liaison avec l'État.

[8] À la fin de l'année 1994, M<sup>me</sup> Richardson a été présentée à V. Moukhin, directeur général de Starodubskoe, qui exploitait 15 bateaux de pêche, notamment le *Yuzhnie Kurily*, un navire-usine de traitement, et deux chalutiers, le *Mys Chikhacheva* et le *Mys Slepikovskogo*. En janvier 1995, M<sup>me</sup> Richardson est retournée en Russie et on lui a montré les certificats de propriété des trois navires indiquant que ceux-ci appartenaient tous à Kotovsky, nom sous lequel Starodubskoe était autrefois connue. M. Moukhin a remis à M<sup>me</sup> Richardson une copie d'un document officiel faisant état du changement de nom de Kotovsky à Starodubskoe, ainsi qu'une traduction anglaise.

[9] Richardson a accepté de prêter jusqu'à concurrence de 4 000 000 \$US à Starodubskoe (le prêt de remise en état) aux fins de la remise en état du *Yuzhnie Kurily* pour que ce navire puisse traiter les produits du poisson conformément aux normes tant de l'Amérique du Nord que de l'Europe de l'Ouest. Richardson devait détenir le droit exclusif de commercialiser les produits des trois navires tant que la dette relative à la transformation du *Yuzhnie Kurily* n'était pas remboursée et, par la suite, tant que l'entente n'était pas résiliée par l'une ou l'autre partie. Cette entente a été consignée dans un ensemble de contrats (l'entente de garantie globale) rédigés en anglais et en russe en octobre 1995, comprenant une hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily*, un billet, un contrat de commercialisation et un addenda joint à chacun de ces documents.

[10] Richardson n'avait pas l'intention de tirer profit du prêt séparément de ses autres transactions

Starodubskoe. Richardson borrowed funds from the U.S. Bank of Washington at 1.5% over the prime rate, and in turn lent those funds at the same rate to Starodubskoe. The promissory note stipulated that all payments under the mortgage and promissory note were to be made in United States currency at Richardson's civic address in Bellevue, Washington.

[11] The documents comprising the security package were originally drawn by Richardson's American lawyers, but were amended by non-legal personnel of Starodubskoe and Richardson during the give and take of their negotiations. Key to the issue of the existence of a maritime lien in this appeal are certain provisions in the security package documents. For example:

a. A mortgage of the *Yuzhnie Kurily* granted to Richardson by Starodubskoe (the mortgage), the relevant portions of which read as follows:

#### RECITALS

...

B. The Loan Agreement. The Mortgagee [Richardson] has agreed to make a loan to the Owner [Starodubskoe] in an amount not to exceed [US\$4,000,000.00] (the "Loan"), which is evidenced by a promissory note of even date herewith (the "Note"). The Loan may be advanced in one or more installments, may be subject to repayment and subsequent relending, and may be less than the above-indicated amount, but in all cases the Loan shall be evidenced by the Note.

C. Purpose of the Mortgage. The purpose of this Mortgage is to secure the Mortgagee's interest under the Note and in respect of the Loan. . . .

#### COVENANTS, TERMS, AND CONDITIONS

1. Promise to Comply. The Owner shall pay the indebtedness evidenced by the Note, the Loan and this Mortgage with interest and shall observe, perform, and comply with each and every one of the covenants, terms, and conditions in the Note and this Mortgage, express or implied. The Note is incorporated herein by reference. In the event of any conflict or inconsistency between the terms of this Mortgage and the terms of the Note, the terms of the Note shall control.

avec Starodubskoe. Richardson a emprunté des fonds au taux préférentiel de la U.S. Bank of Washington majoré de 1,5 %, puis a prêté ces fonds à Starodubskoe au même taux. Le billet stipulait que toutes les sommes à payer en vertu de l'hypothèque et du billet devaient l'être en argent américain à l'adresse de Richardson, à Bellevue (Washington).

[11] Les contrats constituant l'entente de garantie globale ont d'abord été rédigés par les avocats américains de Richardson, mais ont ensuite été modifiés par le personnel non juriste de Starodubskoe et Richardson au fil des concessions mutuelles faites dans le cadre de leurs négociations. La réponse à la question de savoir s'il existe un privilège maritime dans le présent appel se trouve dans certaines dispositions de ces contrats. Par exemple:

a. Une hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily* consentie à Richardson par Starodubskoe (l'hypothèque), dont les dispositions pertinentes se lisent comme suit:

[TRADUCTION]

#### PRÉAMBULE

[. . .]

B. Prêt. Le créancier hypothécaire [Richardson] consent au propriétaire [Starodubskoe] un prêt jusqu'à concurrence de [4 000 000 \$US] (le prêt), lequel est constaté par un billet en date de ce jour (le billet). Le prêt pourra être décaissé au moyen d'une ou de plusieurs avances, pourra faire l'objet d'un remboursement et d'un décaissement subséquent, et pourra être d'un montant inférieur à celui indiqué ci-dessus, mais, dans tous les cas, le prêt sera constaté par le billet.

C. But de l'hypothèque. La présente hypothèque a pour but de garantir les intérêts du créancier hypothécaire en vertu du billet et à l'égard du prêt [. . .]

#### ENGAGEMENTS, TERMES ET CONDITIONS

1. Promesse de se conformer. Le propriétaire s'engage à payer la dette constatée par le billet, le prêt et la présente hypothèque, en capital et intérêt, et s'engage à observer, exécuter et se conformer à tous les engagements, termes et conditions, exprès ou implicites, stipulés dans le billet et dans la présente hypothèque. Le billet est incorporé à la présente hypothèque par renvoi. En cas de conflit ou de divergence entre la présente hypothèque et le billet, les termes du billet prévaudront.

...

4. Perfection of Mortgage. The Owner [Starodubskoe] shall comply with and satisfy at its cost all the provisions of the laws of Russia in order to establish, perfect, and maintain this Mortgage as a first preferred mortgage on the Vessel and on all additions, improvements, and replacements made in or to it.

...

5.3 Vessel Registration. The Vessel is and shall remain registered or documented under the laws of Russia. Owner represents and warrants that the Vessel is not presently registered or documented in any other jurisdiction. The Owner shall maintain the Vessel's documents under the laws of Russia and comply with all the provisions of the laws of Russia for operation in the Russian fisheries.

14. Recording of Instruments; Other Security. . . . This Mortgage shall not prevent Mortgagee from asserting any maritime lien rights it may otherwise have in respect of the Vessel as a result of payments it makes to the shipyard undertaking work on the Vessel and shall not otherwise displace or otherwise effect [*sic*] such lien rights, even if the sums which give rise to such maritime lien rights are also the subject of this mortgage.

...

19.2. Foreclosure. The Mortgagee may exercise all the rights and remedies of foreclosure and otherwise given to mortgagees by the laws of Russia, and by the laws of other jurisdictions, to the extent necessary and desirable.

...

19.6. Remedies Under Law. The Mortgagee may exercise any and all remedies available to the Mortgagee under the laws of the Russian Federation, and the Uniform Commercial Code of the State of Washington and other laws of United States.

...

27. Governing Law. To the extent not governed by the laws of Russia, the Mortgage shall in all respects be governed by and construed in accordance with the laws of the State of Washington. The Owner irrevocably submits to the nonexclusive jurisdiction of the state and federal courts situated in King County, Washington in any proceeding relating to this Mortgage and agree that any process or summons in any such action may be served by mailing to Owner a copy thereof. As used in this Section 27, "the laws

[. . .]

4. Perfection de l'hypothèque. Le propriétaire [Starodubskoe] s'engage à se conformer et à respecter, à ses frais, toutes les dispositions des lois russes afin d'établir, de parfaire, et de maintenir la présente hypothèque de premier rang sur le navire et sur tous les ajouts, améliorations et remplacements s'y rapportant.

[. . .]

5.3 Immatriculation du navire. Le navire est et demeurera immatriculé ou inscrit en vertu des lois de la Russie. Le propriétaire déclare et garantit que le navire n'est pas présentement immatriculé ou inscrit dans un autre pays. Le propriétaire s'engage à maintenir l'immatriculation du navire en vertu des lois russes et à se conformer à toutes les dispositions de ces lois relatives à l'exploitation d'une entreprise dans le domaine de la pêche russe.

14. Enregistrement d'actes; autre garantie [. . .] La présente hypothèque n'aura pas pour effet d'empêcher le créancier hypothécaire de faire valoir les droits à un privilège maritime dont il pourrait autrement disposer à l'égard du navire par suite des paiements faits au chantier maritime pour des travaux effectués sur le navire, et n'aura pas non plus pour effet de supplanter ou d'autrement affecter lesdits droits, et ce, même si les montants qui sont à l'origine de ces droits sont également visés par la présente hypothèque.

[. . .]

19.2. Forclusion. Le créancier hypothécaire pourra exercer tous les droits et recours de la forclusion, de même que ceux qui appartiennent autrement aux créanciers hypothécaires en vertu des lois de la Russie, et des lois d'autres pays, dans la mesure où cela est nécessaire et souhaitable.

[. . .]

19.6. Recours en vertu de la loi. Le créancier hypothécaire pourra exercer tous et chacun des recours dont il dispose en vertu des lois de la Fédération de Russie, du Code commercial uniforme de l'État de Washington et des autres lois des États-Unis.

[. . .]

27. Droit applicable. Dans la mesure où elle n'est pas régie par les lois russes, l'hypothèque est à tous les égards régie par les lois de l'État de Washington et est interprétée conformément à ces lois. Le propriétaire s'en remet d'une façon irrévocable à la compétence non exclusive des tribunaux de l'État et des tribunaux fédéraux de King County (Washington) à l'égard de toute instance relative à cette hypothèque et convient que toute procédure ou assignation dans pareille action peut être signifiée en lui

of the State of Washington" include all laws of the State of Washington except the conflicts of laws principles, it being the intent that the substantive laws of Washington shall always apply.

b. A promissory note from Starodubskoe to Richardson, incorporated by reference in the mortgage, the last paragraph of which reads as follows:

The provisions of the Marketing Agreement that concern dispute resolution, including, without limitation, arbitration and the exceptions thereto, and governing law are incorporated by this reference.

c. The marketing contract made in favour of Richardson, in which the arbitration clause reads as follows:

#### IX. ARBITRATION

Any dispute which might arise from or in relation to this contract, if not settled by negotiations, shall be settled by arbitration in accordance with UNCITRAL arbitration rules presently in force.

Place of arbitration shall be Seattle, Washington USA, the appointing authority shall be the President of Chamber of Commerce in Seattle. The number of arbitrators shall be three (3) and the language used for all documents and proceedings shall be English. Parties desire to execute the award of arbitration voluntarily. Court of arbitration shall base its award on the respective contract.

[12] The refit of the *Yuzhnie Kurily* was completed in Korea in February 1996 at a cost of over US\$2.9 million, and was paid with advances from Richardson under the refit loan. When the three vessels began fishing in the Sea of Okhotsk in early 1996, Starodubskoe orally requested that Richardson supply fuel and provisions and Richardson agreed. Amounts paid out by Richardson for these supplies were added to the indebtedness under the mortgage, as were amounts paid by Richardson pursuant to the marketing contract for the costs of fish processing machine technicians (Baader Technicians) required for the vessels. These expenditures made by Richardson for the benefit of Starodubskoe ultimately

envoyant une copie par la poste. Telle qu'elle est employée au présent article 27, l'expression «les lois de l'État de Washington» s'entend de toutes les lois de l'État de Washington à l'exception des principes régissant les conflits de lois, l'intention étant que les règles juridiques de fond de l'État de Washington s'appliquent dans tous les cas.

b. Un billet souscrit par Starodubskoe à Richardson, incorporé à l'hypothèque par renvoi, dont le dernier paragraphe se lit comme suit:

[TRADUCTION] Les dispositions du contrat de commercialisation se rapportant au règlement de litiges, notamment celle relative à l'arbitrage et à ses exceptions, de même qu'au droit applicable, sont incorporés par le présent renvoi.

c. Le contrat de commercialisation en faveur de Richardson, où l'on retrouve la clause d'arbitrage suivante:

[TRADUCTION]

#### IX. ARBITRAGE

Tout litige fondé sur le présent contrat ou se rapportant au présent contrat, s'il n'est pas réglé au moyen de négociations, doit l'être par arbitrage conformément aux règles d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

L'arbitrage aura lieu à Seattle, dans l'État de Washington (É-U); le président de la chambre de commerce de Seattle sera chargé de désigner les arbitres. Trois (3) arbitres seront désignés et l'anglais sera utilisé dans tous les documents et dans toutes les procédures. Les parties souhaitent exécuter la décision arbitrale à l'amiable. Le tribunal d'arbitrage fondera sa décision sur le contrat en cause.

[12] La remise en état du *Yuzhnie Kurily* a été achevée en Corée au mois de février 1996 à un coût de plus de 2,9 millions de dollars américains, et a été payée au moyen des avances faites par Richardson en vertu du prêt de remise en état. Lorsque les trois navires ont entrepris leurs activités de pêche dans la mer d'Okhotsk au début de l'année 1996, Starodubskoe a demandé verbalement à Richardson de fournir du mazout et des provisions et Richardson a accepté. Les montants payés par Richardson pour ces fournitures ont été ajoutés au montant de la dette garantie par l'hypothèque, comme l'ont été les montants payés par Richardson en application du contrat de commercialisation pour les frais concernant

gave rise to the maritime lien at issue in this appeal.

[13] While Richardson was supplying the three vessels in the early spring of 1996, Starodubskoe was selling the product from the vessels to third parties in violation of the marketing contract, specifically the provisions of the addendum to that contract, which provided for the assignment of all product of the ship to Richardson as security for the refit loan. Richardson protested the breaches of the marketing contract but further transshipments nonetheless continued to third parties as well as to Richardson. Finally, Starodubskoe sent a fax in May 1996 purporting to terminate its relationship with Richardson.

[14] On September 6, 1996, Starodubskoe signed an acknowledgment of "global indebtedness" to Richardson in the amount of US\$1,828,728.40, but it was never paid. Richardson and Starodubskoe both eventually entered forms of bankruptcy in their respective countries. In October 1997, Starodubskoe's arbitration manager, a form of trustee, confirmed in a written acknowledgment that the debt to Richardson then stood at US\$2,206,344, but nothing was paid to Richardson by or on behalf of Starodubskoe. Included in the total accounts that Richardson rendered to Starodubskoe were accounts in respect of the vessel *Mys Chikhacheva* for the following amounts:

a. Invoices for fuel supplied to the vessel in a total amount of:	\$247,017.15
b. Reimbursement to [Richardson] for the cost of Baader Technicians including travel expenses:	\$28,916.74
c. Invoices for provisions supplied to the vessels:	\$17,510.02
d. In respect of commissions on account of product transhipped from the <i>Mys Chikhacheva</i> :	\$29,678.41
TOTAL	\$323,122.32

les techniciens chargés de l'entretien des appareils de traitement du poisson (les techniciens de Baader) nécessaires aux navires. Ces dépenses engagées par Richardson au bénéfice de Starodubskoe ont finalement donné lieu au privilège maritime en cause dans le présent appel.

[13] Au moment où Richardson fournissait les provisions aux trois navires, soit au début du printemps 1996, Starodubskoe vendait la production des navires à des tiers en violation du contrat de commercialisation, plus particulièrement des dispositions de l'addenda à ce contrat, qui prévoyait une cession de toute la production du navire à Richardson en garantie du prêt de remise en état. Richardson a protesté contre ces violations du contrat de commercialisation, mais d'autres transbordements en faveur de tiers et de Richardson ont tout de même été effectués. Finalement, au mois de mai 1996, Starodubskoe a envoyé une télécopie afin de mettre fin à sa relation avec Richardson.

[14] Le 6 septembre 1996, Starodubskoe a signé une reconnaissance de «dette globale» en faveur de Richardson, d'un montant de 1 828 728,40 \$US, mais ce montant n'a jamais été remboursé. Par la suite, Richardson et Starodubskoe ont toutes deux enregistré une faillite dans leur pays respectif. En octobre 1997, l'arbitre chargé de la faillite (sorte de syndic) de Starodubskoe a confirmé que la dette de cette dernière envers Richardson s'élevait à 2 206 344 \$US, mais aucune somme n'a été versée à Richardson par Starodubskoe ou en son nom. La réclamation totale présentée par Richardson à Starodubskoe concernant le navire *Mys Chikhacheva* comprenait les montants suivants:

a. Comptes se rapportant au mazout fourni au navire d'un montant de:	247 017,15 \$
b. Remboursement à [Richardson] des frais concernant les techniciens de Baader, y compris les frais de déplacement:	28 916,74 \$
c. Comptes se rapportant aux provisions fournies au navire:	17 510,02 \$
d. Commissions relatives au produit transbordé du <i>Mys Chikhacheva</i> :	29 678,41 \$
TOTAL	323 122,32 \$

[15] Following the arrest of the *Mys Chikhacheva*, Richardson obtained a default judgment against Starodubskoe in the U.S. District Court at Seattle, Washington but was unable to recover on the judgment. The evidence disclosed that Starodubskoe was the bareboat charterer of the *Mys Chikhacheva* from Bering, the real owner of the vessel. Richardson learned of Bering for the first time at the commencement of its action, and had no prior notice of Bering's existence or its ownership of the *Mys Chikhacheva*.

[16] At trial, Richardson abandoned the component of its maritime lien claim for commissions in the amount of US\$29,678.41. However, Dubé J. allowed Richardson's application, made during final submissions, to amend its pleadings to include a new claim for port expenses in the amount of US\$43,525.93 for a total claim of US\$336,969.84.

[17] Based on expert evidence provided by Richardson, the Trial Judge found that Bering was the owner of the *Mys Chikhacheva*, but that Richardson's maritime lien for necessities was nonetheless valid in the amount of US\$336,969.84, based on the fact that Starodubskoe was a bareboat charterer of the *Mys Chikhacheva*. The issues on this appeal now include the proper law of the contract for the provision of necessities, whether a maritime lien exists, as well as questions of waiver, set-off, and the calculation of the total amount of the lien.

#### ISSUES

[18] The appellant raises four types of errors on the part of the Trial Judge:

a. Errors relating to determination of the proper law of the contract;

[15] À la suite de la saisie du *Mys Chikhacheva*, Richardson a obtenu un jugement par défaut contre Starodubskoe devant la Cour américaine de district, à Seattle (Washington), mais n'a pu recouvrer le montant accordé par jugement. La preuve a révélé que Starodubskoe était le bénéficiaire d'un affrètement coque nue consenti par Bering, véritable propriétaire du *Mys Chikhacheva*. Richardson a entendu parler de Bering pour la première fois au début de la présente action et n'était pas, jusque-là, au courant de son existence ou du fait que celle-ci était propriétaire du *Mys Chikhacheva*.

[16] À l'instruction, Richardson a renoncé à l'élément de sa réclamation se rapportant aux commissions, d'un montant de 29 678,41 \$US. Cependant, le juge Dubé a accueilli la demande de Richardson, faite lors de ses observations finales, visant à modifier sa déclaration pour y inclure une nouvelle réclamation se rapportant à des frais de mouillage d'un montant de 43 525,93 \$US, portant ainsi le montant total de sa réclamation à 336 969,84 \$US.

[17] Se fondant sur la preuve d'expert présentée par Richardson, le juge de première instance a conclu que Bering était le propriétaire du *Mys Chikhacheva*, mais que le privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires détenu par Richardson, d'un montant de 336 969,84 \$US, était néanmoins valide compte tenu du fait que Starodubskoe était un affréteur coque nue du *Mys Chikhacheva*. Il s'agit donc, dans le présent appel, de déterminer le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires, de décider si un privilège maritime existe, et de régler les questions de renonciation, de compensation et de calcul du montant du privilège.

#### QUESTIONS EN LITIGE

[18] L'appelante relève quatre types d'erreurs commises par le juge de première instance:

a. Erreurs dans la détermination du droit applicable au contrat;



b. Errors relating to determination of whether Richardson had waived its right to a maritime lien over the *Mys Chikhacheva*;

c. Errors relating to requirements in the marketing contract that the costs of supplies and services were to be set-off against the value of fish transshipments; and

d. Errors relating to the amount awarded by the Trial Judge.

Issue 1: Errors related to determination of the proper law of the contract

[19] In its pleadings, Richardson alleged that the proper law of the contract was American, and produced an American legal expert, Russel R. Williams, to testify with respect to its laws of necessities and maritime liens. While Bering did not plead the applicability of Russian law or produce a Russian expert, the Trial Judge correctly noted that the burden remained on Richardson to show that American law applied. The parties agreed at trial, however, that if the Canadian choice of law rules were to be applied, those rules were established by this Court in *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)* (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.).

[20] Bering now asserts that the Trial Judge erred in law and fact in his conclusion that the proper law of the contract was American law. Bering argues that the proper law is that of Russia, but since it has not been proven, the applicable law is the law of Canada, applying *Fernandez v. "Mercury Bell" (The)*, [1986] 3 F.C. 454 (C.A.).

[21] In particular, Bering suggests that Dubé J. erred in so far as he relied on various clauses in the security package to find both an express and implied choice of American law as the proper law of the contract, and that American law had the closest and most substantial connection to the contract. Bering argues that, since Richardson has admitted in its

b. Erreurs dans la détermination de la question de savoir si Richardson avait renoncé à son droit à un privilège maritime à l'égard du *Mys Chikhacheva*;

c. Erreurs concernant l'obligation, en vertu du contrat de commercialisation, de déduire les frais se rapportant aux provisions et services fournis de la valeur des transbordements de poisson; et

d. Erreurs dans le montant accordé par le juge de première instance.

Question 1: Erreurs dans la détermination du droit applicable au contrat

[19] Dans ses actes de procédure, Richardson a fait valoir que le droit applicable au contrat était le droit américain, et a cité comme témoin un expert en droit américain, Russel R. Williams, pour qu'il témoigne au sujet des lois de son pays relatives aux approvisionnements nécessaires et aux privilèges maritimes. Alors que Bering n'a pas plaidé que c'était la loi russe qui s'appliquait et n'a pas cité d'expert en droit russe, le juge de première instance a fait remarquer, à juste titre, qu'il incombait à Richardson de prouver que le droit américain s'appliquait. Les parties ont toutefois convenu à l'instruction que si les règles canadiennes régissant les conflits de lois devaient s'appliquer, ces règles avaient été établies par cette Cour dans *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)* (1992), 150 N.R. 149 (C.A.F.).

[20] Bering soutient maintenant que le juge de première instance a commis une erreur de droit et de fait en concluant que le droit applicable au contrat était le droit américain. Bering prétend que le droit applicable est le droit russe, mais puisque cela n'a pas été prouvé, le droit applicable est celui du Canada, en application du principe énoncé dans *Fernandez c. «Mercury Bell» (Le)*, [1986] 3 C.F. 454 (C.A.).

[21] Plus particulièrement, Bering affirme que le juge Dubé a commis une erreur en s'en remettant à diverses clauses de l'entente de garantie globale pour déceler la présence d'un choix tant exprès qu'implicite du droit américain en tant que droit applicable au contrat, et pour conclure que le droit américain était le système de droit avec lequel le

statement of claim that the necessities were provided under the terms of the marketing contract and addendum, only the terms of that contract are relevant. In Bering's view, the other documents, namely, the promissory note and the mortgage, were ancillary to the marketing contract. It follows from this assertion that all connecting factors arising from the mortgage and promissory note must be disregarded, and that the Trial Judge's reliance on the House of Lords decision in *Tomkinson v. First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, [1961] A.C. 1007 pointing to the law of the lender is misplaced.

[22] Turning to the marketing contract, Bering notes that there is no explicit choice of law clause in that document, and, accordingly, this Court must apply the rule in *Federal Calumet, supra*, and determine, with reference to all the circumstances, which law has the closest and most substantial connection to the contract. In asserting that Russian law, not American law meets this test, Bering relies on Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at page 561. There, the author indicates that "[w]hen the place of contracting is the same as the place of performance, the court may find it practically impossible to apply any other law to the contract."

[23] In this case, Bering points to the nature and location of the subject matter, and the place and residence of the parties, which, in its view, indicates that Russian law is closest in connection to the contract. In particular, it stresses that:

- a. All contracts were negotiated and executed in Russia;
- b. The vessels harvested fish in waters off eastern Russia, in the Sea of Ohkotsk, which is surrounded on three sides by Russia;
- c. The vessels sailed under the Russian flag;
- d. The vessels were either owned or bareboat chartered by Russian corporations;

contrat avait son lien le plus étroit et le plus important. Bering prétend que, puisque Richardson a reconnu dans sa déclaration que les approvisionnements avaient été effectués en vertu du contrat de commercialisation et de son addenda, seuls les termes de ce contrat sont pertinents. Selon Bering, les autres contrats, soit le billet et l'hypothèque, n'étaient que des accessoires au contrat de commercialisation. Il s'ensuit que tous les facteurs de rattachement découlant de l'hypothèque et du billet doivent être écartés, et que le juge de première instance a eu tort de s'appuyer sur la décision rendue par la Chambre des lords dans *Tomkinson v. First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, [1961] A.C. 1007, tranchant en faveur du droit du prêteur.

[22] Quant au contrat de commercialisation, Bering signale qu'il ne contient aucun choix exprès du droit applicable, et que, par conséquent, cette Cour doit appliquer le critère énoncé dans *Federal Calumet*, précité, et opter, compte tenu de toutes les circonstances, pour le système de droit avec lequel le contrat a son lien le plus étroit et le plus important. En affirmant que le droit russe, et non le droit américain, satisfait à ce critère, Bering invoque Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la page 561. À ce sujet, l'auteur indique que [TRADUCTION] «[l]orsque le lieu de conclusion du contrat est le même que son lieu d'exécution, la Cour peut difficilement appliquer un autre droit au contrat.»

[23] En l'espèce, Bering attire l'attention sur la nature et le lieu de l'objet du contrat, de même que sur l'établissement et la résidence des parties, qui, à son avis, démontrent que le système de droit russe est le plus étroitement lié au contrat. Plus particulièrement, elle souligne que:

- a. tous les contrats ont été négociés et conclus en Russie;
- b. les navires pêchaient le poisson au large de la côte est de la Russie, dans la mer d'Ohkotsk, entourée de la Russie sur trois côtés;
- c. les navires battaient pavillon russe;
- d. les navires étaient la propriété de sociétés russes ou affrétés coque nue par ces sociétés;

e. Fish transshipments were to take place either in or adjacent to Russian waters;

f. It is “implicit” that supplies and services would be likewise provided, and were in fact so provided;

g. The vessels were Russian and Polish in origin; and

h. Starodubskoe’s place of residence is Russia, and Richardson carried on business in Russia (though its head office was in Washington).

[24] Bering also argues that the Trial Judge placed too much weight on the arbitration clause in the marketing contract. That clause indicates that the *situs* of the arbitration is to be Washington, the appointing authority is the president of the Seattle Chamber of Commerce, the language of the arbitration is to be English, and the arbitration is to proceed under *UNCITRAL Arbitration Rules* [UN GAOR, December 15, 1976]. Bering refers specifically to Rule 33, which provides that the parties themselves must choose the proper law and that, should they fail to do so, the arbitral tribunal will apply the conflict of laws rules it deems applicable. Accordingly, since the parties did not explicitly choose the proper law, Bering submits that Russian law has the closest connection to the contract, and should apply.

[25] Finally, Bering also argues that the Trial Judge erred in considering parole evidence from Lynn Richardson as to the intention of the parties when the security package was executed. This evidence is said to be irrelevant and self-serving, and should not have been admitted.

[26] This Court in *Federal Calumet, supra*, indicated that a trial judge’s determination of the proper law of a contract will be granted high levels of curial deference, being analogous to a finding of fact. In that case, Marceau J.A. stated orally [at page 150]:

e. les transbordements de poisson devaient avoir lieu dans les eaux russes ou en des lieux adjacents;

f. il était «implicite» que les provisions et les services allaient être fournis de la même façon, et l’ont effectivement été;

g. les navires étaient d’origine russe ou polonaise; et

h. la résidence de Starodubskoe était située en Russie, et Richardson exploitait son entreprise en Russie (bien que son siège social soit situé à Washington).

[24] Bering prétend également que le juge de première instance a accordé trop d’importance à la clause d’arbitrage contenue dans le contrat de commercialisation. Cette clause prévoit que l’arbitrage aura lieu dans l’État de Washington, que le président de la chambre de commerce de Seattle sera chargé de désigner les arbitres, que la langue utilisée sera l’anglais, et que l’Arbitrage se tiendra conformément au *Règlement d’arbitrage de la CNUDCI* [Doc. off. AG NU, 15 décembre 1976]. Bering cite expressément la règle 33, qui stipule que la loi applicable au litige est la loi désignée par les parties, et que, à défaut d’une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de conflit de lois qu’il juge applicables en l’espèce. Les parties n’ayant désigné aucune loi applicable de façon expresse, Bering soutient donc que le droit russe est le plus étroitement lié au contrat, et que c’est ce droit qui devrait s’appliquer.

[25] Enfin, Bering prétend que le juge de première instance a commis une erreur en admettant la preuve testimoniale de Lynn Richardson concernant l’intention des parties au moment de la conclusion de l’entente de garantie globale. Elle fait valoir que ce témoignage est non pertinent et intéressé, et qu’il n’aurait pas dû être admis en preuve.

[26] La Cour, dans *Federal Calumet, précité*, a affirmé que la conclusion tirée par le juge de première instance quant au droit applicable au contrat doit, à l’instar d’une conclusion de fait, faire l’objet d’un degré élevé de retenue judiciaire. Dans cet arrêt, le juge Marceau, J.C.A., a dit ce qui suit de vive voix [à la page 150]:

His finding must be seen, therefore, essentially as a finding of fact which should not be overturned on appeal, since it is based on an appreciation of the circumstances from which the legal system that was most closely connected to the transaction could be inferred.

[27] I also note, however, that in the very recent decision of this Court in *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, [2002] 3 F.C. 190 (C.A.), Stone J.A. concluded that the determination of the proper law of a contract, in a case where the parties to the litigation have proceeded on an agreed statement of facts, was a question of mixed law and fact rather than one of fact *simpliciter*. In this case, it is not necessary to determine whether the question of the proper law is purely factual or a question of mixed law and fact, because, in my analysis, there is no basis under either characterization for interfering with the determination made by Dubé J.

[28] The parties agree, and are correct to say, that *Federal Calumet*, *supra*, mandates the proper process for determining the proper law of a contract. First, the Court must determine whether there is an express choice of law by the parties. If there is none, then the Court must determine whether the proper law can be inferred from the terms of the contract and the surrounding circumstances, an exercise that requires the Court to determine the system of law that has the closest and most real connection to the contract: see *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443, at page 448, where Ritchie J. stated as follows:

. . . the problem of determining the proper law of a contract is to be solved by considering the contract as a whole in light of all the circumstances which surround it and applying the law with which it appears to have the closest and most substantial connection.

This approach was also approved in *Imperial Oil*, *supra*.

[29] Turning to the reasons of the learned Trial Judge, he held that there was, in fact, an express choice of American law in clause 27 of the mortgage agreement. That clause reads:

Il faut donc voir essentiellement dans sa conclusion une conclusion sur les faits qui ne peut être infirmée en appel, puisqu'elle découle d'une appréciation des circonstances d'où il est possible de déduire les règles de droit ayant le rapport le plus étroit avec l'acte commercial en cause.

[27] Cependant, je note également que dans une décision récente de la Cour dans *Cie pétrolière impériale Ltée c. Petromar Inc.*, [2002] 3 C.F. 190 (C.A.), le juge Stone, J.C.A., a conclu que la détermination du droit applicable au contrat, dans une affaire où les faits ont été admis par les parties au litige, équivalait à une question mixte de droit et de fait plutôt qu'à une simple question de fait *simpliciter*. Dans la présente affaire, il n'est pas utile de se demander si la question du droit applicable est simplement factuelle ou s'il s'agit plutôt d'une question mixte de droit et de fait puisque, selon mon analyse, il n'y a pas lieu, dans un cas comme dans l'autre, de modifier la conclusion tirée par le juge Dubé.

[28] Les parties s'entendent, à juste titre, pour dire que l'arrêt *Federal Calumet*, précité, indique bien la marche à suivre dans la détermination du droit applicable au contrat. Le tribunal doit d'abord se demander si les parties ont expressément désigné le droit applicable. En l'absence d'une telle désignation, le tribunal doit alors se demander si le droit applicable peut être inféré des termes du contrat et des circonstances l'entourant, exercice qui implique que le tribunal détermine le système de droit avec lequel le contrat a son lien le plus étroit et le plus important: voir *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443, à la page 448, où le juge Ritchie s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] [. . .] pour déterminer la loi applicable à un contrat, il faut examiner celui-ci dans son ensemble à la lumière de toutes les circonstances qui l'entourent et appliquer le régime de droit avec lequel il semble avoir son lien le plus étroit et le plus important.

Cette approche a été approuvée dans *Cie pétrolière impériale*, précité.

[29] Le juge de première instance, pour sa part, a conclu que les parties avaient effectivement désigné le droit américain de façon expresse à la clause 27 de l'hypothèque, qui se lit comme suit:

27. Governing Law. To the extent not governed by the laws of Russia, the Mortgage shall in all respects be governed by and construed in accordance with the laws of the State of Washington. The Owner irrevocably submits to the nonexclusive jurisdiction of the state and federal courts situated in King County, Washington in any proceeding relating to this Mortgage and agree that any process or summons in any such action may be served by mailing to Owner a copy thereof. As used in this Section 27, “the laws of the State of Washington” include all laws of the State of Washington except the conflicts of laws principles, it being the intent that the substantive laws of Washington shall always apply. [Emphasis added.]

Dubé J. reached that conclusion on the basis that the supply of necessities to the *Mys Chikhacheva* was carried out within a pre-existing commercial relationship arising from the security package. The question, then, is whether he properly considered the mortgage agreement at all.

[30] In my analysis, Dubé J. properly considered the totality of the contractual relationship between Richardson and Starodubskoe. Upon my review of the security package, it is clear that none of the documents provide comprehensively for the supply of necessities to the vessels. Instead, as Richardson suggests, the supply of necessities by Richardson to Starodubskoe appears to be a key element in ensuring the attainment of the goal behind the entirety of the security package, that is, the marketing of and profit from processed fish products. The marketing contract provides only for the provision of Baader technicians and for a set-off for “packaging, supplies and services,” and makes no specific mention of fuel or other provisions.

[31] The addendum to the marketing contract provides for security over the products created on the three vessels, and thus, in my view, links the marketing contract to the other components of the security package. The addendum, portions of which are handwritten, reads as follows:

[TRADUCTION] 27. Droit applicable. Dans la mesure où elle n'est pas régie par les lois russes, l'hypothèque est à tous les égards régie par les lois de l'État de Washington et est interprétée conformément à ces lois. Le propriétaire s'en remet d'une façon irrévocable à la compétence non exclusive des tribunaux de l'État et des tribunaux fédéraux de King County (Washington) à l'égard de toute instance relative à cette hypothèque et convient que toute procédure ou assignation dans pareille action peut être signifiée en lui envoyant une copie par la poste. Telle qu'elle est employée au présent article 27, l'expression «les lois de l'État de Washington» s'entend de toutes les lois de l'État de Washington à l'exception des principes régissant les conflits de lois, l'intention étant que les règles juridiques de fond de l'État de Washington s'appliquent dans tous les cas. [Non souligné dans l'original.]

Le juge Dubé est arrivé à cette conclusion parce que les approvisionnements nécessaires à l'égard du *Mys Chikhacheva* ont été fournis dans le cadre d'une relation commerciale préexistante découlant de l'entente de garantie globale. La question est alors simplement de savoir s'il a bien examiné l'hypothèque.

[30] À mon point de vue, le juge Dubé a tenu compte à bon droit de l'ensemble de la relation contractuelle existant entre Richardson et Starodubskoe. Il ressort clairement de mon examen de l'entente de garantie globale qu'aucun des contrats ne traite vraiment d'approvisionnements nécessaires aux navires. Comme Richardson le fait remarquer, les approvisionnements nécessaires effectués par Richardson en faveur de Starodubskoe semblent plutôt constituer un élément-clé de l'atteinte de l'objectif visé par l'entente de garantie globale, qui est de commercialiser les produits transformés du poisson et d'en tirer profit. Le contrat de commercialisation ne prévoit que la fourniture des services des techniciens de Baader et une déduction à l'égard des [TRADUCTION] «emballage, provisions et services», et ne fait aucune mention spécifique de mazout ou autres provisions.

[31] L'addenda au contrat de commercialisation stipule une garantie sur la production des trois navires, et établit ainsi, selon moi, un lien entre le contrat de commercialisation et les autres composantes de l'entente de garantie globale. L'addenda, dont certaines portions sont manuscrites, se lit comme suit:

It is understood that PRODUCER [Starodubskoe] is requesting RSM [Richardson] to finance and manage refurbishing of the M/V "Yuzhnie Kurily".

RSM shall provide financing, technology and future vessel management based upon and contingent upon the PRODUCER assigning all production of sterkoder trawler class vessels "MYS SLEPIKOVSKOGO" and "CHIKHACHEVA" to RSM as collateral. This assignment may be in the form of either a marketing contract or full vessel management.

[Handwritten portion appears as follows:]

Payment terms on loan for converting M/V Yuzhnie Kurily are as follows:

Oct. 1996—10% of money owed

May, 1997—30%

Oct., 1997—20%

May, 1998—40%

Until such time as the loan is repaid RIL holds title to all products produced on board MYS SLEPIKOVSKOGO, MYS CHIKHACHEVA, and M/V Yuzhnie Kurily. Also, RIL will hold a mortgage on M/V Yuzhnie Kurily as collateral.

In my analysis, the addendum to the marketing contract grants a security in favour of Richardson over all production from the three vessels until the refit loan is fully repaid. This surely indicates that the parties understood and intended their relationship to be governed by a complex series of interrelated components, and not discrete, stand-alone contracts; a conclusion bolstered by recitals in the mortgage which incorporate by reference the promissory note and refit loan. As a result, I conclude that the Trial Judge was correct in having recourse to the full factual matrix behind the relationship between Richardson and Starodubskoe.

[32] Even if the marketing contract were considered in isolation on the basis that it is the only contract governing the supply of necessities, I would conclude that the proper law is that of the United States. The marketing contract contains no express choice of law and therefore it would be necessary to determine the system of law that has the closest and most substantial connection to the marketing contract: *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares, supra*.

[TRADUCTION] Il est entendu que le PRODUCTEUR [Starodubskoe] demande à RSM [Richardson] de financer et de gérer la rénovation du M/V «Yuzhnie Kurily».

RSM assurera le financement, fournira des conseils techniques et gèrera le futur navire conditionnellement à la cession par le PRODUCTEUR à RSM de toute la production des chalutiers de catégorie Sterkoder «MYS SLEPIKOVSKOGO» et «CHIKHACHEVA», à titre de garantie. Cette cession peut prendre la forme d'un contrat de commercialisation ou d'une gestion complète de navire.

[Les parties manuscrites se lisent comme suit:]

Les modalités de paiement du prêt octroyé pour la conversion du M/V Yuzhnie Kurily sont les suivantes:

Octobre 1996—10 % des sommes dues

Mai 1997—30%

Octobre 1997—20%

Mai 1998—40%

Tant que le prêt ne sera pas remboursé, RIL sera propriétaire de toute la production du MYS SLEPIKOVSKOGO, du MYS CHIKHACHEVA et du M/V Yuzhnie Kurily. Aussi, RIL détiendra une hypothèque sur le M/V Yuzhnie Kurily à titre de garantie.

Selon mon analyse, l'addenda au contrat de commercialisation accorde une garantie à Richardson sur toute la production des trois navires jusqu'au remboursement complet du prêt de remise en état. Cela indique clairement que les parties ont envisagé et voulu que leur relation soit régie par un ensemble complexe de composantes étroitement liées, et non par des contrats séparés et indépendants; cette conclusion est étayée par le préambule de l'hypothèque, qui incorpore par renvoi le billet et le prêt de remise en état. Par conséquent, je conclus que le juge de première instance a eu raison de se fonder sur l'ensemble du contexte factuel dans lequel s'est inscrite la relation entre Richardson et Starodubskoe.

[32] Même en ne tenant compte que du contrat de commercialisation au motif qu'il est le seul à régir les approvisionnements nécessaires, je conclurais que le droit applicable est le droit américain. Le contrat de commercialisation ne contenant aucun choix exprès quant au droit applicable, il faudrait donc déterminer le système de droit avec lequel il a son lien le plus étroit et le plus important: *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares, précité*.

[33] In my analysis, the most compelling of all the factors in this case is the presence of the arbitration clause in the marketing contract. As Castel, *supra*, writes at page 556:

If the parties agree that arbitration shall take place in a particular legal unit, the court will usually, although not always, conclude that the parties have impliedly chosen the law of the legal unit of arbitration as the proper law. Similarly, if the parties agree that the courts of a particular legal unit shall have jurisdiction over the contract, there is a strong inference that the law of that legal unit is the proper law. [Emphasis added.]

In this case, the arbitration clause reads as follows:

Any dispute which might arise from or in relation to this contract, if not settled by negotiations, shall be settled by arbitration in accordance with UNCITRAL arbitration rules presently in force.

Place of arbitration shall be Seattle, Washington USA, the appointing authority shall be the President of Chamber of Commerce in Seattle. The number of arbitrators shall be three (3) and the language used for all documents and proceedings shall be English. Parties desire to execute the award of arbitration voluntarily. Court of arbitration shall base its award on the respective contract. [Emphasis added.]

[34] In my view, this clause is indicative of the parties' implied intention to have American law apply. Though not determinative, the arbitration clause is highly persuasive. In *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (H.L), both Lords Diplock and Wilberforce commented on the persuasive value of the arbitration clause in the absence of a contrary intention in the contract. Lord Diplock [at page 609] was of the view that:

... an arbitration clause is generally intended by the parties to operate as a choice of the proper law of the contract as well as the curial law and should be so construed unless there are compelling indications to the contrary in the other terms of the contract. ... [Emphasis added.]

[35] No contrary intention appears on the face of the marketing contract. Further, Castel, *supra*, at pages 556-558 provides a list of possible factors

[33] Selon moi, le facteur le plus convaincant dans la présente affaire tient à la présence de la clause d'arbitrage dans le contrat de commercialisation. Comme Castel, *op. cit.*, l'écrit à la page 556:

[TRADUCTION] Lorsque les parties s'entendent pour que l'arbitrage ait lieu sur le territoire d'une entité juridique particulière, le tribunal conclut souvent, mais pas toujours, que les parties ont implicitement désigné le droit de cette entité juridique à titre de droit applicable. De même, si les parties conviennent que les tribunaux d'une entité juridique spécifique auront compétence à l'égard du contrat, on peut déduire sans trop se tromper que le droit de cette entité juridique s'applique. [Non souligné dans l'original.]

En l'espèce, la clause d'arbitrage prévoit ceci:

[TRADUCTION] Tout litige fondé sur le présent contrat ou se rapportant au présent contrat, s'il n'est pas réglé au moyen de négociations, doit l'être par arbitrage conformément aux règles d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

L'arbitrage aura lieu à Seattle, dans l'État de Washington (É-U); le président de la chambre de commerce de Seattle sera chargé de désigner les arbitres. Trois (3) arbitres seront désignés et l'anglais sera utilisé dans tous les documents et dans toutes les procédures. Les parties souhaitent exécuter la décision arbitrale à l'amiable. Le tribunal d'arbitrage fondera sa décision sur le contrat en cause. [Non souligné dans l'original.]

[34] À mon avis, cette clause révèle la volonté implicite des parties de voir le droit américain s'appliquer. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, la clause d'arbitrage est très convaincante. Dans *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (H.L), les lords Diplock et Wilberforce ont commenté la valeur probante de la clause d'arbitrage en l'absence d'une intention contraire exprimée dans le contrat. Lord Diplock [à la page 609] s'est dit d'avis que:

[TRADUCTION] [...] les parties considèrent généralement la clause d'arbitrage comme opérant un choix du droit applicable au contrat et des règles judiciaires applicables et cette clause devrait être ainsi interprétée, sauf si les autres termes du contrat indiquent clairement une intention contraire [...] [Non souligné dans l'original.]

[35] Aucune intention contraire n'apparaît à la face même du contrat de commercialisation. De plus, Castel, *op. cit.*, aux pages 556 à 558, dresse une liste

which would indicate the applicability of American law in this case:

Other factors from which the courts have been prepared to infer the intentions of the parties as to the proper law are the legal terminology in which the contract is drafted, the form of the documents involved in the transaction, the currency in which payment is to be made, the use of a particular language, a connection with a preceding transaction, the nature and location of the subject matter of the contract, the residence (but rarely the nationality) of the parties, the head office of a corporation party to the contract, or the fact that one of the parties is a government. The proper law cannot be determined retrospectively by an event which at the time the contract was made was merely an uncertain event in the future. Nor can the contract float in an absence of law until the proper is determined, nor can it change from one legal unit to another on the happening of subsequent events. [Emphasis added.]

[36] Certain of these factors are neutral. For example, the language of the marketing contract, the residence and head office of the parties, and the location of the subject matter do not point to either of the possible choices of law. However, the legal terminology and form of the document appears to favour American law, as the agreements in their original form were drafted by American lawyers; the currency is expressed to be in U.S. dollars; and, in terms of the marketing contract's connection to preceding transactions, the marketing contract incorporates by reference in the addendum the promissory note and mortgage, which grants security to ensure repayment of that loan. Undoubtedly, the mortgage and promissory note were executed to enable the parties to enter into the marketing contract. Even when one considers that the contract was executed in Russia, and performance was to occur, at least partly, in Russia, it is clear that the proper law is, by implication, American.

[37] I take comfort from the reasons of Lord Morris of Borth-y-Gest in *Tomkinson*, *supra*, at pages 1083-1084. In that case, the parties had decided that the law of Cuba would apply to matters arising from the title

de facteurs permettant de trancher en faveur du droit américain dans la présente affaire:

[TRADUCTION] Les autres facteurs que les tribunaux se sont montrés disposés à considérer afin d'inférer l'intention des parties quant au droit applicable sont la terminologie juridique utilisée dans la rédaction du contrat, la forme des contrats composant la transaction, la monnaie qui devra servir au paiement, le choix d'une langue particulière, un lien avec une transaction antérieure, la nature et le lieu de l'objet du contrat, la résidence (mais rarement la nationalité) des parties, le siège social de la société partie au contrat, ou le fait que l'une des parties est un gouvernement. Le droit applicable ne peut être déterminé rétroactivement sur la base d'un événement qui, à la date de conclusion du contrat, ne constituait qu'un événement incertain du futur. Pas plus qu'il ne peut flotter dans une absence de droit jusqu'à ce que le droit applicable soit déterminé, le contrat ne peut pas non plus passer d'une entité juridique à l'autre en raison d'événements subséquents. [Non souligné dans l'original.]

[36] Certains de ces facteurs sont neutres. Par exemple, la langue du contrat de commercialisation, la résidence et le siège social des parties, de même que le lieu de l'objet du contrat ne permettent pas de trancher en faveur de l'un ou l'autre des choix possibles à l'égard du droit applicable. Par contre, la terminologie juridique utilisée et la forme du contrat semblent favoriser le droit américain, étant donné que les ententes dans leur forme originale ont été rédigées par des avocats américains; il a été expressément énoncé que la monnaie servant au paiement serait celle des États-Unis; et, pour ce qui est du lien entre le contrat de commercialisation et des transactions antérieures, l'addenda au contrat de commercialisation incorpore par renvoi le billet et l'hypothèque, stipulée en garantie du remboursement du prêt. Il ne fait aucun doute que l'hypothèque et le billet ont été exécutés afin de permettre aux parties de conclure le contrat de commercialisation. Même lorsqu'on considère que le contrat a été conclu en Russie, et que son exécution devait avoir lieu, au moins en partie, en Russie, il est évident que le droit applicable est, implicitement, le droit américain.

[37] Je m'appuie sur les motifs de lord Morris of Borth-y-Gest dans *Tomkinson*, précité, aux pages 1083 et 1084. Dans cette affaire, les parties avaient décidé que le droit cubain s'appliquerait aux questions



to property, located in Cuba and held by an American creditor as security. Lord Morris held that references in the contract to Cuban law under such circumstances was not necessarily to be taken as an implied choice of Cuban law as the proper law of the contract. This was especially true where the circumstances, on balance, indicated the implied choice of American law.

[38] I am also of the opinion that the Trial Judge erred in law by considering irrelevant parole evidence from Lynn Richardson regarding her intentions when executing the contract. While the Trial Judge [at paragraph 43] couched the admission of this evidence in terms of gaining a fuller appreciation of “the factual matrix, the context, the environment within which the document was created”, it is also true that he found Mrs. Richardson’s comments as to her intentions to be material. The general rule is that, except under limited circumstances, a party may not make representations or give evidence as to his or her subjective intention at the time the contract was made (see *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129). In this case, there are no special circumstances allowing for its admission. However, in my analysis, his ultimate conclusion remains supportable even in the absence of the parole evidence, as such evidence is but one minor component among many that support his conclusion.

Issue 2: Errors related to determination of whether Richardson had waived its right to a maritime lien over the *Mys Chikhacheva*

[39] Dubé J. also concluded that there had been no waiver of the maritime lien for necessities on the part of Richardson. Bering had conceded at trial that waiver would be difficult to argue because of the strong position taken by U.S. courts against the concept, but, nevertheless, Bering argued that in this case there were two definite indicia of waiver on the record. First, Bering pointed to the fact that

se rapportant au titre de propriété d’un bien, situé à Cuba et détenu en garantie par un créancier américain. Lord Morris a statué que les références au droit cubain dans le contrat ne devaient pas nécessairement, dans de telles circonstances, être considérées comme un choix implicite du droit cubain comme droit applicable au contrat. Cela était d’autant plus vrai que les circonstances, tout bien considéré, révélaient un choix implicite du droit américain.

[38] Je suis également d’avis que le juge de première instance a commis une erreur en tenant compte du témoignage non pertinent de Lynn Richardson concernant les intentions qu’elle avait lors de la conclusion du contrat. Même si le juge de première instance a expliqué [au paragraphe 43] qu’il n’admettait cette preuve testimoniale que parce qu’elle permettait de mieux apprécier «le cadre factuel, le contexte, l’environnement dans lequel le document a été créé», il a tout de même considéré les commentaires de M<sup>me</sup> Richardson comme déterminants. La règle générale veut que, sauf dans certaines circonstances, une partie ne puisse présenter des observations ou des éléments de preuve concernant son intention subjective au moment de la conclusion du contrat (voir *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129). Dans la présente affaire, les circonstances particulières permettant d’admettre une telle preuve n’existent pas. Par contre, selon mon analyse, la conclusion ultime du juge de première instance demeure fondée même en l’absence de la preuve testimoniale, cette dernière n’étant qu’un élément mineur parmi les nombreux éléments de preuve qui sous-tendent sa conclusion.

Question 2: Erreurs dans la détermination de la question de savoir si Richardson avait renoncé à son droit à un privilège maritime à l’égard du *Mys Chikhacheva*

[39] Le juge Dubé a également conclu que Richardson n’avait pas renoncé au privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires. Bering avait admis à l’instruction qu’il allait être difficile d’invoquer la renonciation en raison de la position énergique prise par les tribunaux américains contre ce concept, mais elle a néanmoins allégué qu’en l’espèce, le dossier contenait deux indices

Richardson did not require a mortgage against the *Mys Chikhacheva* or the *Mys Slepikovskogo*. However, as Russel R. Williams, the American expert, noted, the failure to take a mortgage over the *Mys Chikhacheva* does not defeat a maritime lien, unless the lien was expressly waived in the relevant contract. Clause 14 of the mortgage against the *Yuzhnie Kurily* (see paragraph 11, *supra*) specifically states that the maritime lien rights of Richardson are preserved, even against that mortgaged vessel; *a fortiori*, Richardson must not have waived the right to place liens over unmortgaged ships like the *Mys Chikhacheva*.

[40] Bering also argues that the August 22, 1996 account submitted by Richardson shows that, with the total revenue from the *Mys Chikhacheva* as against all the charges upon the vessel, there was nothing owing with respect to the two trawlers. It follows that Richardson's claim was actually in respect of the unpaid balance of the debt incurred as a result of the refit of the factory processing vessel, *Yuzhnie Kurily*, rather than in respect of the *Mys Chikhacheva*. Dubé J. rejected the argument, reasoning that it did not show on the part of Richardson a clear and purposeful intention to forego the lien; a requirement specified by American law.

[41] Bering now asserts that Richardson did, in fact, waive its rights to a maritime lien for necessities and relies on the security package to submit that Richardson was "clearly satisfied" that its security would be sufficient to cover any debt incurred by Starodubskoe. Bering could not, however, point to any clear documentary or parole evidence which indicates an unequivocal waiver of lien rights.

[42] In response, Richardson relies on the fact that no express waiver has ever been executed, and that clause 14 of the mortgage indicates an express

tangibles d'une telle renonciation. Premièrement, Bering a insisté sur le fait que Richardson n'avait pas exigé d'hypothèque à l'égard du *Mys Chikhacheva* ni du *Mys Slepikovskogo*. Cependant, comme l'expert américain Russel R. Williams l'a fait observer, le fait de ne pas avoir grevé le *Mys Chikhacheva* d'une hypothèque ne fait pas échec au privilège maritime, sauf si celui-ci a fait l'objet d'une renonciation expresse dans le contrat en question. Or la clause 14 de l'hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily* (voir paragraphe 11, précité) prévoit expressément que les droits à un privilège maritime de Richardson sont préservés, même en ce qui concerne le navire hypothéqué; à plus forte raison, Richardson ne doit pas avoir renoncé au droit de grever d'un privilège les navires non hypothéqués comme le *Mys Chikhacheva*.

[40] Bering prétend également que le compte du 22 août 1996 soumis par Richardson montre que, compte tenu du revenu total tiré du *Mys Chikhacheva* par rapport à toutes les charges sur le navire, aucun montant n'était dû à l'égard des deux chalutiers. Il s'ensuit que la réclamation de Richardson se rapportait plus au solde impayé de la dette qu'elle avait contractée par suite de la remise en état du navire-usine de traitement *Yuzhnie Kurily*, qu'au *Mys Chikhacheva*. Le juge Dubé a rejeté cet argument au motif que celui-ci n'établissait pas que Richardson voulait clairement et délibérément renoncer au privilège, condition expressément prévue par le droit américain.

[41] Bering soutient maintenant que Richardson a effectivement renoncé à ses droits à un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires, et elle se fonde sur l'entente de garantie globale pour affirmer que Richardson était «absolument convaincue» que sa garantie était suffisante pour garantir toute dette contractée par Starodubskoe. Cependant, Bering n'a pas pu fournir de preuve documentaire ou testimoniale révélant clairement une renonciation non équivoque au privilège.

[42] En réponse, Richardson se fonde sur le fait qu'aucune renonciation expresse n'a été signée, et que la clause 14 de l'hypothèque révèle son intention

intention on its part to preserve any lien rights which may be available. In light of these facts, in my view, the only possible conclusion is that the Trial Judge was correct in holding that no waiver had occurred. This is especially so given the strong presumption against such waiver under American law, a presumption found as a fact by the Trial Judge. In my view, Dubé J. correctly decided the issue of waiver in this case.

Issue 3: Errors related to requirements in the marketing contract that the costs of supplies and services were to be set-off against the value of fish transshipments

[43] Bering relies on Part IV and clause VI.3 of the marketing contract, asserting that Richardson was under a contractual duty to deduct the cost of any supplies and services provided to Starodubskoe from the value of fish shipped from Starodubskoe to Richardson. Clause VI.3 provides for the deduction of the cost of “packaging, supplies and services” from the amount due to Starodubskoe. A similar set-off is in place for the provision of Baader technicians in Part IV. Bering asserts that the Trial Judge erred, since, had the set-off been recognized, Starodubskoe would have had a \$550,000 credit balance as opposed to a \$323,000 debt for provision of necessaries. Further, it is said that the security package does not authorize Richardson to apply the proceeds from Starodubskoe’s shipments in any other manner. Bering also argues that the *contra proferentum* rule should apply, and the contract, in the face of ambiguity, be construed against Richardson, the drafter of the contract.

[44] Bering also asserts that the Trial Judge erred in holding that the mortgage was inferior in priority to the lien rights. The lien rights would take priority under American law only, which presumes that, in the absence of a contrary intention, a creditor will allocate

expresse de préserver tous les droits à un privilège pouvant exister en sa faveur. À la lumière de ces faits, je suis d’avis que la seule conclusion possible est que le juge de première instance a eu raison de conclure qu’aucune renonciation n’était intervenue. Cela est particulièrement vrai lorsqu’on considère la forte présomption qui existe à l’encontre d’une telle renonciation en droit américain, présomption que le juge de première instance a considérée comme un fait. Selon moi, le juge Dubé a correctement tranché la question de la renonciation en l’espèce.

Issue 3: Erreurs concernant l’obligation, en vertu du contrat de commercialisation, de déduire les frais se rapportant aux provisions et services fournis de la valeur des transbordements de poisson

[43] Bering se fonde sur la partie IV et sur la clause VI.3 du contrat de commercialisation pour affirmer que Richardson avait une obligation contractuelle de déduire les frais se rapportant aux provisions et services fournis à Starodubskoe de la valeur des transbordements de poisson effectués par Starodubskoe en faveur de Richardson. La clause VI.3 prévoit une déduction des frais relatifs aux «emballage, provisions et services» du montant dû à Starodubskoe. Une compensation semblable existe à la partie IV à l’égard des services fournis par les techniciens de Baader. Bering soutient que le juge de première instance s’est trompé puisque s’il avait reconnu la compensation, le compte de Starodubskoe aurait fait apparaître un solde créditeur de 550 000 \$ plutôt qu’une dette de 323 000 \$ pour approvisionnement nécessaires. En outre, on affirme que l’entente de garantie globale ne permet pas à Richardson de traiter les produits tirés des chargements de Starodubskoe autrement. Bering prétend aussi que la règle *contra proferentum* devrait s’appliquer, et que le contrat, en cas d’ambiguïté, devrait être interprété en défaveur de Richardson, le rédacteur du contrat.

[44] Bering soutient également que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que l’hypothèque avait un rang inférieur à celui du privilège. Le privilège ne viendrait en priorité qu’en vertu du droit américain, qui présume que, à moins

funds first to unsecured debt, and then to secured debt. Likewise, where there is more than one security, a creditor is presumed to apply funds first to the inferior security. Bering submits that the Trial Judge erred in applying this presumption in light of the marketing contract which, in the clearest of terms, indicates that a set-off shall occur whereby the cost of necessities is deducted from the value of product provided by the three vessels. Hence, the value of the proceeds of the fish transshipments must be presumed to apply first to the cost of supplies and services, not to Starodubskoe's unsecured "global debt" to Richardson.

[45] Richardson counters that the set-off is inapplicable to the necessities supplied in this case, and, in any event, the set-off was not intended to become operative until the debt underlying the refit loan was extinguished by virtue of the addendum to the marketing contract. This addendum, reproduced *supra*, provides that "[Richardson] shall provide financing, technology, and future vessel management based upon and contingent upon [Starodubskoe] assigning all production of [the ships] to [Richardson] as collateral." The handwritten addition to the addendum indicates that Richardson would hold title to all production from the vessels until such time as the refit loan was repaid.

[46] It would be unusual to have, on the one hand, a clear intention in the addendum that funds realized from fish transshipments would be applied to the refit loan, and on the other, an intention to set-off the cost of necessities against those funds. The situation becomes increasingly more difficult when one considers that Richardson held the product as security for the refit loan. It would be curious indeed for Richardson, in the face of a clear agreement to apply funds to the refit loan, to then apply set-off provisions which would hinder the fulfilment of that agreement.

d'intention contraire, le créancier imputera d'abord les montants sur la dette non garantie, pour ensuite les imputer sur la dette garantie. Ainsi, lorsqu'il y a plus d'une garantie, le créancier est présumé imputer les montants sur la garantie de rang inférieur d'abord. Bering prétend que le juge de première instance a commis une erreur en appliquant cette présomption, compte tenu du contrat de commercialisation qui, en des termes on ne peut plus clairs, indique qu'une compensation s'opérera entre les frais relatifs aux approvisionnements nécessaires et la valeur de la production des trois navires. En conséquence, on doit présumer que la valeur des produits tirés des transbordements de poisson est d'abord imputée sur les frais liés aux provisions et services, et non sur la «dette globale» non garantie de Starodubskoe envers Richardson.

[45] Richardson réplique que la compensation est inapplicable aux approvisionnements nécessaires fournis en l'espèce, et que, de toute manière, la compensation, selon l'addenda au contrat de commercialisation, ne devait s'opérer qu'à l'extinction de la dette résultant du prêt de remise en état. Cet addenda, reproduit ci-dessus, stipule que [TRADUCTION] «[Richardson] assurera le financement, fournira des conseils techniques et gèrera le futur navire conditionnellement à la cession par [Starodubskoe] à [Richardson] de toute la production [des navires], à titre de garantie». La portion manuscrite ajoutée à l'addenda indique que Richardson détiendra la propriété de toute la production des trois navires jusqu'au remboursement du prêt.

[46] Il serait inusité d'avoir, d'un côté, une intention claire dans l'addenda d'imputer les produits tirés des transbordements de poisson sur le prêt de remise en état, et de l'autre côté, une intention d'imputer les frais relatifs aux approvisionnements nécessaires sur ces produits. La situation devient encore plus inusitée si l'on considère que Richardson détenait lesdits produits en garantie du prêt de remise en état. Il serait effectivement curieux que Richardson, en présence d'une entente claire prévoyant l'imputation de ces produits sur le prêt de

It follows that, in my opinion, the set-off provisions cannot become operative until an amount was actually “due” to Starodubskoe—a situation which could not arise until it had met its obligations under the addendum, and repaid the entire loan amount. Hence, in my analysis, the set-off in the marketing contract does not operate in the manner urged by Bering. I am satisfied that the operation of the set-off clauses is subordinate to the language in the addendum to the marketing contract.

[47] Further, if the Court can be satisfied that Richardson’s lien for necessities ranks ahead of the mortgage or loan debt in priority under American maritime law, then it would be presumed that Richardson would first allocate those funds to the mortgage or loan, since they would be inferior. The Trial Judge made a specific finding of fact in this regard, noting at paragraph 54 that “[t]he existence of other contractual security or guarantee (such as a mortgage or promissory note) for repayment does not defeat a maritime lien unless such liens are expressly waived in the relevant contract” (see *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994), at pages 266-267). It follows that the lien for necessities ranks first in priority, and the set-off provisions of the marketing contract do not operate to take priority over Richardson’s lien in terms of allocation of funds as between debts. Since proof of foreign law is a question of fact, the Trial Judge’s decision is entitled to considerable deference in this regard. In my view, given the addendum to the marketing contract and the Trial Judge’s finding that American maritime law precludes the application of the set-off provisions, Bering’s argument on the set-off issue must fail.

remise en état, opère une compensation ayant pour effet d’entraver l’exécution de cette entente. Il s’ensuit que, selon moi, la compensation ne peut s’opérer tant qu’un montant n’est pas vraiment «dû» à Starodubskoe—situation qui ne peut se présenter que lorsque celle-ci a rempli ses obligations en vertu de l’addenda et remboursé le prêt en totalité. Selon mon analyse, la compensation prévue dans le contrat de commercialisation ne s’opère donc pas de la façon préconisée par Bering. Je suis convaincu que l’application des clauses de compensation est assujettie à la formulation utilisée dans l’addenda au contrat de commercialisation.

[47] En outre, si la Cour peut être convaincue que, selon le droit maritime américain, le privilège de Richardson se rapportant à des approvisionnements nécessaires prend rang devant l’hypothèque ou la dette résultant du prêt, alors il faudrait présumer que Richardson imputerait d’abord ces montants sur l’hypothèque ou sur le prêt, puisqu’ils seraient de rang inférieur. Le juge de première instance a tiré une conclusion de fait précise à cet égard, notant au paragraphe 54 que «[l’] existence d’une autre garantie contractuelle (comme une hypothèque ou un billet) en vue du remboursement n’empêche pas un privilège maritime d’exister à moins qu’il n’y soit expressément renoncé dans le contrat pertinent» (voir *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994), aux pages 266 et 267). Il s’ensuit que le privilège se rapportant aux approvisionnements nécessaires se classe au premier rang, et que les clauses de compensation contenues dans le contrat de commercialisation ne font pas en sorte d’accorder un premier rang devant le privilège de Richardson en termes d’allocation des montants, comme c’est le cas entre plusieurs dettes. La preuve du droit étranger étant une question de fait, il faut faire montre d’une grande retenue à l’égard de la décision du juge de première instance sur cette question. Je suis d’avis que, compte tenu de l’addenda au contrat de commercialisation et de la conclusion du juge de première instance que le droit maritime américain empêche l’application des clauses de compensation, l’argument de Bering sur la question de la compensation doit être rejeté.

Issue 4: Errors related to the amount awarded by the Trial Judge

[48] Rule 75 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] provides for applications to amend pleadings, if such amendments are on terms which “will protect the rights of all parties.” The test under rule 75 is that set out by this Court in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3 (C.A.), where it was stated that an amendment should be allowed “at any stage of an action,” subject to three provisos: the amendment must be made for the purpose of determining the real questions alive between the parties; amendment would not prejudice to the opposing party in a manner not compensable with costs; and the amendment must serve the interests of justice. Further, the nearer the end of the proceeding, the more difficult it becomes to prove an amendment does not work an injustice.

[49] In this case, Richardson sought to amend its maritime lien claim at the last possible stage of the action, that is, just prior to its closing argument. It argued that it was unaware that port expenses (the Korwell invoices) could be claimed as necessaries until its own American legal expert explained that such expenses were, in fact, properly the basis of a maritime lien. The Korwell invoices had been introduced in Court and proven at trial as an exhibit, and Bering’s counsel cross-examined on the documents without protest. Dubé J. allowed the amendment under subsection 75(1) as Bering was unable to demonstrate prejudice.

[50] Bering now argues that the Trial Judge erred in allowing Richardson to amend its claim to include the Korwell invoices at such a late stage in the trial. Bering alleges that it was unaware that the invoices were included in Richardson’s claim until closing argument and further asserts that the amounts referred to in the invoices are not reflective of the heads of damage originally claimed in the statement of claim. As such, the amendment cannot be regarded as merely numerical, and, at the argument stage amounts to trial

Issue 4: Erreurs dans le montant accordé par le juge de première instance

[48] La règle 75 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] autorise les requêtes en modification d’un document, si ces modifications sont faites à des conditions qui «permettent de protéger les droits de toutes les parties». Le critère d’application de la règle 75 a été énoncé par cette Cour dans *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.), où il a été affirmé qu’une modification devrait être autorisée «à tout stade de l’action», sous réserve de trois conditions: la modification doit être faite aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties; la modification ne doit pas causer d’injustice à l’autre partie que des dépens ne pourraient réparer; et la modification doit servir les intérêts de la justice. En outre, plus l’instance tire à sa fin, plus il devient difficile de démontrer qu’une modification ne cause pas d’injustice.

[49] En l’espèce, Richardson a cherché à modifier sa réclamation fondée sur un privilège maritime au stade ultime de l’action, soit juste avant de présenter ses conclusions finales. Elle a fait valoir qu’elle ne savait pas que les frais de mouillage (les factures Korwell) pouvaient être réclamés au titre des approvisionnements nécessaires jusqu’à ce que son propre expert en droit américain lui explique que ces frais étaient, en fait, légitimement inclus dans le privilège maritime. Les factures Korwell avaient été produites devant la Cour et établies à l’instruction à titre de pièce, et l’avocat de Bering a été contre-interrogé au sujet de ces documents, sans protêt. Le juge Dubé a accueilli la requête en modification en vertu du paragraphe 75(1), Bering n’ayant pas réussi à établir qu’elle subirait un préjudice.

[50] Bering prétend aujourd’hui que le juge de première instance a commis une erreur en permettant à Richardson, à un stade aussi avancé de l’instruction, de modifier sa réclamation afin d’y inclure les factures Korwell. Bering allègue qu’elle n’a été mise au courant du fait que les factures étaient incluses dans la réclamation de Richardson qu’au stade des conclusions finales, et soutient de plus que les montants figurant sur ces factures ne reflètent pas les chefs de dommages réclamés à l’origine dans la

by ambush.

[51] It is true that the application for leave to amend came at an extremely late stage in the trial, and it is unusual that Richardson would have learned of the Korwell invoices' relevance from its own expert witness. However, the key element in the *Canderel* test is, in my view, "the interests of justice." I note that counsel for Bering did not apply for an adjournment or to reopen Bering's case when the amendment was sought. Ms. Richardson was present and could have been recalled for further cross-examination, but that was not done. Accordingly, in light of Bering's failure to demonstrate any prejudice, I fail to see how Dubé J. erred in granting the amendment.

[52] Further, in light of Bering's failure to attack the Korwell invoices on the basis that they were irrelevant, or were not necessities, it is difficult to view the addition of the invoice as anything more than a numerical alteration to the sum total of the lien amount, a type of amendment which was expressly authorized by this Court in *Meyer v. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.), on the basis that such amendments are in the interests of justice, and cannot act to prejudice the opposing party in a meaningful way. I might add that this is especially true where the invoices were disclosed in the discovery process and were entered as an exhibit at trial. Under these circumstances, I fail to see how the inclusion of these invoices amounts to trial by ambush. In any event, the Trial Judge's decision was discretionary in nature, and, in the absence of a clear error of law, is therefore entitled to significant deference. I am satisfied that Dubé J.'s decision gave sufficient weight to all the relevant circumstances, and should thus be shielded from appellate review (see *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394).

déclaration. En tant que telle, la modification ne peut être considérée comme étant purement numérique, et, lorsqu'elle est accordée au stade des conclusions finales, elle équivaut à un piège.

[51] Il est vrai que la requête pour permission de modifier un document a été présentée à un stade extrêmement avancé de l'instruction, et il est surprenant que Richardson ait été informé de la pertinence des factures Korwell par son propre témoin-expert. Cependant, je suis d'avis que l'élément-clé du critère énoncé dans *Canderel* est le volet «intérêts de la justice». Je note que l'avocat de Bering n'a pas demandé d'ajournement ni de réouverture de la preuve de Bering lorsque la permission a été demandée. M<sup>me</sup> Richardson était présente et aurait pu être réassignée pour subir un nouveau contre-interrogatoire, mais cela n'a pas été fait. Par conséquent, compte tenu du fait que Bering n'a pas réussi à établir qu'elle subirait un préjudice, je ne vois pas en quoi le juge Dubé a commis une erreur en permettant la modification.

[52] De plus, étant donné que Bering n'a pas tenté de faire écarter les factures Korwell au motif qu'elles n'étaient pas pertinentes, ou qu'elles ne constituaient pas des approvisionnements nécessaires, il est difficile de considérer l'ajout de ces factures autrement que comme une simple modification numérique au montant du privilège, modification qui a été expressément autorisée par la présente Cour dans *Meyer c. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.), au motif que de telles modifications servent les intérêts de la justice, et ne peuvent avoir pour effet de causer un préjudice significatif à l'autre partie. J'ajouterais que cela est particulièrement vrai lorsque les factures ont été produites au stade des interrogatoires préalables, et produites à titre de pièce à l'instruction. Dans ces circonstances, je ne vois pas comment le fait d'inclure le montant de ces factures équivaut à tendre un piège. Quoi qu'il en soit, la décision du juge de première instance était de nature discrétionnaire, et, en l'absence d'une erreur de droit manifeste, on doit faire preuve d'une grande retenue à son égard. Je suis convaincu que le juge Dubé a accordé suffisamment d'importance à toutes les circonstances pertinentes, et que sa décision devrait donc être soustraite à un appel (voir *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394).

[53] Bering also asserts that the Trial Judge erred in including the full value of an invoice from Skico Fuel Company of Hong Kong (the Skico invoice), given that Richardson had been held responsible only for 13% as part of its bankruptcy in the United States. Bering urges that granting judgment for the full amount confers a windfall on Richardson, and contends that Richardson should not benefit from such windfall, especially since Skico can pursue its shortfall against Starodubskoe and the *Mys Chikhacheva*.

[54] With regard to the Skico invoice, Dubé J. concluded that, in equity, Bering should not be allowed to gain the benefit of a windfall resulting from a bankruptcy caused largely by Starodubskoe's breach of contract. He held that American maritime law provides that unpaid fuel costs, as necessities, follow the *Mys Chikhacheva* under a maritime lien. The Trial Judge's decision is based on the application of American law, in so far as necessities follow the vessel under a maritime lien. His finding as to the applicability of American law is one of fact, and therefore is entitled to substantial deference in the absence of a palpable and overriding error.

[55] As Tetley, *supra*, notes at pages 59-60, a maritime lien can be referred to as a "secret lien," in that it passes with the vessel even when it is sold to an unsuspecting new owner. As a result, any claim for unpaid fuel costs would follow the *Mys Chikhacheva*, which received the benefit of the fuel without payment. For this reason, I am persuaded that the Trial Judge correctly weighed the equities before him. The ship gained a windfall in receiving fuel without payment, and to require the owner to bear the cost of that benefit is neither inequitable nor in contradiction of established principles under American maritime law. In my view, Richardson's bankruptcy does not disrupt this position, especially when one considers that Bering received the benefit of chartering the *Mys*

[53] Bering soutient de plus que le juge de première instance a commis une erreur en tenant compte du montant total d'une facture établie par Skico Fuel Company de Hong Kong (la facture Skico), puisque Richardson n'en avait été tenue responsable que pour 13 % à la suite de sa faillite enregistrée aux États-Unis. Bering affirme que le fait d'accorder un jugement pour le montant total procure un avantage inattendu à Richardson, et elle fait valoir que Richardson ne devrait pas bénéficier d'un tel avantage, d'autant plus que Skico peut récupérer son manque à gagner de Starodubskoe et à l'encontre du *Mys Chikhacheva*.

[54] Pour ce qui est de la facture Skico, le juge Dubé a conclu que, en bonne justice, Bering ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un avantage inattendu résultant d'une faillite largement attribuable au fait que Starodubskoe avait violé le contrat. Il a statué que le droit maritime américain prévoyait que les frais impayés se rapportant au mazout, à titre d'approvisionnement nécessaire, se rattachaient au *Mys Chikhacheva* en vertu d'un privilège maritime. La décision du juge de première instance se fonde sur l'application du droit américain, dès lors que les approvisionnements nécessaires se rattachent au navire en vertu d'un privilège maritime. Sa conclusion que le droit américain est applicable est une conclusion de fait, et doit donc faire l'objet d'une grande retenue en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

[55] Comme Tetley, *op. cit.*, le fait remarquer aux pages 59 et 60, un privilège maritime peut être qualifié de «privilège secret», en ce qu'il est transféré avec le navire, même lorsque celui-ci est vendu à un nouveau propriétaire qui ne se doute de rien. Par conséquent, toute réclamation pour des frais impayés se rapportant au mazout se rattacherait au *Mys Chikhacheva*, qui a bénéficié du mazout sans l'avoir payé. C'est pour cette raison que je suis persuadé que le juge de première instance a correctement apprécié l'équité de l'affaire dont il était saisi. Le navire a bénéficié d'un avantage inattendu en recevant du mazout sans l'avoir payé, et le fait de demander à son propriétaire d'assumer les frais de cet avantage n'est ni inequitable, ni incompatible avec les principes



*Chikhacheva* to Starodubskoe, whose conduct resulted in the present litigation.

reconnus du droit maritime américain. À mon avis, la faillite de Richardson n'y change rien, surtout lorsqu'on tient compte du fait que Bering a bénéficié de l'affrètement coque nue du *Mys Chikhacheva* en faveur de Starodubskoe, dont le comportement a mené au présent litige.

[56] I would dismiss the appeal with costs.

[56] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

STRAYER J.A.: I agree.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis du même avis.

SHARLOW J.A.: I agree.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je suis du même avis.

T-2276-00  
T-2358-00  
2002 FCT 136

T-2276-00  
T-2358-00  
2002 CFPI 136

**Attorney General of Canada and Janice Cochrane**  
(*Applicants*)

**Procureur général du Canada et Janice Cochrane**  
(*demandeurs*)

v.

c.

**Information Commissioner of Canada** (*Respondent*)

**Commissaire à l'information du Canada** (*défendeur*)

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

*RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Kelen J.—Ottawa, January 21 and February 6, 2002.

Section de première instance, juge Kelen—Ottawa, 21 janvier et 6 février 2002.

*Access to Information — Requests to Citizenship and Immigration for large number of records — Head of government institution extending time limit to three years under Act, s. 9(1)(a) — Information Commissioner finding complaint extension unreasonable well founded, ordering records be produced within short time — Order in excess of Information Commissioner's jurisdiction as investigation had been completed when reported findings and recommendations; no longer had jurisdiction under Act, s. 36 to issue subpoena ordering production of records subject of access requests — Second order, pursuant to second investigation based on "deemed refusal to give access", also in excess of jurisdiction as no "deemed refusal" until extended period expires — Not proper for Commissioner to initiate new complaint, and launch new investigation into same matter on which had just concluded first investigation — Commissioner overstepped role, legal jurisdiction in ordering government institution to implement his recommendations when institution indicated it would not be able to do so — Commissioner having exercised power to make special report to Parliament, giving Citizenship and Immigration failing grade for serious delay problems.*

*Accès à l'information — Demandes à Citoyenneté et Immigration visant un grand nombre de documents — Le chef de l'institution fédérale a prorogé le délai à trois ans en vertu de l'art. 9(1)a de la Loi — Le Commissaire à l'information a conclu au bien-fondé de la plainte de prorogation abusive et a ordonné la production des documents dans un court délai — L'ordonnance outrepassait la compétence du Commissaire à l'information car il avait terminé son enquête lorsqu'il a fait état de ses conclusions et de ses recommandations; il n'avait plus la compétence, conférée par l'art. 36 de la Loi, de délivrer un subpoena ordonnant la production des documents faisant l'objet des demandes d'accès — La deuxième ordonnance, suivant la deuxième enquête et fondée sur la «présomption de refus de communication», constituait également un excès de compétence car il n'y a aucune «présomption de refus» avant l'expiration du délai prorogé — Il était irrégulier pour le Commissaire de déposer une nouvelle plainte et d'entreprendre une nouvelle enquête dans l'affaire sur laquelle il venait de conclure une première enquête — Le Commissaire a outrepassé son rôle et sa compétence légale en ordonnant à une institution fédérale de mettre en œuvre ses recommandations alors que cette institution avait indiqué ne pas être en mesure de le faire — Le Commissaire avait exercé son pouvoir de faire un rapport spécial au Parlement et avait attribué à Citoyenneté et Immigration une note inférieure à la note de passage pour de graves problèmes de délais.*

In March 2000, a person requested access to records of the Department of Citizenship and Immigration (CIC) involving approximately 270,000 pages of documents. Under the *Access to Information Act*, CIC had 30 days to give written notice to the access requester. However, given the volume of documents involved, CIC extended the time limit to three years under paragraph 9(1)(a) of the Act. The access requester thereupon filed complaints with the Information Commissioner that the extended time limits were

En mars 2000, une personne a demandé auprès du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (CIC) l'accès à environ 270 000 pages de documents. En vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, CIC disposait de 30 jours pour donner un avis écrit au demandeur d'accès. Toutefois, vu le volume de documents en cause, CIC a prorogé le délai à trois ans conformément à l'alinéa 9(1)a de la Loi. Le demandeur d'accès a alors déposé des plaintes auprès du Commissaire à l'information, alléguant que les délais prorogés étaient abusifs.

unreasonable. The Information Commissioner conducted an investigation thereon and, in his report of September 2000, concluded that the complaints were well founded. He recommended that CIC respond to the requests for documents by November 6, 2000 for documents in Annex A, and by December 6, 2000 for documents in Annex B. The Deputy Minister replied that CIC would respond to the requests in Annex A within the time limit, but that it would be impossible to comply with the time limit with respect to the documents in Annex B and that the three-year extension was maintained for these files. On November 22, 2000, the Information Commissioner issued a subpoena requiring the Deputy Minister to produce all of the records to the respondent by December 7, 2000. On December 7, an application for judicial review to set aside the subpoena was commenced and, four days later, the Information Commissioner self-initiated a new complaint with respect to the matter on the basis that the unreasonable extension constituted a "deemed refusal" to give access to the records and a second subpoena was issued, ordering that the same documents referred to in the first order be produced by December 14, 2000. An application for judicial review was filed to review the second subpoena.

The issues were whether the Information Commissioner had exceeded his jurisdiction in issuing the first subpoena in that he had completed his investigation when he reported the results of his investigation in September 2000, so that he no longer had power under section 36 to subpoena in relation to that investigation; and whether the Information Commissioner had jurisdiction to issue the second subpoena under subsection 30(3) of the Act based on the conclusion that an unreasonable extension was a "deemed refusal".

*Held*, the applications should be allowed.

The appropriate standard for review herein, for questions of jurisdiction, was correctness.

The first subpoena was issued pursuant to section 36 "in relation to the carrying out of the investigation". However, the investigation was completed with the September 20, 2000 report containing the findings of the investigation and recommendations in accordance with subsection 37(1) of the Act. The Information Commissioner therefore no longer had the jurisdiction to issue the subpoena of November 22, 2000 ordering the production of the records subject of the access requests.

While the second subpoena was issued "in relation to the carrying out of the investigation", the respondent did not have the jurisdiction to self-initiate the second investigation based on a "deemed refusal". A "deemed refusal" occurs when the department fails to give access to the record within the time

Le Commissaire à l'information a mené une enquête à leur égard et, dans son rapport de septembre 2000, il a conclu que les plaintes étaient bien fondées. Il a recommandé que CIC réponde à la demande visant les documents de l'annexe A au plus tard le 6 novembre 2000 et à celle visant les documents de l'annexe B au plus tard le 6 décembre 2000. Le sous-ministre a répondu que CIC accèderait à la demande visant les documents de l'annexe A dans le délai imparti, mais qu'il lui serait impossible de se conformer au délai relatif aux documents de l'annexe B et que la prorogation de trois ans était maintenue à leur égard. Le Commissaire à l'information a, le 22 novembre 2000, délivré une *subpœna* exigeant que la sous-ministre lui transmette l'ensemble des documents au plus tard le 7 décembre 2000. À cette date, on a introduit une demande de contrôle judiciaire sollicitant l'annulation du *subpœna* et, quatre jours plus tard, le Commissaire à l'information a déposé de son propre chef une nouvelle plainte dans cette affaire au motif que la prorogation abusive constituait un «refus présumé» de communiquer les documents et il a délivré un deuxième *subpœna* qui ordonnait que les documents mentionnés dans la première ordonnance soient produits au plus tard le 14 décembre 2000. Le deuxième *subpœna* a fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire.

Il s'agissait de savoir si le Commissaire à l'information avait outrepassé sa compétence en délivrant le premier *subpœna* alors qu'il avait terminé son enquête au moment où il a fait rapport des conclusions de celle-ci en septembre 2000, de sorte qu'il ne jouissait plus du pouvoir, conféré par l'article 36, de délivrer un *subpœna* la concernant, et s'il avait compétence pour délivrer le deuxième *subpœna* en vertu du paragraphe 30(3) de la Loi en se fondant sur la conclusion qu'une «prorogation abusive» constitue un «refus présumé».

*Jugement*: les demandes sont accueillies.

La norme de contrôle applicable en l'espèce sur les questions de compétence était la norme de la décision correcte.

Le Commissaire à l'information a délivré le premier *subpœna* en vertu de l'article 36 «pour l'instruction des plaintes». Il a toutefois terminé son enquête par le rapport du 20 septembre 2000, dans lequel il a présenté les conclusions de celle-ci et ses recommandations, conformément au paragraphe 37(1) de la Loi. Il n'avait donc plus compétence pour délivrer le *subpœna* du 22 novembre 2000 ordonnant la production des documents faisant l'objet des demandes d'accès.

Bien que le deuxième *subpœna* ait été délivré «pour l'instruction des plaintes», le défendeur n'avait pas compétence pour entreprendre de son propre chef la deuxième enquête en se fondant sur un «refus présumé». Il y a «présomption de refus» lorsque le ministère fait défaut de

limits set out in the Act (either 30 days as provided in section 7 or an extended time limit under section 9). Here, the extended time limit had not expired so that there could be no "deemed refusal" to give access. Under the Act, there is no provision for the Commissioner to deem an unreasonable extension of time as a refusal. If the second investigation was illegal, so was the second subpoena.

It was improper for the Commissioner to initiate a new complaint, and launch a new investigation, into the same matter on which he had just concluded a first investigation. Nor was it a proper use of the subpoena power to summon the 270,000 pages of documents, which CIC stated it could not process on an immediate basis.

The Information Commissioner overstepped his role and jurisdiction in ordering a government institution to implement his recommendations when the institution had indicated that it would not be able to implement the recommendations.

In the case of complaints that an extension of time is unreasonable, the Information Commissioner has the power to investigate such complaints and make findings and recommendations to the department involved. The Information Commissioner does not have power to seek judicial review as to the reasonableness of an extension of time. The only other power the Commissioner has is to report to Parliament that a particular department is not acting in a reasonable manner with respect to the objectives of the Act, as was done in a special report to Parliament in May 2000, identifying CIC as one of six departments having serious delay problems and giving it a failing grade for its performance.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 7(a), 9(1)(a), 10(1), (3), 30(1)(c), (3), 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 187, Sch. V, Item 1), 37(1), 38, 39.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Rowat v. Canada (Information Commissioner)* (2000), 193 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *X v. Canada (Minister of*

communiquer le document dans le délai fixé par la Loi (le délai de 30 jours prévu à l'article 7 ou un délai prorogé en application de l'article 9). En l'espèce, le délai prorogé n'était pas écoulé, de sorte qu'il ne peut y avoir aucune «présomption de refus» de communication. Aucune disposition de la Loi ne permet au Commissaire de considérer une prorogation de délai abusive comme un refus. Si la deuxième enquête était illégale, il en va de même pour le deuxième subpoena.

Il était irrégulier pour le Commissaire de déposer une nouvelle plainte et d'entreprendre une nouvelle enquête dans l'affaire sur laquelle il venait de conclure une première enquête. Celui-ci a également utilisé à tort son pouvoir de délivrer des subpoenas pour exiger la production des 270 000 pages de documents que CIC avait déclaré ne pas pouvoir traiter immédiatement.

Le Commissaire à l'information a outrepassé son rôle et sa compétence en ordonnant à une institution fédérale de mettre en œuvre ses recommandations alors que cette institution avait indiqué ne pas être en mesure de le faire.

Lorsqu'une plainte allègue qu'une prorogation de délai est abusive, le Commissaire à l'information a le pouvoir de mener une enquête sur cette plainte et de faire part à l'institution en cause de ses conclusions et de ses recommandations. Le Commissaire à l'information n'a pas le pouvoir de solliciter le contrôle judiciaire d'une prorogation au motif que celle-ci est abusive. Le seul autre pouvoir du Commissaire est de rapporter au Parlement qu'une institution particulière n'agit pas de manière raisonnable à la lumière des objectifs de la Loi, comme il l'a fait dans un rapport spécial au Parlement en mai 2000, où il a identifié CIC comme l'un des six organismes ayant de graves problèmes de délais et lui a attribué une note inférieure à la note de passage.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 7a), 9(1)a), 10(1), (3), 30(1)c), (3), 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n<sup>o</sup> 1), 37(1), 38, 39.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Rowat c. Canada (Commissaire à l'information)* (2000), 193 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *X c. Canada (Ministre de la*

*National Defence*), [1991] 1 F.C. 670; (1990), 41 F.T.R. 73 (T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.).

APPLICATIONS for judicial review of the Information Commissioner's two *subpoenas duces tecum* directed to the Deputy Minister of the Department of Citizenship and Immigration and requiring the production of approximately 270,000 pages of documents. Applications allowed.

## APPEARANCES:

*Alain Préfontaine* for applicant.  
*Daniel Brunet* and *Sonia U. Han* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Office of the Information Commissioner of Canada* for respondent.

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

[1] KELEN J.: This matter involves two applications for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 to set aside the respondent's two *subpoenas duces tecum* directed to Ms. Janice Cochrane, Deputy Minister, Department of Citizenship and Immigration.

## THE TWO SUBPOENAS

[2] The two *subpoenas duces tecum* which are the subject of each respective application for judicial review are:

(i) Order with respect to production of records to Janice Cochrane, Deputy Minister, Citizenship and Immigration Canada dated November 22, 2000 from J. Alan Leadbeater, Deputy Information Commissioner of Canada; and,

*Défense nationale*), [1991] 1 C.F. 670; (1990), 41 F.T.R. 73 (1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1999), 240 N.R. 244 (C.A.F.).

DEMANDES de contrôle judiciaire des deux *subpœnas duces tecum* adressés par le Commissaire à l'information à la sous-ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et exigeant la production d'environ 270 000 pages de documents. Demandes accueillies.

## ONT COMPARU:

*Alain Préfontaine* pour le demandeur.  
*Daniel Brunet* et *Sonia U. Han* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Bureau du Commissaire à l'information du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE KELEN: La présente affaire porte sur deux demandes de contrôle judiciaire présentées en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, qui sollicitent l'annulation des deux *subpœnas duces tecum* adressés à M<sup>me</sup> Janice Cochrane, sous-ministre, ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration.

## LES DEUX SUBPŒNAS

[2] Les deux *subpœnas duces tecum* faisant chacun l'objet d'une demande de contrôle judiciaire sont:

(i) Ordonnance relative à la production de documents adressée le 22 novembre 2000 à Janice Cochrane, sous-ministre, Citoyenneté et Immigration Canada, par J. Alan Leadbeater, sous-commissaire à l'information du Canada;

(ii) Order with respect to production of records to Ms. Janice Cochrane, Deputy Minister, Citizenship and Immigration Canada dated December 11, 2000 from J. Alan Leadbeater, Deputy Information Commissioner of Canada.

(ii) Ordonnance relative à la production de documents adressée le 11 décembre 2000 à M<sup>me</sup> Janice Cochrane, sous-ministre, Citoyenneté et Immigration Canada, par J. Alan Leadbeater, sous-commissaire à l'information du Canada.

Both of the orders with respect to production of records, the *subpoenas duces tecum* here in question, require production of the same information.

Les ordonnances relatives à la production de documents, les *subpœnas duces tecum* en cause, exigent la communication des mêmes renseignements.

## FACTS

### (a) Access requests and extension of time

[3] In March 2000, a person who will be referred to as the "access requester", filed with the Department of Citizenship and Immigration (CIC), 55 requests for access to records under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act). The parties agreed that these requests involve approximately 270,000 pages of documents. Under paragraph 7(a) of the Act, CIC has 30 days after the request is received to give written notice to the access requester. CIC extended the time limit to three years under paragraph 9(1)(a) of the Act which reads:

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

(a) the request is for a large number of records or necessitates a search through a large number of records and meeting the original time limit would unreasonably interfere with the operations of the government institution,

### (b) The complaints

[4] Pursuant to paragraph 30(1)(c) of the Act, the access requester filed complaints with the Information Commissioner that the extended time limits are unreasonable. Paragraph 30(1)(c) reads:

30. (1) . . . the Information Commissioner shall receive and investigate complaints

. . .

(c) from persons who have requested access to records in respect of which time limits have been extended pursuant to section 9 where they consider the extension unreasonable;

## LES FAITS

### a) Demandes d'accès et prorogation de délai

[3] En mars 2000, une personne que j'appellerai le «demandeur d'accès» a déposé auprès du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (CIC) 55 demandes d'accès à des documents en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi). Les parties étaient d'accord pour dire que ces demandes portaient sur environ 270 000 pages de documents. En vertu de l'alinéa 7a) de la Loi, CIC dispose de 30 jours suivant la réception de la demande pour donner un avis écrit au demandeur d'accès. CIC a prorogé le délai à trois ans conformément à l'alinéa 9(1)a) de la Loi, qui prévoit:

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:

a) l'observation du délai entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution en raison soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande;

### b) Les plaintes

[4] Conformément à l'alinéa 30(1)c) de la Loi, le demandeur d'accès a déposé des plaintes auprès du Commissaire à l'information, alléguant que les délais prorogés étaient abusifs. Cet alinéa prévoit:

30. (1) [. . .] le Commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes:

[. . .]

c) déposées par des personnes qui ont demandé des documents dont les délais de communication ont été prorogés en vertu de l'article 9 et qui considèrent la prorogation comme abusive;

(c) First investigation

[5] The respondent conducted an investigation and on September 20, 2000 sent a letter to the Deputy Minister, Ms. Janice Cochrane, which states:

I write to report the results of my investigation of 35 unresolved complaints against your department under the *Access to Information Act* (the *Act*).

[6] The letter further states:

Specifically, your department continues to take the position that the majority of the requests require three-year extensions for processing. In my view, extensions of this length would be unnecessary if reasonable resources were devoted to the task.

This letter clearly is a report of the results of the investigation into the complaints that the extension of the time limits are unreasonable. The report divided the complaints into two categories contained in Annex A and Annex B. With respect to both categories, the respondent recommended in his letter:

I find the complaints to be well-founded and recommend that CIC . . . respond to the requests for documents in Annex A by November 6, 2000 and in Annex B by December 6, 2000.

[7] In the letter, the respondent advised the Deputy Minister that he will compel the production of the records if his recommendation is not followed:

If the requests listed in Annex' A and B have not been answered by the recommended dates, I will have no choice but to compel your Minister or delegate to provide the relevant records to me along with a detailed line-by-line justification for the refusal to disclose. This way of proceeding is my only option as a result of the Decision of the Federal Court of Appeal in *Information Commissioner of Canada v. Minister of National Defence*, (A-785-96).

[8] On September 29, 2000 the Deputy Minister replied to the respondent that CIC will respond to the requests in Annex A by November 6, 2000 as recommended, but that the requests in Annex B involve a volume of materials which:

c) La première enquête

[5] Le défendeur a mené une enquête et, le 20 septembre 2000, il a envoyé à la sous-ministre, M<sup>me</sup> Janice Cochrane, une lettre qui déclare:

[TRADUCTION] Je vous écris pour vous faire part des conclusions de mon enquête relativement à 35 plaintes non résolues portées contre votre Ministère en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* (la *Loi*).

[6] La lettre ajoute:

[TRADUCTION] En particulier, votre Ministère continue de prétendre que le traitement de la majorité des demandes requiert des prorogations de trois ans. Je suis d'avis que des prorogations aussi importantes ne seraient pas nécessaires si des ressources raisonnables étaient consacrées à cette tâche.

Cette lettre constitue clairement un rapport des conclusions de l'enquête relative aux plaintes selon lesquelles la prorogation des délais est abusive. Le rapport a divisé les plaintes en deux catégories, soit les documents contenus dans l'annexe A et ceux contenus dans l'annexe B. Concernant ces deux catégories, le défendeur a recommandé ce qui suit dans sa lettre:

[TRADUCTION] Je considère les plaintes bien fondées et je recommande que CIC [. . .] réponde à la demande visant les documents de l'annexe A au plus tard le 6 novembre 2000 et à celle visant les documents de l'annexe B au plus tard le 6 décembre 2000.

[7] Dans la lettre, le défendeur a avisé la sous-ministre qu'il contraindrait la production des documents si sa recommandation n'était pas suivie:

[TRADUCTION] Si les demandes énumérés aux annexes A et B n'ont pas fait l'objet d'une réponse aux dates recommandées, je n'aurai pas d'autre choix que de forcer votre ministre ou son représentant à me fournir les documents pertinents ainsi qu'une justification ligne par ligne du refus de communication. Cette façon de procéder constitue ma seule option compte tenu de la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Commissaire à l'information du Canada c. Ministre de la Défense nationale* (A-785-96).

[8] Le 29 septembre 2000, la sous-ministre a répondu au défendeur que CIC accèderait à la demande visant les documents de l'annexe au plus tard le 6 novembre 2000, conformément à la recommandation, mais que la demande visant les documents de l'annexe B portait sur un volume de documents qui:

...when taken together, totals more than half a million pages  
 ... thus, I must respectfully inform you that we cannot  
 commit to the processing of all Annex B documents by  
 December 6, 2000 as you recommend. The volume of  
 documents covered in this Annex is extremely high and far  
 exceeds the annual processing capacity of our Public Rights  
 Directorate. In addition, it would significantly impact on the  
 operation of the program. We are therefore maintaining the  
 three-year extensions for this group of files.

(d) First subpoena

[9] On November 22, 2000 the respondent subpoenaed the records in the form of an "order with respect to production of records", pursuant to section 36 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, Item 1] of the Act, requiring the Deputy Minister produce all of the records to the respondent by December 7, 2000.

[10] On December 7, 2000 the applicants commenced this application to set aside the subpoena. The respondent's deputy, Mr. Alan Leadbeater, sent a letter to the Deputy Minister dated December 7, 2000 which stated:

... I understand that you have instructed the Attorney General of Canada to challenge the lawfulness of the order (Order for Production of documents dated November 22) on the ground that the related investigations are closed and, therefore, the Information Commissioner has no authority to exercise his section 36 powers (the power to summon witnesses, documents, *inter alia*).

and,

... for greater certainty, and to avoid further delays, I have decided to exercise the power in subsection 30(3) to initiate complaints with respect to the files listed in Annex A to my Order of November 22<sup>nd</sup>. I am satisfied that there are reasonable grounds to investigate your department's deemed refusal to disclose the requested records in some cases and the actual refusal to disclose requested records in others. [Underlining added.]

In this letter the respondent advised the Deputy Minister that he will commence a new investigation to avoid the

[TRADUCTION] [...] pris ensemble, totalisent plus d'un demi-million de pages [...] de sorte que je dois respectueusement vous informer que nous ne pouvons pas nous engager à effectuer le traitement de l'ensemble des documents contenus dans l'annexe pour le 6 décembre 2000 comme vous le recommandez. Le volume de documents de cette annexe est extrêmement élevé et excède de loin la capacité de traitement annuel de notre direction générale des droits du public. De plus, cela aurait un effet important sur l'application du programme. Nous maintenons donc les prorogations de délai de trois ans pour ce groupe de dossiers.

d) Le premier subpoena

[9] Se fondant sur l'article 36 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1] de la Loi, le défendeur a, le 22 novembre 2000, exigé par *subpœna* la production des documents au moyen d'une «ordonnance relative à la production de documents», demandant que la sous-ministre lui transmette l'ensemble des documents au plus tard le 7 décembre 2000.

[10] À cette dernière date, les demandeurs ont introduit la présente demande d'annulation du *subpœna*. Le sous-commissaire à l'information, M. Alan Leadbeater, a envoyé à la sous-ministre une lettre datée du même jour qui déclarait ceci:

[TRADUCTION] [...] Je constate que vous avez donné instruction au procureur général du Canada de contester la légalité de l'ordonnance (l'Ordonnance de production de documents datée du 22 novembre) au motif que les enquêtes à leur sujet sont closes, de sorte que le Commissaire à l'information n'a pas compétence pour exercer les pouvoirs que lui confère l'article 36 (notamment, le pouvoir d'assigner des témoins et d'ordonner la production de documents).

et,

[...] pour plus de certitude et pour éviter des délais additionnels, j'ai décidé d'exercer, en vertu du paragraphe 30(3), le pouvoir de déposer des plaintes relativement aux dossiers énumérés à l'annexe A de mon ordonnance du 22 novembre. J'estime qu'il existe des motifs raisonnables pour faire enquête sur le refus présumé de votre ministère de communiquer les documents demandés dans certains cas et sur le refus véritable de refuser de communiquer les documents demandés dans d'autres cas. [Non souligné dans l'original.]

Par cette lettre, le défendeur a avisé la sous-ministre qu'il entreprendrait une nouvelle enquête pour éviter la



legal challenge that his first investigation has been completed so that he did not have the jurisdiction to issue the first subpoena.

(e) Second investigation and subpoena for production of documents

[11] Four days after the legal action, on December 11, 2000, the respondent's deputy, Mr. Alan Leadbeater, issued a second subpoena (order with respect to production of records) directed to Ms. Janice Cochrane, Deputy Minister, ordering that the same documents referred to in the first order be produced by December 14, 2000.

[12] The respondent states that he self-initiated a new complaint with respect to the matter in accordance with his authority under subsection 30(3) of the Act, which reads:

30. . . .

(3) Where the Information Commissioner is satisfied that there are reasonable grounds to investigate a matter relating to requesting or obtaining access to records under the Act, the Commissioner may initiate a complaint in respect thereof.

The first complaint and investigation was pursuant to paragraph 30(1)(c), i.e. whether the extension period was unreasonable. The self-initiated second complaint is whether the unreasonable extension constitutes a "deemed refusal" to give access to the records.

[13] On December 20, 2000 the application for judicial review was filed to review the second subpoena. (Mr. Justice Nadon ordered a stay of the two orders for production of records pending the resolution of these applications for judicial review.)

## ISSUES

[14] Is the first *subpoena duces tecum* dated November 22, 2000 in excess of the jurisdiction of the respondent in that the respondent had completed his investigation when he reported the results of his investigation on September 20, 2000; and thereby had

contestation judiciaire fondée sur l'argument voulant que, sa première enquête étant terminée, il n'avait plus compétence pour délivrer le premier *subpœna*.

e) La deuxième enquête et le deuxième *subpœna* pour production de documents

[11] Quatre jours après l'introduction de l'action en justice, soit le 11 décembre 2000, le sous-commissaire, M. Alan Leadbeater, a délivré un deuxième *subpœna* (ordonnance relative à la production de documents) ordonnant à M<sup>me</sup> Janice Cochrane, sous-ministre, de produire les documents mentionnés dans la première ordonnance au plus tard le 14 décembre 2000.

[12] Le défendeur déclare avoir déposé de son propre chef une nouvelle plainte dans cette affaire conformément au pouvoir que lui confère le paragraphe 30(3) de la Loi, lequel prévoit:

30. [. . .]

(3) Le Commissaire à l'information peut lui-même prendre l'initiative d'une plainte s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi.

La première plainte et la première enquête étaient fondées sur l'alinéa 30(1)c), soit la question de savoir si la prorogation de délai était abusive. La deuxième plainte, que le défendeur a déposée de son propre chef, porte sur la question de savoir si la prorogation abusive constitue un «refus présumé» de communiquer les documents.

[13] La demande de contrôle judiciaire visant le deuxième *subpœna* a été déposée le 20 décembre 2000. (Le juge Nadon a ordonné le sursis des deux ordonnances de production de documents jusqu'à ce qu'il soit statué sur les présentes demandes de contrôle judiciaire.)

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[14] Le défendeur a-t-il outrepassé sa compétence en délivrant le premier *subpœna duces tecum* le 22 novembre 2000 alors qu'il a terminé son enquête au moment où il a fait rapport des conclusions de celle-ci le 20 septembre 2000; et a-t-il ainsi exercé et

exercised and exhausted his jurisdiction in relation to that investigation so that the Information Commissioner no longer has the power under section 36 to subpoena in relation to that investigation?

[15] Did the respondent have the jurisdiction to issue the second *subpoena duces tecum* dated December 11, 2000 on the basis that the respondent self-initiated a new complaint pursuant to subsection 30(3) of the Act, arising from the results of his first investigation, namely that the extension of time was unreasonable and therefore constituted a “deemed refusal”? The underlying question is whether an “unreasonable extension” is a “deemed refusal” under the Act.

#### STANDARD OF REVIEW

[16] The appropriate standard of review for decisions of the Information Commissioner to proceed with an investigation was set out by Campbell J. in *Rowat v. Canada (Information Commissioner)* (2000), 193 F.T.R. 1 (F.C.T.D.) [at paragraph 13]:

Mr. Rowat argues that s. 30(1)(f) does not provide jurisdiction to investigate the complaints made and the standard of review of the Commissioner’s decision to proceed, being one of jurisdiction, is correctness. I agree with this submission. (See *C.P. Ltd. v. Matsqui Indian Bands*, [1995] 1 S.C.R. 3, at pp. 25-26.)

[17] The Supreme Court of Canada in the *C.P.* case [*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3] held that administrative tribunals can examine the boundaries of their jurisdiction although their decisions in this regard lack the force of *res judicata*. Their determinations are reviewable on a correctness standard and will generally be afforded little deference. Therefore, the appropriate standard of review in this matter is that of correctness.

#### ANALYSIS

##### (a) First subpoena

[18] Under paragraph 9(1)(a) of the Act, the government institution may extend the time for a reasonable period if the request is for a large number of

épuisé sa compétence relativement à cette enquête, de sorte qu’il ne jouissait plus du pouvoir, conféré par l’article 36, de délivrer un *subpœna* la concernant?

[15] Le défendeur avait-il compétence pour délivrer le deuxième *subpœna duces tecum* le 11 décembre 2000 en se fondant sur la nouvelle plainte qu’il avait déposée de son propre chef en vertu du paragraphe 30(3) de la Loi et qui découlait des conclusions de sa première enquête, à savoir que la prorogation de délai était abusive et constituait donc un «refus présumé»? La question sous-jacente est de savoir si une «prorogation abusive» constitue un «refus présumé» aux termes de la Loi.

#### LA NORME DE CONTRÔLE

[16] La norme de contrôle applicable aux décisions d’enquête prises par le Commissaire à l’information a été exposée par le juge Campbell dans *Rowat c. Canada (Commissaire à l’information)* (2000), 193 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) [au paragraphe 13]:

M. Rowat soutient que l’al. 30(1)(f) n’investit pas le Commissaire d’une compétence pour enquêter sur les plaintes déposées et que la norme de contrôle applicable à la décision du Commissaire de procéder à cette enquête, vu qu’il s’agit d’une question de compétence, est celle de la décision correcte. Je partage ce point de vue. (Voir *C.P. Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, aux p. 25 et 26.)

[17] Dans l’arrêt *C.P.* [*Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3], la Cour suprême du Canada a conclu que les tribunaux administratifs pouvaient examiner les limites de leur compétence même si leurs décisions à cet égard n’avaient pas l’autorité de la chose jugée. Ces décisions sont susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision correcte et s’attirent généralement peu de retenue. La norme de la décision correcte est donc la norme de contrôle applicable en l’espèce.

#### ANALYSE

##### a) Le premier subpoena

[18] En vertu de l’alinéa 9(1)(a) de la Loi, l’institution fédérale peut proroger le délai d’une période que justifient les circonstances si la demande porte sur de

documents, necessitates a search through a large number of files, and meeting the original time limit would unreasonably interfere with the operations of the government department. In this case, the 55 access requests involve processing approximately 270,000 pages. The CIC decided upon the extension of time in view of the number of documents to be processed and the 5000 other access requests which CIC had received in that fiscal year.

[19] The access requester filed complaints with the respondent under paragraph 30(1)(c) of the Act that the extension was unreasonable.

[20] The respondent investigated the complaint and provided the government institution with a report dated September 20, 2000 containing the findings of the investigation and recommendations in accordance with subsection 37(1) of the Act which reads:

37. (1) If, on investigating a complaint in respect of a record under this Act, the Information Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner shall provide the head of the government institution that has control of the record with a report containing

(a) the findings of the investigation and any recommendations that the Commissioner considers appropriate; and

(b) where appropriate, a request that, within a time specified in the report, notice be given to the Commissioner of any action taken or proposed to be taken to implement the recommendations contained in the report or reasons why no such action has been or is proposed to be taken.

The report in a letter dated September 20, 2000 from the respondent to the Deputy Minister reported that the three-year extension was an unreasonable length of time, and recommended that the documents be produced by December 6, 2000.

[21] The response dated September 29, 2000 from the Deputy Minister advised that it would not be possible to comply with the recommendation that the documents be produced by December 6, 2000. The respondent issued the "order with respect to production of records" dated November 22, 2000 pursuant to the authority of the respondent's power in section 36 of the Act to summons

nombreux documents, si elle nécessite une recherche dans un grand nombre de documents et si l'observation du délai original entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution. En l'espèce, les 55 demandes d'accès requièrent le traitement d'environ 270 000 pages. La CIC a décidé de proroger le délai en raison du nombre de documents à traiter et des 5 000 autres demandes d'accès qu'elle a reçues au cours de l'année financière en question.

[19] Se fondant sur l'alinéa 30(1)c) de la Loi, le demandeur d'accès a déposé auprès du défendeur une plainte alléguant que la prorogation était abusive.

[20] Le défendeur a mené une enquête sur la plainte et a fourni à l'institution fédérale son rapport du 20 septembre 2000, dans lequel il a présenté les conclusions de son enquête et ses recommandations, conformément au paragraphe 37(1) de la Loi, lequel prévoit:

37. (1) Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte portant sur un document, le Commissaire à l'information adresse au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document un rapport où:

a) il présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu'il juge indiquées;

b) il demande, s'il le juge à propos, au responsable de lui donner avis, dans un délai déterminé, soit des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite.

Contenu dans la lettre du 20 septembre 2000 que le défendeur a envoyée à la sous-ministre, le rapport indiquait que la prorogation de trois ans était abusive et il recommandait que les documents soient produits au plus tard le 6 décembre 2000.

[21] Dans sa réponse du 29 septembre 2000, la sous-ministre a informé le défendeur qu'il ne serait pas possible pour CIC de se conformer à la recommandation que les documents soient produits au plus tard le 6 décembre 2000. Le défendeur a délivré l'«ordonnance relative à la production de documents» le 22 novembre 2000 suivant le pouvoir, que lui confère

persons and documents in the course of an investigation of complaints.

[22] The power of the respondent to subpoena documents is set out in paragraph 36(1)(a) and subsection 36(2) of the Act:

36. (1) The Information Commissioner has, in relation to the carrying out of the investigation of any complaint under this Act, power

(a) to summon and enforce the appearance of persons before the Information Commissioner and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Commissioner 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;

...

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Information Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Commissioner on any grounds.

[23] The subpoena power is “in relation to the carrying out of the investigation”. In my opinion, when the investigation is completed, the subpoena power is exhausted. I find that the investigation with respect to the complaints that the extensions were unreasonable was completed on September 20, 2000, and that the respondent no longer had the jurisdiction to issue the subpoena on November 22, 2000 ordering the production of the records subject of the access requests.

(b) Second subpoena

[24] When the applicants challenged the first subpoena on December 7, 2000 on the ground that the respondent exceeded his jurisdiction because the investigation was complete, the respondent advised by letter that he would commence a second investigation under subsection 30(3) of the Act. The respondent’s letter to the Deputy Minister dated December 7, 2000 states that the basis of the second investigation is “your department’s deemed refusal” to disclose the records.

l’article 36 de la Loi, d’assigner des témoins à comparaître et de forcer la production de documents dans le cadre d’une enquête sur des plaintes.

[22] Le pouvoir que détient le défendeur d’exiger par *subpœna* la production de documents est établi par l’alinéa 36(1)a) et par le paragraphe 36(2) de la Loi:

36. (1) Le Commissaire à l’information a, pour l’instruction des plaintes déposées en vertu de la présente loi, le pouvoir:

a) d’assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu’il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives;

[. . .]

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à l’information a, pour les enquêtes qu’il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les documents qui relèvent d’une institution fédérale et auxquels la présente loi s’applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

[23] Le pouvoir de délivrer des *subpœnas* est conféré «pour l’instruction des plaintes». J’estime que lorsque l’enquête est terminée, ce pouvoir disparaît. Je conclus que l’enquête sur les plaintes alléguant le caractère abusif des prorogations a pris fin le 20 septembre 2000 et que, le 22 novembre 2000, le défendeur n’avait plus compétence pour délivrer le *subpœna* ordonnant la production des documents faisant l’objet des demandes d’accès.

b) Le deuxième subpoena

[24] Lorsque les demandeurs ont contesté le premier *subpœna* le 7 décembre 2000 au motif que le défendeur avait outrepassé sa compétence parce que l’enquête était terminée, le demandeur les a avisés par lettre qu’il entreprendrait une deuxième enquête conformément au paragraphe 30(3) de la Loi. La lettre du défendeur à la sous-ministre, datée du même jour, déclare que la deuxième enquête est due au «refus présumé de votre ministère» de communiquer les documents. En vertu de

Under the Act, the only “deemed refusal to give access” is in subsection 10(3) of the Act which provides:

10. (1) Where the head of a government institution refuses to give access to a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall state in the notice given under paragraph 7(a)

...

(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.

[25] Parliament has clearly provided for “deemed refusals” in subsection 10(3), but not elsewhere in the Act. A “deemed refusal” is when the department fails to give access to the record within the time limits set out in the Act, i.e. either 30 days as provided in section 7 or an extended time limit under section 9. In my opinion, in this case, the extended time limit has not expired so that there can be no “deemed refusal” to give access. Under the Act there is no provision for the respondent to deem an unreasonable extension of time as a refusal.

(c) Jurisprudence regarding “deemed refusal”

[26] The respondent relies upon *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.) as the authority for finding that the extension of time is a “deemed refusal”. In that case, the Federal Court of Appeal considered a completely different factual scenario, i.e. the government institution extended by 120 days the time limit of 30 days set out in the Act. Upon expiration of the extended time limit, the institution still had not made its decision about access. The access requester made complaints to the respondent on the ground that the institution had not met the extended deadline. Madam Justice Desjardins, giving the reasons for judgment of the Court, held at paragraph 19:

Under the terms of subsection 10(3) of the Act, where a government institution fails to give access to a record within the time limits set out in the Act, there is a deemed refusal to

la Loi, la seule «présomption de refus de communication» est établie par le paragraphe 10(3), qui prévoit:

10. (1) En cas de refus de communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi, l'avis prévu à l'alinéa 7a) doit mentionner, d'une part, le droit de la personne qui a fait la demande de déposer une plainte auprès du Commissaire à l'information et, d'autre part:

[. . .]

(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.

[25] Le législateur a clairement prévu les «présomptions de refus» au paragraphe 10(3), mais il ne l'a pas fait dans les autres dispositions de la Loi. Il y a «présomption de refus» lorsque le ministère fait défaut de communiquer le document dans le délai fixé par la Loi, c.-à-d. le délai de 30 jours prévu à l'article 7 ou un délai prorogé en application de l'article 9. Je suis d'avis qu'en l'espèce, le délai prorogé n'était pas écoulé, de sorte qu'il ne peut y avoir aucune «présomption de refus» de communication. Aucune disposition de la Loi ne permet au défendeur de considérer une prorogation de délai abusive comme un refus.

c) La jurisprudence relative à la «présomption de refus»

[26] Le défendeur invoque l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1999), 240 N.R. 244 (C.A.F.), à l'appui de sa conclusion que la prorogation de délai constitue un «refus présumé». Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur des faits entièrement différents, c.-à-d. l'institution fédérale avait prorogé de 120 jours le délai de 30 jours fixé par la Loi. À l'expiration du délai prorogé, l'institution n'avait toujours pas pris sa décision au sujet de la communication. Le demandeur d'accès s'est plaint auprès du défendeur que l'institution n'avait pas respecté le délai prorogé. S'exprimant au nom de la Cour, M<sup>me</sup> le juge Desjardins a conclu ainsi au paragraphe 19:

Dès qu'une institution fédérale est en défaut de communiquer un document dans le délai prévu par la Loi, il y a, aux termes du paragraphe 10(3) de la Loi, présomption de

give access, with the result that the government institution, the complainant and the Commissioner are placed in the same position as if there had been a refusal within the meaning of section 7 and subsection 10(1) of the Act.

In that case, the government institution had failed to give access within the 120-day extended time limit. Thereafter there is a “deemed refusal to give access” in accordance with subsection 10(3) of the Act. In the case at bar, the time limit for giving access has been extended to three years and that time period has not yet passed. Accordingly, there is no “deemed refusal to give access” since the government institution has not refused to give access within the extended time limit.

[27] Similarly, Mr. Justice Strayer in *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1991] 1 F.C. 670 (T.D.), held at page 676:

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.

In *X v. Canada*, *supra*, the time period had been extended to 270 days, and the Court held until the extended time period expires, there is no “deemed refusal”. Justice Strayer held that the Federal Court does not have the responsibility to “second-guess” whether the extension is reasonable. The respondent has the power to receive and investigate a complaint that an extension of time is not reasonable. But the respondent does not have power beyond reporting his findings and recommendations with respect to the reasonableness of the extension.

[28] The respondent made such a report with his findings and recommendations in this case on December

refus de communication dont l’effet est de placer l’institution fédérale, le plaignant et le Commissaire dans la même situation que s’il y avait eu refus au sens de l’article 7 et du paragraphe 10(1) de la Loi.

Dans cette affaire, l’institution fédérale avait fait défaut de communiquer les documents dans le délai prorogé de 120 jours. Cela a donné lieu à une «présomption de refus de communication» conformément au paragraphe 10(3) de la Loi. En l’espèce, le délai de communication a été prorogé à trois ans et ce délai n’est pas encore écoulé. Il n’y a donc aucune «présomption de refus de communication» puisque l’institution fédérale n’a pas refusé de communiquer les documents dans le délai prorogé.

[27] De la même manière, le juge Strayer a conclu dans *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1991] 1 C.F. 670 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 676:

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.

Dans *X c. Canada*, précité, le délai avait été prorogé à 270 jours et la Cour a conclu qu’il n’y avait aucune «présomption de refus» avant l’expiration du délai prorogé. Le juge Strayer a conclu qu’il n’appartenait pas à la Cour fédérale de remettre en question le caractère raisonnable de la prorogation. Le défendeur a le pouvoir de recevoir une plainte alléguant le caractère abusif d’une prorogation et de mener une enquête sur cette plainte, mais son pouvoir se limite à faire rapport de ses conclusions et de ses recommandations relatives au caractère raisonnable de la prorogation.

[28] En l’espèce, le défendeur a présenté un tel rapport, exposant ses conclusions et ses

20, 2000. That was the end of the respondent's jurisdiction with respect to the investigation of the requester's complaints.

[29] Accordingly, the respondent did not have the jurisdiction to self-initiate a complaint with respect to a "deemed refusal", and did not have the jurisdiction to issue the second subpoena in relation to the second investigation. If the second investigation is illegal so is the second subpoena.

(d) Allegation of abuse

[30] The Attorney General of Canada alleges that the subpoenas to produce documents are an abuse of process in that:

(i) the respondent cannot initiate his own complaint into the same matter on which he has just concluded an investigation;

(ii) the purpose of the second investigation is not to investigate new facts, but to issue a subpoena since the first subpoena is illegal; and,

(iii) the subpoena "is nothing but a disguised attempt . . . to enforce compliance with . . . (the respondent's) recommendation when the Act does not grant him this power".

The Court agrees that it is not proper for the respondent to initiate a new complaint, and launch a new investigation, into the same matter on which the respondent has just concluded a first investigation. The Court also agrees that it is not proper use of the subpoena power to summon the 270,000 pages of documents which CIC stated it could not process on an immediate basis. The respondent is effectively requiring the department to produce the documents which the respondent had recommended be produced by December 6, 2000, but which the Deputy Minister respectfully said was not possible.

(e) Role of respondent

[31] In *Rowat v. Canada (Information Commissioner)*, *supra*, Campbell J., at paragraph 28, referred to the role of the respondent by quoting from the respondent's argument in that case:

recommandations, le 20 décembre 2000. Cela a mis fin à la compétence que le défendeur avait quant à l'enquête portant sur les plaintes du demandeur d'accès.

[29] Par conséquent, le défendeur n'avait pas compétence pour déposer de son propre chef une plainte relative à un «refus présumé» ni pour délivrer le deuxième *subpœna* lié à la deuxième enquête. Si la deuxième enquête est illégale, il en va de même pour le deuxième *subpœna*.

d) L'allégation d'abus

[30] Le procureur général du Canada allègue que les *subpœnas* exigeant la production de documents constituent un abus de procédure aux motifs que:

(i) le défendeur ne peut pas déposer de son propre chef une plainte dans l'affaire sur laquelle il vient de conclure une enquête;

(ii) la deuxième enquête n'a pas pour but l'examen de faits nouveaux, mais bien la délivrance d'un *subpœna* étant donné que le premier *subpœna* était illégal;

(iii) le *subpœna* [TRADUCTION] «n'est rien d'autre qu'une tentative déguisée de forcer le respect de la recommandation (du défendeur) alors que la Loi ne lui confère pas ce pouvoir».

La Cour convient qu'il est irrégulier pour le défendeur de déposer une nouvelle plainte et d'entreprendre une nouvelle enquête dans l'affaire sur laquelle il vient de conclure une première enquête. La Cour convient également que le défendeur a utilisé à tort son pouvoir de délivrer des *subpœnas* pour exiger la production des 270 000 pages de documents que CIC avait déclaré ne pas pouvoir traiter immédiatement. Dans les faits, le défendeur exige du Ministère les documents dont il avait recommandé la production au plus tard le 6 décembre 2000, chose que la sous-ministre lui avait respectueusement dit être impossible.

e) Le rôle du défendeur

[31] Dans *Rowat c. Canada (Commissaire à l'information)*, précité, le juge Campbell a fait référence, au paragraphe 28, au rôle du défendeur en citant l'argument que ce dernier avait avancé dans cette affaire:

The Commissioner is a neutral and independent ombudsofficer charged with supervising the administration of the *Access to Information Act* and government action in relation thereto and is limited to making recommendations to government institutions or to Parliament regarding the disclosure of government information and the administration of the *Access to Information Act*.

The Commissioner is not empowered to order government institutions to implement his recommendations. His role is that of a fact-finder who makes recommendations to settle disputes. . . .

In the case at bar, the respondent overstepped his role and legal jurisdiction by ordering a government institution to implement his recommendations when the government institution indicated that it would not be able to implement the recommendations.

(f) Respondent's power to report to parliament

[32] The respondent has power in sections 38 and 39 of the Act to report to Parliament on any matter within the scope of his powers, duties, and functions. The respondent is an independent ombudsman-type officer who can receive complaints, initiate complaints, and carry out investigations which can then be followed by discussions with departments with a view to resolving the problem. The respondent also reports to Parliament and designated committees of both Houses. In the case of complaints that an extension of time is unreasonable, the respondent has the power to investigate such complaints and make findings and recommendations to the department involved. The respondent does not have the power to seek judicial review of whether an extension of time is unreasonable. The only other power the respondent has is to report to Parliament that a particular department is not acting in a reasonable manner with respect to the objectives of the Act. See *X v. Canada (Minster of National Defence)*, *supra*, at page 677, *per Strayer J.* (as he then was). The respondent can publicly make highly critical comments about government departments.

[33] In this case, the respondent made a special report to Parliament dated May 2000, which identified CIC as

Le Commissaire est un ombudsman impartial et indépendant dont la fonction consiste à superviser l'application de la *Loi sur l'accès à l'information*, de même que les mesures gouvernementales relatives à cette dernière; son pouvoir se limite à formuler des recommandations à l'intention des institutions fédérales ou du Parlement au sujet de la divulgation de renseignements gouvernementaux et de l'administration de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Il n'est pas loisible au Commissaire de contraindre les institutions fédérales à mettre en œuvre ses recommandations. Son rôle est celui d'un enquêteur chargé de formuler des recommandations pour résoudre les différends [ . . . ]

En l'espèce, le défendeur a outrepassé son rôle et sa compétence légale en ordonnant à une institution fédérale de mettre en œuvre ses recommandations alors que cette institution avait indiqué ne pas être en mesure de le faire.

f) Le pouvoir du défendeur de faire rapport au Parlement

[32] Les articles 38 et 39 confèrent au défendeur le pouvoir de présenter au Parlement un rapport sur toute question relevant de ses pouvoirs et fonctions. Le défendeur est un genre de protecteur du citoyen indépendant qui peut recevoir des plaintes, en déposer et effectuer des enquêtes susceptibles d'être suivies par des discussions avec les institutions visant à résoudre les problèmes. Le défendeur présente également un rapport au Parlement et aux comités désignés des deux chambres. Lorsqu'une plainte allègue qu'une prorogation de délai est abusive, le défendeur a le pouvoir de mener une enquête sur cette plainte et de faire part à l'institution en cause de ses conclusions et de ses recommandations. Le défendeur n'a pas le pouvoir de solliciter le contrôle judiciaire d'une prorogation au motif que celle-ci est abusive. Le seul autre pouvoir du défendeur est de rapporter au Parlement qu'une institution particulière n'agit pas de manière raisonnable à la lumière des objectifs de la Loi. Voir *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précité, à la page 677, le juge Strayer (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale). Le défendeur peut faire des commentaires publics très critiques à l'égard des institutions fédérales.

[33] En l'espèce, le défendeur a présenté un rapport spécial au Parlement, daté de mai 2000, dans lequel il a



causing serious delays, and gave CIC a failing mark for its performance. The report stated:

Six departments were identified . . . as departments with serious delay problems. The departments were Citizenship and Immigration Canada (CIC). . . . In the 1999 report card, CIC received a grade of F . . . .

The report noted that CIC has allocated additional resources to its Access to Information Branch, but that for the past two years the number of access requests has increased substantially. The respondent has investigated the alleged unreasonable extensions of time, has made recommendations and has reported the problem to Parliament. That is the end of the respondent's jurisdiction with respect to reasonableness of the extension of time.

#### CONCLUSION

[34] I have found that:

(i) the first subpoena or order to produce documents is outside the jurisdiction of the respondent because the respondent had completed his investigation pursuant to paragraph 30(1)(c) with respect to the complaints that the three-year extension of time was unreasonable;

(ii) there was no "deemed refusal to provide access" because the extended time periods had not elapsed;

(iii) the respondent did not have jurisdiction to self-initiate a complaint and investigation pursuant to subsection 30(3) with respect to a "deemed refusal to provide access" because there was clearly no "deemed refusal to provide access" under the Act; and,

(iv) that the second subpoena or order to produce documents is outside the jurisdiction of the respondent.

[35] For these reasons the two subpoenas or orders for the production of documents were made without jurisdiction and are therefore set aside. Accordingly, these applications for judicial review are allowed with costs to the applicants.

reproché à CIC de causer des délais importants et lui a attribué une note inférieure à la note de passage. Le rapport déclarait qu'il:

[...] relevait de graves problèmes de délais de traitement dans six ministères, soit Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) [...] Dans la fiche de rendement de 1999, CIC a reçu la note de F [...]

Le rapport a souligné que CIC avait attribué des ressources supplémentaires à sa direction générale de l'accès à l'information, mais que le nombre de demandes d'accès s'était grandement accru. Le défendeur a enquêté sur le caractère abusif qu'auraient les prorogations de délai, il a fait des recommandations et il a signalé le problème au Parlement. C'est là que s'arrête la compétence du défendeur quant au caractère raisonnable de la prorogation de délai.

#### CONCLUSION

[34] J'ai conclu que:

(i) le défendeur n'avait pas compétence pour délivrer le premier *subpœna* ou la première ordonnance de production de documents parce qu'il avait terminé son enquête conformément à l'alinéa 30(1)c) relativement aux plaintes alléguant le caractère abusif de la prorogation de délai de trois ans;

(ii) il n'y pas eu de «présomption de refus de communication» parce que les délais prorogés n'étaient pas expirés;

(iii) le défendeur n'avait pas compétence pour déposer une plainte et entreprendre une enquête en vertu du paragraphe 30(3) relativement à un «refus présumé de communication» parce qu'il n'y avait clairement aucune «présomption de refus de communication» aux termes de la Loi;

(iv) le défendeur n'avait pas compétence pour délivrer le deuxième *subpœna* ou la deuxième ordonnance de production de documents.

[35] Pour ces motifs, les deux *subpœnas* ou ordonnances de production de documents ont été délivrés en l'absence de compétence et sont donc annulés. En conséquence, les présentes demandes de contrôle judiciaire sont accueillies avec dépens en faveur des demandeurs.

A-47-00  
2002 FCA 46

A-47-00  
2002 CAF 46

**Roger Whitton (*Appellant*)**

v.

**Attorney General of Canada (*Respondent*)**

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

Court of Appeal, Desjardins, Décary and Noël J.J.A.—  
Montréal, January 15; Ottawa, February 5, 2002.

*Pensions — Appellant filing application for benefits under Old Age Security Act — Eligibility not in issue — Benefit cheques issued by HRDC in appellant's mother's name although latter dead — HRDC conducting internal investigation to determine how, by whom cheques cashed — Appellant not informed of details of investigation — Not recipient of amounts allegedly appropriated by fraud — Recipient only with respect to benefits paid to him as pensioner — No final decision on whether debt to Her Majesty exists as investigation apparently still underway — Minister could not rely on Act, ss. 9(5), 37 to suspend payment of pension, recover amount owed by set-off.*

*Administrative Law — Judicial Review — Mandamus — Appellant applying for writ of mandamus ordering Minister of HRDC to reinstate pension owed under Old Age Security Act, to repay full amounts withheld — Appellant told benefits suspended as under investigation regarding cashing of benefit cheques issued to appellant's deceased mother — Department applying set-off — Appellant entitled to pension — Minister illegally refusing to pay him pension — A.D.M. denied appellant right to be heard, knowledge of case against him — Investigation apparently incomplete — Requirements for mandamus met — Exercise of authority by Minister under Old Age Security Act so inconsistent with rules of administrative law that decision by Minister to suspend, deny payment, to recover by set-off invalid on its face.*

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an application for judicial review asking the Court

**Roger Whitton (*appelant*)**

c.

**Le procureur général du Canada (*intimé*)**

**RÉPERTORIÉ: WHITTON c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(C.A.)**

Cour d'appel, juges Desjardins, Décary et Noël, J.C.A.—  
Montréal, 15 janvier; Ottawa, 5 février 2002.

*Pensions — L'appelant a déposé une demande de prestations en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse — L'admissibilité n'est pas remise en question — Des chèques de prestations ont été émis par le DRHC au nom de la mère de l'appelant bien qu'elle soit décédée — Le DRHC a entrepris une enquête interne afin de déterminer comment et par qui les chèques ont été encaissés — L'appelant n'a pas été informé sur les détails de l'enquête — Il n'était pas le prestataire des montants qu'il se serait appropriés par la fraude — Il n'était prestataire qu'à l'égard des prestations qui lui ont été versées en sa qualité de pensionné — Aucune décision finale n'a été arrêtée quant à l'existence d'une créance de Sa Majesté puisque, apparemment, l'enquête se continue toujours — Le ministre ne pouvait pas s'appuyer sur les art. 9(5) et 37 de la Loi pour suspendre le service de la pension et opérer compensation.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — L'appelant a demandé qu'un bref de mandamus soit émis à l'encontre du ministre pour qu'il rétablisse le service de la pension due en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse et qu'il rembourse l'ensemble des sommes retenues — L'appelant a été informé que sa prestation était suspendue parce qu'il faisait l'objet d'une enquête concernant l'encaissement des chèques de prestations émis au nom de sa mère décédée — Le ministère a opéré compensation — L'appelant avait droit à sa pension — Le ministre a refusé illégalement de lui payer sa pension — Le sous-ministre adjoint a refusé à l'appelant le droit de se faire entendre et d'avoir accès au dossier constitué contre lui — L'enquête n'était apparemment pas terminée — Les conditions requises pour l'émission d'un mandamus sont remplies — Le pouvoir du ministre en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse a été exercé de façon si peu conforme aux règles du droit administratif que toute décision de suspension, de refus de paiement ou de compensation prise par le ministre serait à première vue viciée.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire

to order the Department of Human Resources Development Canada to restore the pension owed to the appellant under the *Old Age Security Act* and to reimburse him the money withheld since September 1996. In January 1989, the appellant, who was 65 at the time, applied for benefits under the Act. From September 1989 to September 1996, he received basic old age benefits plus a guaranteed income supplement established on the basis of his family and financial situation. His eligibility was not in issue. Although the appellant's mother died in 1973, benefit cheques totalling \$123,388.51 had been issued in her name by the Department and cashed from June 1973 to October 1993. The Department conducted an internal investigation to determine how and by whom the cheques issued in the deceased person's name had been cashed. The appellant was informed for the first time on September 17, 1996 that he was under investigation, and no details of the investigation were disclosed to him. Counsel for the appellant served the Department with a demand to reinstate payment of benefits immediately. Relying on subsections 9(5) and 37(2) of the Act, the Department replied that it could not reinstate the payments since the appellant's case was still under investigation. On April 15, 1998, the Assistant Deputy Minister of the Department wrote to counsel for the appellant, saying that the case "is currently under administrative investigation". The appellant applied for a writ of *mandamus* ordering the Minister to reinstate the pension owed to him under the *Old Age Security Act* and to repay him the full amounts withheld since September 1996. Rouleau J. dismissed the application for judicial review on the ground that a *mandamus* application was not the appropriate procedure since a decision had already been rendered on April 15, 1998. The issue on appeal was whether the Minister could refuse to pay old age security benefits to a person who was otherwise eligible on the ground that the latter was suspected of fraudulently cashing, for 20 years, benefit cheques issued to his deceased mother.

*Held*, the appeal should be allowed.

The investigation done by the Department violated the basic rules of administrative law so seriously that the decisions made by the Minister against the appellant would be vitiated on their face. The appellant was not the recipient of the amounts he allegedly appropriated by fraud. The benefits which he was accused of cashing were not benefits paid to him. The appellant never claimed to be entitled to the benefits payable to his mother and the record did not indicate that he used the mechanism provided by the *Old Age Security Act* to fraudulently establish entitlement to any benefit for himself.

priant la Cour d'ordonner au ministère du Développement des ressources humaines Canada de rétablir le service de la pension due à l'appelant en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et de lui rembourser l'ensemble des sommes retenues depuis septembre 1996. En janvier 1989, l'appelant, alors âgé de 65 ans, a déposé une demande de prestations en vertu de la Loi. De septembre 1989 à septembre 1996, il reçoit des prestations de base de la sécurité de la vieillesse auxquelles s'ajoute un supplément de revenu garanti établi en fonction de sa situation familiale et financière. Son admissibilité n'a pas été remise en question. Bien que la mère de l'appelant fût décédée en 1973, des chèques de prestations pour un montant total de 123 388,51 \$ avaient été émis en son nom par le ministère et encaissés de juin 1973 à octobre 1993. Le ministère a entrepris une enquête interne afin de déterminer comment et par qui les chèques émis au nom de la personne décédée avaient été encaissés. C'est le 17 septembre 1996 que l'appelant a appris pour la première fois l'existence d'une enquête à son sujet, enquête dont aucun détail ne lui a été révélé. La procureure de l'appelant a mis le ministère en demeure de rétablir immédiatement le versement des prestations. S'appuyant sur les paragraphes 9(5) et 37(2) de la Loi, le ministère répond ne pas pouvoir rétablir les paiements, le dossier de l'appelant faisant toujours l'objet d'une enquête. Le 15 avril 1998, le sous-ministre adjoint du ministère écrit à la procureure de l'appelant pour l'informer que le dossier «fait présentement l'objet d'une enquête administrative». L'appelant a demandé qu'un bref de *mandamus* soit émis à l'encontre du ministre lui ordonnant de rétablir le service de la pension qui lui est due en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et de lui rembourser l'ensemble des sommes retenues depuis septembre 1996. Le juge Rouleau a rejeté la demande de contrôle judiciaire pour le motif que le recours en *mandamus* n'était pas la procédure appropriée puisqu'une décision avait déjà été rendue le 15 avril 1998. La question que soulève cet appel est de déterminer si le ministre peut refuser de payer à une personne par ailleurs admissible ses prestations de sécurité de la vieillesse pour le motif qu'il soupçonne cette personne d'avoir encaissé elle-même, frauduleusement, pendant 20 ans, des chèques de prestations payables à l'ordre de sa défunte mère.

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

L'enquête menée par le Ministère a violé à ce point les règles de base du droit administratif que les décisions prises par le ministre à l'encontre de l'appelant seraient à première vue viciées. L'appelant n'était pas le prestataire des montants qu'il se serait appropriés par fraude. Les prestations qu'on lui reproche d'avoir encaissées ne sont pas des prestations qui lui ont été versées. L'appelant n'a jamais prétendu avoir droit aux prestations payables à sa mère et le dossier n'indique pas que l'appelant a utilisé le mécanisme établi par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* pour faire établir frauduleusement à

He was a recipient only with respect to the benefits that were paid to him as a pensioner. Not only was there no overpayment in respect of these benefits, but there could be an underpayment since the Minister stopped paying him the benefits in September 1996. Sections 26 and 27 of the *Old Age Security Regulations* did not apply since the appellant's eligibility was acknowledged by the Minister. Likewise, the Minister could not rely on subsection 9(5) and section 37 of the Act to suspend payment of the pension and recover the amount owed by set-off.

*Mandamus* was the appropriate remedy herein. The appellant, whose eligibility was not contested, was entitled to his pension. The Minister, who had an obligation to pay him the pension, was illegally refusing to do so. The requirements for granting *mandamus* were met. The action that must be taken is to reinstate the pension forthwith and repay the benefits that were suspended, with interest. Even if the Minister had authority under the *Old Age Security Act* to do what he has done, the exercise of that authority was so inconsistent with the rules of administrative law that his decision to suspend or deny payment or to recover by set-off would be invalid on its face. In view of the facts that the Assistant Deputy Minister has expressly denied the appellant the right to be heard and to have access to the case assembled against him, the investigation has been conducted without the appellant's knowledge. Given that, according to the Minister, the investigation is still under way, a final decision remains to be made and it has yet to be established that any debt to Her Majesty exists which would justify a set-off.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).  
*Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 9(5), 27.1 (as enacted by S.C. 1995, c. 33, s. 16; 1997, c. 40, s. 100), 32 (as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 18), 37 (as am. by S.C. 1991, c. 44, s. 33; 1997, c. 40, s. 105), 44(1).  
*Old Age Security Regulations*, C.R.C., c. 1246, ss. 26 (as am. by SOR/96-521, s. 27), 27 (as am. by SOR/99-193, s. 2).  
*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

- Brière v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1989] 3 F.C. 88; (1988), 57 D.L.R. (4th) 402; 89 CLLC 14,025; 93 N.R. 115 (C.A.).

son profit un droit à une quelconque prestation. Il n'est prestataire qu'à l'égard des prestations qui lui sont versées en sa qualité de pensionné. Non seulement n'y a-t-il aucun trop-perçu de sa part à leur égard, mais il y a un moins-perçu puisque le ministre a cessé de les lui verser en septembre 1996. Les articles 26 et 27 du *Règlement sur la sécurité de la vieillesse* ne s'appliquent pas puisque l'admissibilité de l'appelant est reconnue par le ministre. De même, le ministre ne pouvait pas s'appuyer sur le paragraphe 9(5) et l'article 37 de la Loi pour suspendre le service de la pension et opérer compensation.

Le *mandamus* est un recours approprié en l'espèce. L'appelant, dont l'admissibilité n'est pas contestée, a le droit de recevoir sa pension. Le ministre, qui avait l'obligation de la lui payer, a illégalement refusé de le faire. Les conditions requises pour l'émission d'un *mandamus* étaient remplies. La mesure qui s'impose est le rétablissement immédiat du service de la pension et le remboursement avec intérêts des prestations dont le paiement a été suspendu. Même si le ministre avait eu, en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, le pouvoir de faire ce qu'il a fait, ce pouvoir a été exercé en l'espèce d'une manière si peu conforme aux règles du droit administratif que toute décision de suspension, de refus de paiement ou de compensation prise par le ministre serait à première vue viciée. Étant donné que le sous-ministre adjoint a expressément refusé à l'appelant le droit de se faire entendre et d'avoir accès au dossier constitué contre lui, l'enquête a été menée à l'insu de l'appelant. Compte tenu, selon les dires du ministre, que l'enquête se continue toujours, aucune décision finale n'a encore été arrêtée et aucune créance de Sa Majesté justifiant une compensation n'a encore été établie.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).  
*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 9(5), 27.1 (édicte par L.C. 1995, ch. 33, art. 16; 1997, ch. 40, art. 100), 32 (mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 18), 37 (mod. par L.C. 1997, ch. 40, art. 105), 44(1).  
*Règlement sur la sécurité de la vieillesse*, C.R.C., ch. 1246, art. 26 (mod. par DORS/96-521, art. 27, 28), 27 (mod. par DORS/99-193, art. 2).

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

- Brière c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1989] 3 C.F. 88; (1988), 57 D.L.R. (4th) 402; 89 CLLC 14,025; 93 N.R. 115 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.).

APPEAL from a Trial Division decision ((1999), 179 F.T.R. 189) dismissing an application for judicial review asking the Court to order the Minister of Human Resources Development Canada to restore the pension owed to the appellant under the *Old Age Security Act* and to reimburse him in respect of payments withheld since September 1996. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Lise Ferland* for appellant.  
*Nadia Hudon* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Ferland, Ouellet, Proulx*, Montréal, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] DÉCARY J.A.: The issue in this appeal is whether the Minister of Human Resources Development Canada (the Minister) may refuse to pay old age security benefits (the benefits) to a person who is otherwise eligible on the ground that he suspects that the person has, himself, for 20 years, fraudulently cashed benefit cheques issued to the person's deceased mother. The disposition of the appeal will depend, in the final analysis, on the interpretation of subsection 9(5) and section 37 [as am. by S.C. 1991, c. 44, s. 33; 1997, c. 40, s. 105] of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, as amended (the Act) and sections 26 [as am. by SOR/96-521, s. 27] and 27 [as am. by SOR/99-193, s. 2] of the *Old Age Security Regulations*, C.R.C., c. 1246, as amended (the Regulations).

## DÉCISION CITÉE:

*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1999), 179 F.T.R. 189) qui a rejeté une demande de contrôle judiciaire priant la Cour d'ordonner au ministre du Développement des ressources humaines Canada de rétablir le service de la pension due à l'appelant en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et de lui rembourser l'ensemble des sommes retenues depuis septembre 1996. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Lise Ferland* pour l'appellant.  
*Nadia Hudon* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Ferland, Ouellet, Proulx*, Montréal, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: La question que soulève cet appel est de déterminer si le ministre du Développement des ressources humaines Canada (le ministre) peut refuser de payer à une personne par ailleurs admissible ses prestations de sécurité de la vieillesse (les prestations) pour le motif qu'il soupçonne cette personne d'avoir encaissé elle-même, frauduleusement, pendant 20 ans, des chèques émis à titre de prestations, à l'ordre de sa défunte mère. Le sort de l'appel dépendra, en dernière analyse, de l'interprétation du paragraphe 9(5) et de l'article 37 [mod. par L.C. 1997, ch. 40, art. 105] de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, telle qu'amendée (la Loi) et des articles 26 [mod. par DORS/96-521, art. 27, 28] et 27 [mod. par DORS/99-193, art. 2] du *Règlement sur la sécurité de la vieillesse*, C.R.C., 1246, tel qu'amendé (le Règlement).

### Facts

[2] The facts are relatively simple. On January 10, 1989, the appellant, who was 65 at the time, filed an application for benefits under the Act. From September 1989 to September 1996, the appellant received basic old age benefits plus a guaranteed income supplement established on the basis of his family and financial situation. His eligibility is not in issue in this appeal (Appeal Book, pages 40 and 49).

[3] In 1996, in the course of a project to audit benefits paid to persons aged 100 and over, the Department of Human Resources Development Canada (the Department) discovered that although the appellant's mother died in 1973, benefit cheques had been issued in her name by the Department and cashed from June 1973 to October 1993. The cheques cashed in this way totalled \$123,388.51.

[4] The Department conducted an internal investigation to determine how and by whom the cheques issued in Marie Whitton's name had been cashed. An investigator with the Department interviewed the appellant on three occasions: on May 27, 1996, and on June 3 and 5, 1996. The record does not indicate that the appellant was informed on those occasions of the specific purpose of those interviews. He was asked to provide his mother's death certificate and a sample of his own signature, which he did. A note in the investigator's file concerning the interview of June 5, 1996, states that [TRANSLATION] "to sum up, he admits all the facts in the file but from the outset he has refused to sign anything whatsoever" (Appeal Book, pages 53-57). The report also states that [TRANSLATION] "there were three witnesses to our interview on June 3, 1996." In an affidavit filed in the Trial Division, the investigator stated that [TRANSLATION] "at the interviews with the appellant, he acknowledged receiving and cashing the cheques that were issued in his mother's name" (Appeal Book, page 62). None of the witnesses to the interview on June 3, 1996, filed an affidavit.

[5] On September 17, 1996, the Department informed the appellant [TRANSLATION] "that we have temporarily suspended your old age security benefits since your case

### Les faits

[2] Les faits sont relativement simples. Le 10 janvier 1989, l'appellant, alors âgé de 65 ans, dépose une demande de prestations en vertu de la Loi. De septembre 1989 à septembre 1996, l'appellant reçoit des prestations de base de la sécurité de la vieillesse complétées par un supplément de revenu garanti établi en fonction de sa situation familiale et financière. Son admissibilité n'est pas remise en question dans cet appel (dossier d'appel, pages 40 et 49).

[3] En 1996, dans le cadre d'un projet de vérification des prestations versées à des personnes âgées de 100 ans et plus, le ministère du Développement des ressources humaines Canada (le Ministère) découvre que bien que la mère de l'appellant fut décédée en 1973, des chèques à titre de prestations avaient été émis en son nom par le Ministère et encaissés de juin 1973 à octobre 1993. Le montant des chèques ainsi encaissés était de 123 388,51 \$.

[4] Le Ministère entreprend une enquête interne afin de déterminer comment et par qui les chèques émis au nom de M<sup>me</sup> Marie Whitton avaient été encaissés. L'enquêteur du Ministère rencontre l'appellant à trois reprises, le 27 mai 1996 et les 3 et 5 juin 1996. Il n'appert pas du dossier que l'appellant ait alors été informé du but précis de ces rencontres. Il a été prié de fournir un certificat de décès de sa mère et un spécimen de sa propre signature, ce qu'il fit. Une note au dossier de l'enquêteur relativement à la rencontre du 5 juin 1996 indique que «en résumé il reconnaît tous les faits au dossier mais depuis le début il refuse de signer quoi que ce soit» (dossier d'appel, pages 53 à 57). Ce même rapport indique qu'il y «avait trois personnes témoins de notre entretien du 3 juin 1996». Dans un affidavit déposé en première instance, l'enquêteur a affirmé que «lors de ces rencontres avec le demandeur, ce dernier a reconnu avoir reçu et encaissé les chèques émis au nom de sa mère» (dossier d'appel, page 62). Aucun des témoins de la rencontre du 3 juin 1996 n'a déposé d'affidavit.

[5] Le 17 septembre 1996, le Ministère informe l'appellant «que nous avons suspendu temporairement vos prestations de la sécurité de la vieillesse puisque

is currently under investigation in relation to the case of Marie Whitton” (Appeal Book, page 36). It seems that this was the first time the appellant was informed that he was under investigation, and moreover that no details of the investigation were disclosed to him.

[6] On December 13, 1996, through his counsel, the appellant challenged that decision, requested that the benefits be reinstated and asked for [TRANSLATION] “a complete copy of the file” (Appeal Book, page 37). When she received no reply, counsel for the appellant wrote to the Department again on March 17, 1997, as follows:

[TRANSLATION] It appears to us that under the Act, our client is entitled to know the precise reasons that led to the suspension of his benefits, the length of time that the decision will be in effect and the amount of any overpayment.

Moreover, in accordance with the fundamental rules, my client has the right to be heard. [Appeal Book, p. 38.]

[7] On April 2, 1997, the Department replied to the letter of March 17, 1997. The letter stated that the case was still under investigation, and the Department was [TRANSLATION] “currently deciding whether proceedings would be taken against [the appellant]” (Appeal Book, page 40). The letter also stated that [TRANSLATION] “we are not reviewing the initial decision regarding your client’s pension eligibility; rather, we are assessing his involvement in that presumed fraud, in a total of \$123,388.51.” Until then, the appellant had not been informed of the amount at issue.

[8] On October 16, 1997, counsel for the appellant inquired about the status of the case (Appeal Book, page 43) and on November 4, 1997, the Department replied that the case was [TRANSLATION] “still under investigation” (Appeal Book, page 42).

[9] On February 13, 1998, counsel for the appellant served the Department with a demand to [TRANSLATION] “reinstate payment of benefits immediately” (Appeal Book, page 45).

[10] On February 16, 1998, the Department replied that it could not reinstate the payments since the

vosre dossier fait présentement objet d’enquête en rapport au dossier de M<sup>me</sup> Marie Whitton» (dossier d’appel, page 36). C’était la première fois, semble-t-il, qu’on informait l’appelant de l’existence d’une enquête à son sujet, enquête dont aucun détail ne lui était par ailleurs révélé.

[6] Le 13 décembre 1996, l’appelant, par sa procureure, conteste cette décision, demande le rétablissement des prestations et demande «une copie intégrale du dossier» (dossier d’appel, page 37). N’ayant point obtenu de réponse, la procureure revient à la charge le 17 mars 1997 dans les termes suivants:

Il nous semble qu’en vertu de la loi, notre client a droit de connaître précisément les motifs menant à la suspension de ses prestations, la durée d’une telle décision et le montant d’un trop-payé si tel est le cas.

De plus, en vertu des règles fondamentales, celui-ci a le droit de se faire entendre. [Dossier d’appel, p. 38.]

[7] Le 2 avril 1997, le Ministère répond à la lettre du 17 mars 1997. Le dossier est toujours sous enquête, disait la lettre, et le Ministère est «présentement à déterminer si des procédures seront prises contre (l’appelant)» (dossier d’appel, page 40). La lettre ajoutait qu’«il ne s’agit pas de réviser la décision initiale en regard à l’admissibilité à la pension de votre client, mais bien d’évaluer son implication à cette présomption de fraude qui se totalise à \$123,388.51». L’appelant n’avait pas été informé, jusqu’alors, du montant en jeu.

[8] Le 16 octobre 1997, la procureure de l’appelant s’informe de l’état du dossier (dossier d’appel, page 43) et le 4 novembre 1997, le Ministère répond que le dossier est «toujours sous enquête» (dossier d’appel, page 42).

[9] Le 13 février 1998, la procureure de l’appelant met le Ministère en demeure «de rétablir immédiatement le versement des prestations» (dossier d’appel, page 45).

[10] Le 16 février 1998, le Ministère répond ne pouvoir rétablir les paiements, le dossier de l’appelant

appellant's case was [TRANSLATION] "still under investigation." The Department said that it was relying on subsections 9(5) and 37(2) of the Act (Appeal Book, page 46).

[11] On April 15, 1998, the Assistant Deputy Minister of the Department wrote to counsel for the appellant (Appeal Book, pages 48-49). The case [TRANSLATION] "is currently under administrative investigation," he wrote, adding that [TRANSLATION] "these are public facts of which your client is fully aware." The letter stated that section 37 of the Act [TRANSLATION] "gives the Minister the authority to set off forthwith" and that subsection 9(5) of the Act gives the Minister additional authority to suspend payment of the pension. The Assistant Deputy Minister also refused counsel's request for a hearing under section 27.1 [as enacted by S.C. 1995, c. 33, s. 16; 1997, c. 40, s. 100] of the Act, for the following reasons:

[TRANSLATION] As I pointed out, the administrative decisions made in this case to date do not relate to Mr. Whitton's eligibility for old age security benefits. Their purpose is rather to recover the money which your client has apparently appropriated. This measure is taken by the legal mechanism of set-off. Mr. Whitton is therefore not entitled to a hearing under that Act; this does not preclude him from notifying us of any new facts that could reestablish his entitlement to benefits.

[12] On September 14, 1998, in reply to a letter dated September 10, 1998, in which counsel for the appellant wrote that [TRANSLATION] "it is high time that a decision be made" (Appeal Book, page 50), the Department stated that the case was still under investigation [TRANSLATION] "by the Royal Canadian Mounted Police" (Appeal Book, page 51). This is the first reference to a police investigation that appears in the record.

[13] On April 21, 1999, the appellant applied under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] for a writ of *mandamus* against the Minister ordering him to [TRANSLATION] "reinstatement the pension owed to the applicant under the *Old Age Security Act*" and [TRANSLATION] to "repay to the appellant . . . the full amounts withheld since September 1996 . . . with

étant «toujours sous enquête». Le Ministère dit s'appuyer sur les paragraphes 9(5) et 37(2) de la Loi (dossier d'appel, page 46).

[11] Le 15 avril 1998, le sous-ministre adjoint du Ministère écrit à la procureure de l'appellant (dossier d'appel, pages 48 et 49). Le dossier «fait présentement l'objet d'une enquête administrative», dit-il, ajoutant qu'il «s'agit là de faits publics dont votre client a parfaitement connaissance». La lettre précisait que l'article 37 de la Loi «octroie au Ministre un pouvoir de compensation immédiate» et que le paragraphe 9(5) de la Loi donne au ministre un pouvoir supplémentaire de suspension. Le sous-ministre adjoint refusait par ailleurs la demande d'audition qu'avait faite la procureure en vertu de l'article 27.1 [édicte par L.C. 1995, ch. 33, art. 16; 1997, ch. 40, art. 100] de la Loi, et ce, pour les motifs suivants:

Comme je l'ai souligné, les décisions administratives rendues à ce jour dans ce dossier ne visent pas l'admissibilité de monsieur Whitton aux prestations de sécurité de la vieillesse. Elles visent plutôt à obtenir le recouvrement des sommes que votre client se serait appropriées. Cette mesure est prise par le biais du véhicule juridique qu'est la compensation. Monsieur Whitton n'a alors pas droit à une audition en vertu de cette loi; ce qui ne l'empêche pas de nous faire valoir de (*sic*) tout fait nouveau qui pourrait rétablir son droit aux prestations.

[12] Le 14 septembre 1998, en réponse à une lettre du 10 septembre 1998 dans laquelle la procureure de l'appellant se disait d'avis qu'il «est plus que temps qu'une décision intervienne» (dossier d'appel, page 50), le Ministère écrit que le dossier est toujours sous enquête «au niveau de la Gendarmerie Royale du Canada» (dossier d'appel, page 51). C'est là la première allusion à une enquête policière qui apparaît au dossier.

[13] Le 21 avril 1999, l'appellant demande, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)], qu'un bref de *mandamus* soit émis à l'encontre du ministre, ordonnant à ce dernier «de rétablir le service de la pension due au demandeur en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse» et «de rembourser au demandeur [. . .] l'ensemble des sommes retenues



interest” (Appeal Book, page 22).

[14] On May 31, 1999, the Department wrote to the appellant to inform him that his benefits [TRANSLATION] “are suspended because you are currently under investigation” and that the Department was applying set-off. The letter also stated:

[TRANSLATION] I note also that you have been aware that this debt existed since the time when you admitted this. I also note that you have failed to take any steps to ensure that the amounts owed were returned. Accordingly, the set-off that applies from the time your account was suspended and the purpose of which is to recover overpayments, is made without prejudice to all rights and remedies that may be exercised against you shortly, to recover all the amounts that were payable forthwith the moment you collected them when you were not entitled to do so. [Appeal Book, p. 60.]

[15] At some point in 1999, criminal proceedings were brought against the appellant. Those proceedings were not placed in evidence, but they were brought to the attention of the Trial Judge. It appears that on June 10, 1999, the appellant appeared in the Court of Quebec, Criminal and Penal Division, to answer to charges of fraud and uttering forged documents concerning the illegal cashing of benefit cheques issued to the appellant’s mother (Appeal Book, page 74). Those charges were laid under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and not under the *Old Age Security Act*. The appellant pleaded not guilty. The preliminary inquiry was set for May 2000.

[16] On December 30, 1999, Rouleau J. dismissed the application for judicial review, essentially on the ground that a *mandamus* application was not the appropriate procedure since a decision had already been rendered on April 15, 1998. Rouleau J. observed, on the merits of the case, that the decision to suspend payment of the benefits appeared justified, that a set-off could be made even though the appellant had not been sued for recovery of a debt to Her Majesty, and that the appellant’s admission had not been challenged. (The decision of the Trial Division is reported at (1999), 179 F.T.R. 189.)

depuis septembre 1996 [. . .] avec intérêts» (dossier d’appel, page 22).

[14] Le 31 mai 1999, le Ministère écrit à l’appellant pour l’informer que sa prestation «est suspendue car vous faites présentement l’objet d’une enquête» et que le Ministère opérait compensation. La lettre ajoutait:

Finalement, je note que vous connaissez l’existence de cette dette depuis que vous avez fait des aveux en ce sens. Je note que vous n’avez entrepris aucune démarche afin de voir au remboursement des sommes dues. En conséquence, la compensation qui s’opère depuis la suspension de votre compte, et qui vise au remboursement des sommes défalquées, se fait sans préjudice à l’exercice de tous les droits et recours qui pourraient être entrepris sous peu contre vous. Ce, afin d’obtenir le recouvrement de toutes les sommes qui étaient immédiatement dues dès que vous les aviez perçues sans droit. [Dossier d’appel, page 60.]

[15] Quelque temps en 1999, des procédures de nature pénale sont entreprises contre l’appellant. Ces procédures n’ont pas été mises en preuve, mais elles ont été portées à l’attention du juge de première instance. Il appert que le 10 juin 1999, l’appellant a comparu devant la Cour du Québec, chambre criminelle et pénale, pour répondre à des accusations de fraude et d’emploi de documents contrefaits concernant l’encaissement illégal des chèques de prestations émis au nom de la mère de l’appellant (dossier d’appel, page 74). Ces accusations étaient portées en vertu du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], et non pas en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. L’appellant a plaidé non coupable. L’enquête préliminaire fut fixée en mai 2000.

[16] Le 30 décembre 1999, M. le juge Rouleau rejette la demande de contrôle judiciaire, essentiellement pour le motif que le recours en *mandamus* n’était pas la procédure appropriée puisqu’une décision avait déjà été rendue le 15 avril 1998. Le juge ajoute, sur le fond du litige, que la décision de suspendre le versement des prestations était justifiée, que la compensation était permise bien que le demandeur n’ait pas été poursuivi en recouvrement d’une créance de Sa Majesté et que l’aveu de l’appellant n’avait pas été contesté. (La décision de première instance est répertoriée sous (1999), 179 F.T.R. 189.)

[17] The facts on which argument in this Court was based differed from the facts presented before Rouleau J. The stakes are in fact of such significance to the appellant that the Court considered it to be necessary to accept the additional evidence which the parties wanted to introduce.

[18] We now know that the charges laid against the appellant were withdrawn on April 25, 2000, even before the preliminary inquiry was held and after a pre-trial conference was held before Judge Céline Pelletier of the Court of Quebec. The investigation by the Royal Canadian Mounted Police, as we were given to understand at the hearing, was apparently closed. Counsel for the Department was unable to tell us what stage the administrative investigation had reached.

[19] We also know with certainty, from a supplementary sworn statement filed by the appellant in the Court of Appeal and at the examination which followed, that the appellant formally denied any involvement in the fraud and said that he had never admitted anything to the Department's investigator.

[20] The Department also introduced, by a supplementary affidavit signed by its investigator, the cheques covering the period from October 1989 to October 1993 that were issued and cashed in the name of Marie Whitton. The investigator did not introduce the cheques that were issued and cashed between June 1973 and October 1989.

#### Statutory and Regulatory Provisions

[21] The Department relied on subsection 9(5) and section 37 of the Act and on sections 26 and 27 of the Regulations. Sections 32 [as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 18] and 44 of the Act are also relevant. The current version of those provisions is reproduced below. The provisions have been amended a few times since the investigation began in 1996—see, with respect to the Act, S.C. 1995, c. 33, s. 23 and S.C. 1997, c. 40, s. 105, and with respect to the Regulations, C.R.C., c. 1246, SOR/96-521, s. 14, December 5, 1996, and SOR/99-193, s. 2, April 22, 1999. Those provisions read as follows:

[17] Le débat devant nous s'est fait sur la base de données factuelles différentes de celles qui avaient été présentées devant le juge Rouleau. L'enjeu est en effet tel pour l'appelant que la Cour a jugé nécessaire d'accepter les preuves supplémentaires que les parties ont voulu lui soumettre.

[18] Ainsi, nous savons aujourd'hui que les accusations portées contre l'appelant ont été retirées le 25 avril 2000, avant même la tenue de l'enquête préliminaire et à la suite d'une conférence préparatoire présidée par le juge Céline Pelletier de la Cour du Québec. L'enquête de la Gendarmerie royale du Canada, selon ce qu'on nous a laissé entendre à l'audience, serait close. Quant à l'enquête administrative, la procureure du Ministère a été incapable de nous dire où elle en était rendue.

[19] Nous savons aussi de façon certaine, grâce à une déclaration assermentée supplémentaire déposée par l'appelant en Cour d'appel et à l'interrogatoire qui s'ensuivit, que l'appelant nie formellement toute implication dans la fraude et affirme n'avoir jamais avoué quoi que ce soit à l'enquêteur du Ministère.

[20] Le Ministère a par ailleurs déposé, par le biais d'un affidavit complémentaire de son enquêteur, les chèques couvrant la période d'octobre 1989 à octobre 1993 qui avaient été émis et encaissés au nom de M<sup>me</sup> Marie Whitton. L'enquêteur n'a pas déposé les chèques émis et encaissés entre juin 1973 et octobre 1989.

#### Les dispositions législatives et réglementaires

[21] Le Ministère s'appuie sur le paragraphe 9(5) et l'article 37 de la Loi et sur les articles 26 et 27 du Règlement. Les articles 32 [mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 18] et 44 de la Loi sont aussi pertinents. Je reproduis ci-après la version actuellement en vigueur de ces dispositions. Leur texte a été modifié à quelques reprises depuis le début de l'enquête, en 1996—voir, en ce qui concerne la Loi, L.C. 1995, ch. 33, art. 23 et L.C. 1997, ch. 40, art. 105, et en ce qui concerne le Règlement, C.R.C., ch. 1246, DORS/96-521, art. 14 du 5 décembre 1996 et DORS/99-193, art. 2 du 22 avril 1999. Ces dispositions se lisent comme suit:

*Old Age Security Act**Payment of Pension*

...

9. (1) ...

(5) Where a pensioner fails to comply with any of the provisions of this Act or the regulations, payment of the pension may be suspended, and where a pension is so suspended, payment may be resumed when the pensioner has complied with those provisions.

...

32. Where the Minister is satisfied that, as a result of erroneous advice or administrative error in the administration of this Act, any person has been denied a benefit, or a portion of a benefit, to which that person would have been entitled under this Act, the Minister shall take such remedial action as the Minister considers appropriate to place the person in the position that the person would be in under this Act had the erroneous advice not been given or the administrative error not been made.

...

*Benefits*

...

37. (1) A person who has received or obtained by cheque or otherwise a benefit payment to which the person is not entitled, or a benefit payment in excess of the amount of the benefit payment to which the person is entitled, shall forthwith return the cheque or the amount of the benefit payment, or the excess amount, as the case may be.

(2) If a person has received or obtained a benefit payment to which the person is not entitled, or a benefit payment in excess of the amount of the benefit payment to which the person is entitled, the amount of the benefit payment or the excess amount, as the case may be, constitutes a debt due to Her Majesty and is recoverable at any time in the Federal Court or any other court of competent jurisdiction or in any manner provided by this Act.

(2.1) If any amount is or becomes payable to the person or to the person's estate or succession under this Act or any other Act or program administered by the Minister, the amount of the debt may be deducted and retained out of the amount payable in the prescribed manner.

(2.2) All or part of the debt that has not been recovered may be certified by the Minister

*Loi sur la sécurité de la vieillesse**Service de la pension*

[...]

9. (1) [...]

(5) Le service de la pension peut aussi être suspendu en cas de manquement aux dispositions de la présente loi ou de ses règlements; il ne peut alors reprendre qu'après observation, par le pensionné, de ces dispositions.

[...]

32. S'il est convaincu qu'une personne s'est vu refuser tout ou partie d'une prestation à laquelle elle avait droit par suite d'un avis erroné ou d'une erreur administrative survenus dans le cadre de la présente loi, le ministre prend les mesures qu'il juge de nature à replacer l'intéressé dans la situation où il serait s'il n'y avait pas eu faute de l'administration.

[...]

*Prestations*

[...]

37. (1) Le trop-perçu — qu'il s'agisse d'un excédent ou d'une prestation à laquelle on n'a pas droit — doit être immédiatement restitué, soit par remboursement, soit par retour du chèque.

(2) Les prestations reçues et auxquelles le prestataire n'a pas droit en tout ou en partie constituent des créances de Sa Majesté, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant la Cour fédérale ou tout autre tribunal compétent, ou de la façon prévue par la présente loi.

(2.1) Ces prestations peuvent en outre être déduites, de la façon réglementaire, des sommes qui sont éventuellement payables au prestataire ou à sa succession en vertu de la présente loi ou de toute autre loi ou tout programme dont la gestion est confiée au ministre.

(2.2) La totalité ou une partie de la créance qui n'a pas été recouvrée peut être certifiée par le ministre immédiatement, s'il est d'avis que le débiteur tente de se soustraire au paiement, ou trente jours après le défaut, dans les autres cas.

(a) without delay, if in the Minister's opinion the person liable to pay the amount is attempting to avoid payments; and

(b) in any other case, on the expiration of 30 days after the default.

(2.3) On production to the Federal Court, the certificate shall be registered in the Court. When it is registered, it has the same force and effect, and all proceedings may be taken, as if the certificate were a judgment obtained in the Court for a debt of the amount specified in the certificate.

...

#### *Offences and Punishment*

44. (1) Every person who

(a) knowingly makes a false or misleading statement in any application or statement required or permitted by this Act or makes any such application or statement that by reason of any non-disclosure of facts is false or misleading or obtains any benefit payment by false pretences, or

(b) being the payee thereof, negotiates or attempts to negotiate any cheque to which that person is not entitled, . . .

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

#### *Old Age Security Regulations*

##### *Suspension of Payments*

26. (1) The Minister shall suspend the payment of a benefit in respect of any beneficiary where it appears to him that the beneficiary is ineligible for payment of the benefit and may suspend the payment where it appears to him that further inquiry into the eligibility of the beneficiary is necessary, and such suspension shall continue until evidence satisfactory to the Minister is given that the beneficiary is eligible for the benefit.

(2) When payment of any benefit that has been suspended under subsection (1) is resumed, the Minister shall cause payment of the benefit to be made for any portion of the period of suspension during which the beneficiary was eligible for benefit.

##### *Recovery of Overpayments*

27. For the purpose of subsection 37(2.1) of the Act, an amount of indebtedness that is owing may be deducted and retained out of the whole or any portion of a benefit that is payable to the person or the person's estate or succession, under this Act or any other Act or program administered by

(2.3) Le certificat peut être homologué à la Cour fédérale; dès lors, toute procédure d'exécution peut être engagée, le certificat étant assimilé à un jugement de cette juridiction obtenu contre le débiteur en cause pour une dette correspondant au montant indiqué dans le certificat.

[ . . . ]

#### *Infractions et peines*

44. (1) Commet une infraction punissable par procédure sommaire quiconque:

a) fait sciemment une déclaration fausse ou trompeuse—y compris par la non-révélation de certains faits—dans l'une des demandes ou déclarations prévues par la présente loi, ou obtient le service d'une prestation par de faux-semblants;

b) en tant que preneur d'un chèque, négocie ou tente de le négocier alors qu'il n'y a pas droit.

#### *Règlement sur la sécurité de la vieillesse*

##### *Suspension des versements*

26. (1) Le ministre doit suspendre le versement d'une prestation à l'égard de tout prestataire lorsqu'il lui semble que le prestataire n'est pas admissible au versement de la prestation et il peut en suspendre le versement lorsqu'une plus ample enquête sur l'admissibilité du prestataire lui paraît nécessaire. Une telle suspension courra jusqu'à ce que le ministre ait reçu des preuves satisfaisantes démontrant que le prestataire est admissible à la prestation.

(2) Lorsque reprend le versement d'une prestation qui avait été suspendue en vertu du paragraphe (1), le ministre doit faire verser la prestation pour toute partie de la période de suspension pendant laquelle le prestataire était admissible à la prestation.

##### *Recouvrement des plus-payés*

27. Pour l'application du paragraphe 37(2.1) de la Loi, le montant dû par le prestataire ou sa succession peut être recouvré en une ou plusieurs déductions effectuées sur la totalité ou une partie de toute prestation payable au prestataire ou à sa succession en vertu de la Loi ou de toute autre loi ou

the Minister, that will recover the overpayment in a single payment or in instalments, in any amount that does not cause undue hardship to the person or the person's estate or succession.

### Analysis

[22] There are two ways of approaching this case: the first, which was proposed by the appellant, is that the fraud committed here with respect to the benefits paid to the mother must be dealt with outside the context of the *Old Age Security Act*; the second, which was proposed by the Department, is that the Minister can rely on the powers conferred on him by that Act to suspend the payment of benefits to the appellant.

[23] I have concluded that the approach suggested by the appellant is the correct one, and that even if we were to take the approach suggested by the Minister, the investigation done by the Department in this case violated the basic rules of administrative law so seriously that the decisions the Minister made against the appellant would be vitiated on their face.

#### 1. Suspension

[24] Under subsection 9(5) of the Act, payment of the pension may be suspended "where a pensioner fails to comply with any of the provisions of this Act or the regulations". The English version leaves no doubt that the failure is a failure by the pensioner himself or herself, and the second part of the French version leads solely to this conclusion. Furthermore, suspension is not allowed if the alleged failure relates to an Act other than the *Old Age Security Act*, such as the *Criminal Code*, for example. The Department argued that there was a failure to comply with section 37 of the Act, which relates to overpayment. We will see later that this section is not applicable. The Department did not rely on any other provision of the Act. I note that under paragraph 44(1)(b) of the Act, the payee (le preneur) who negotiates a cheque to which he or she is not entitled is guilty of an offence. If Parliament had intended the fraudulent negotiation of a cheque by a person other than the payee to be an offence under the Act, it would have expressed itself otherwise.

[25] Under section 26 of the Regulations, suspension is mandatory where it appears to the Minister that the beneficiary is ineligible, and optional "where it appears

tout programme dont la gestion est confiée au ministre, d'un montant qui ne met pas le prestataire ou sa succession dans une situation difficile.

### L'analyse

[22] Il est deux manières d'aborder cette affaire: l'une, que propose l'appelant, qui veut que la fraude commise en l'espèce à l'égard des prestations payées à la mère doive être traitée en dehors du contexte de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*; l'autre, que propose le Ministère, qui veut que le ministre puisse s'appuyer sur les pouvoirs que lui confère cette Loi pour suspendre le paiement des prestations à l'appelant.

[23] J'en suis venu à la conclusion que l'approche suggérée par l'appelant est la bonne et que même s'il fallait adopter celle suggérée par le ministre, l'enquête menée par le Ministère en l'espèce l'a été à ce point en violation des règles de base du droit administratif que les décisions prises par le ministre à l'encontre de l'appelant seraient viciées à leur face même.

#### 1. La suspension

[24] En vertu du paragraphe 9(5) de la Loi, le service de la pension peut être suspendu «en cas de manquement aux dispositions de la présente loi ou de ses règlements». Le texte anglais ne laisse aucun doute que ce manquement est celui du pensionné lui-même et la seconde partie du texte français mène à cette seule conclusion. Par ailleurs, cette suspension n'est pas permise si le manquement reproché au pensionné a trait à une loi autre que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* telle, par exemple, le *Code criminel*. Le Ministère soutient qu'il y a manquement à l'article 37 de la Loi, lequel vise le trop-perçu. Nous verrons plus loin que cet article n'est pas applicable. Aucune autre disposition de la Loi n'a été invoquée par le Ministère. Je note que, selon l'alinéa 44(1)b) de la Loi, commet une infraction le preneur (the payee) d'un chèque qui le négocie alors qu'il n'y a pas droit. Si le législateur avait voulu que la négociation frauduleuse d'un chèque par une personne autre que le preneur constitue une infraction à la Loi, il se serait exprimé autrement.

[25] En vertu de l'article 26 du Règlement, la suspension est obligatoire lorsqu'il semble au ministre que le prestataire n'est pas admissible, et facultative

to him that further inquiry into the eligibility of the beneficiary is necessary". That section does not apply in this case since the appellant's eligibility is acknowledged by the Minister. I note, in passing, that under that section, the optional suspension lasts as long as the inquiry lasts, and if payment of the benefits resumes, the payment is retroactive.

## 2. Set-off

[26] Section 37 of the Act, which the Minister relies on, concerns returning the amount "of a benefit payment to which the person is not entitled, or . . . in excess of the amount to which the person is entitled". A "benefit payment to which the person is not entitled . . . constitutes a debt due to Her Majesty and is recoverable at any time in the Federal Court or any other court of competent jurisdiction or in any manner provided by this Act." It is this excess amount which may be deducted, "in the prescribed manner," from any other amount payable to the recipient.

[27] However, the appellant is not the recipient of the amounts that he allegedly appropriated by fraud. The benefits which he is accused of cashing are not benefits that were paid to him. The appellant never claimed to be entitled to the benefits payable to his mother and the record does not indicate that the appellant used the mechanism provided by the *Old Age Security Act* to fraudulently establish entitlement to any benefit for himself. The appellant, for all practical purposes, is suspected of cashing benefits that were mistakenly payable to his mother. He is no more being accused as a recipient than a person accused of appropriating another employee's salary would be accused as an employee. The appellant is a recipient only with respect to the benefits that are paid to him as a pensioner, and not only is there no overpayment in respect of these benefits, but there may be an underpayment since the Minister stopped paying him the benefits in September 1996.

[28] The Department tried to rely on the decision of this Court in *Brière v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1989] 3 F.C. 88 (C.A.). In that case, *Brière* applied for and received benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-

«lorsqu'une plus ample enquête sur l'admissibilité du prestataire lui paraît nécessaire». Cet article ne s'applique pas en l'espèce puisque l'admissibilité de l'appelant est reconnue par le ministre. Je note, en passant, qu'en vertu de cet article, la suspension facultative dure ce que dure l'enquête et que si le versement des prestations reprend, ce versement est rétroactif.

## 2. La compensation

[26] L'article 37 de la Loi, sur lequel s'appuie le ministre, traite de la restitution du «trop-perçu—qu'il s'agisse d'un excédent ou d'une prestation à laquelle on n'a pas droit». Ce sont «les prestations reçues et auxquelles le prestataire n'a pas droit» qui «constituent des créances de Sa Majesté» et «dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre devant la Cour fédérale ou tout autre tribunal compétent, ou de la façon prévue par la présente loi». C'est ce trop-perçu qui peut-être déduit, «de la façon réglementaire», de toute autre somme payable au prestataire.

[27] Or, l'appelant n'est pas le prestataire des montants qu'il se serait appropriés par fraude. Les prestations qu'on lui reproche d'avoir encaissées ne sont pas des prestations qui lui ont été versées. L'appelant n'a jamais prétendu avoir droit aux prestations payables à sa mère et le dossier n'indique pas que l'appelant ait utilisé le mécanisme établi par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* pour faire établir frauduleusement à son profit un droit à une quelconque prestation. L'appelant, à toutes fins utiles, est soupçonné d'avoir encaissé des prestations payables à tort à sa mère. Il n'est pas plus accusé en tant que prestataire que ne serait accusée en tant que salariée une personne à laquelle on reprocherait de s'être appropriée le salaire d'un employé. L'appelant n'est prestataire qu'à l'égard des prestations qui lui sont versées en sa qualité de pensionné, et non seulement n'y a-t-il aucun trop-perçu de sa part à leur égard, mais y a-t-il un moins-perçu puisque le ministre a cessé de les lui verser, en septembre 1996.

[28] Le Ministère a cherché appui dans l'arrêt rendu par cette Cour dans *Brière c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1989] 3 C.F. 88 (C.A.). Dans *Brière*, ce dernier avait, sous de faux noms, demandé et obtenu des prestations en vertu de la *Loi de*

72, c. 48] using false names. He also pleaded guilty to a charge of fraud in the Court of Sessions of the Peace. The Canada Employment and Immigration Commission sent him a notice of overpayment of benefits, but to the wrong address. The Commission then attached his salary. Brière argued that the attachment was illegal. The Court was asked to determine whether the *Unemployment Insurance Act, 1971* applied, and if so, whether Brière had received “notice” within the meaning of the Act.

[29] On the first point, the only one that is relevant here, the Court unanimously concluded that the *Unemployment Insurance Act, 1971* did apply. I note the following paragraphs of the reasons of Marceau J.A. (dissenting), at pages 98-99 and Lacombe J.A. (for the majority), at pages 111-112:

I should even say that I myself at one point wondered whether we did not have to acknowledge that the attachment was illegal on the ground that, in the circumstances of the case, the Commission was not authorized to rely, in seeking to recover its debt, on the provisions contained in this special Act which exceed those of the common law, for the administration of which Act it had been granted special prerogatives. Could the Commission not use these extraordinary powers only when it was dealing with a claimant or former claimant under the Act? I no longer hesitate, because it seems to me that while it is true that the respondent was never overtly a claimant, nonetheless he himself received monies paid as benefit, and the Commission’s right to consider him accordingly as a claimant under fictitious names cannot be disputed. We must see Brière’s situation as in the nature both of a thief who embezzled the Commission’s funds to his own benefit and of a claimant who had benefits paid to him to which he was not entitled by making incorrect statements about his status and his activities. This hybrid situation gave the Commission a choice in enforcing its debt between applying to the common law civil courts, the only choice, incidentally, that would have been available to it in a pure and simple case of embezzled funds, and the remedy under the special provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, which Parliament provided for cases of overpayment to claimants on the basis of incorrect statements. . . .

...

Paragraph 2(1)(b) [as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 26] of the Act defines a claimant as “a person who applies or has

*1971 sur l’assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48]. Il avait par ailleurs plaidé coupable, en Cour des Sessions de la Paix, à une accusation de fraude. La Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada lui a expédié un avis de trop-perçu de prestations, mais à une mauvaise adresse. La Commission procéda ensuite à une saisie de salaire. Brière prétendit que la saisie était invalide. La Cour était appelée à décider si la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* s’appliquait et, le cas échéant, s’il y avait eu «notification» à Brière au sens de la Loi.

[29] Sur le premier point, le seul qui nous intéresse ici, la Cour a conclu, à l’unanimité, que la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* trouvait application. Je retiens les paragraphes suivants des motifs du juge Marceau, J.C.A. (dissident), au pages 98 et 99 et du juge Lacombe, J.C.A. (pour la majorité), aux pages 111 et 112:

Je dois même dire pour ma part que je me suis demandé un moment s’il ne fallait pas reconnaître que la saisie-arrêt était illégale au motif que, dans les circonstances de l’espèce, la Commission n’était pas autorisée à recourir, pour récupérer son dû, aux dispositions exorbitantes du droit commun que contient cette Loi spéciale pour l’administration de laquelle des prérogatives spéciales lui ont été accordées. N’était-ce pas seulement lorsqu’elle avait affaire à un prestataire ou un ancien prestataire en vertu de la Loi que la Commission pouvait utiliser ses pouvoirs extraordinaires? Je n’hésite plus maintenant car il me semble que s’il est vrai que l’intimé n’a jamais été ouvertement prestataire, il a néanmoins touché lui-même des argents versés au titre de prestations et on ne pourrait contester à la Commission le droit de considérer qu’il a été ainsi prestataire sous des noms d’emprunt. Il faut voir en effet que la situation de Brière participe à la fois de celle du voleur qui détourne à son profit des fonds de la Commission et de celle du prestataire qui se fait attribuer des prestations auxquelles il n’a pas droit en faisant, sur sa condition et ses activités, des déclarations erronées. Cette situation hybride donnait à la Commission, pour l’exercice de sa créance, un choix entre le recours aux tribunaux civils de droit commun, le seul, incidemment, qui lui soit ouvert dans le cas pur et simple de détournement de fonds, et le recours aux dispositions spéciales de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, que le Parlement a prévues pour les cas de trop-perçus par des prestataires suite à des déclarations erronées [ . . . ]

[ . . . ]

Selon l’alinéa 2(1)b) [mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art 26] de la Loi, un prestataire est défini comme «une personne

applied for benefit under this Act". It is indisputable that during the period from October 1, 1974 to March 15, 1976 the respondent applied for benefit under the Act, although he did so under false names, and that the Commission paid him monies under the same Act which could be nothing other than unemployment insurance benefits. In order thus to extract benefits from the Commission, the respondent submitted fictitious claims in the name of claimants who did not exist. In order to succeed in defrauding the Commission throughout this period, he had to make as many false and misleading statements or representations as he drew benefits, like any other "fake" unemployed person who claims benefits to which he is not entitled fraudulently in his own name, by stating falsely and deliberately that he was unemployed when he was not. The case is clearly covered by subsections 57(6) and 49(4) of the Act, which give the Commission two additional periods of thirty-six months each in order to reconsider claims and seek repayment of benefit paid on the basis of false or misleading statements or representations. Accordingly, when the Commission wishes to take proceedings in order to recover monies wrongfully taken from it and paid by it as unemployment insurance benefits, whatever the nature of the fraudulent manoeuvres used to obtain the benefits or the seriousness of the false or misleading statements or representations made in order to extort the benefits, it may proceed under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. This is, moreover, how the Commission proceeded against the respondent. It considered him as a claimant and claimed from him the balance of what was owing to it, using the mechanism set out in the Act. There can be no doubt that the Commission could proceed under this Act in the circumstances. [Emphasis added.]

[30] On its face, that decision does not have the meaning that counsel for the Department attributes to it. In *Brière*, the benefits had been established in *Brière's* benefit, at his request, and they were paid to him in his ostensible capacity as claimant and in the manner prescribed by the *Unemployment Insurance Act, 1971*. He himself had cashed the cheques issued in his name as a claimant.

[31] *Brière's* swindling had been brought to light by Royal Canadian Mounted Police investigators who signed informations under the *Criminal Code* in criminal court. *Brière* pleaded guilty and was sentenced, *inter alia*, to repay the Commission the sum of \$15,000. Once the criminal proceedings were concluded, the Commission decided to recover the amounts of which it

qui demande ou qui a demandé des prestations en vertu de la présente loi». Il est indéniable que dans la période du 1<sup>er</sup> octobre 1974 au 15 mars 1976, même s'il l'a fait sous de faux noms, l'intimé a demandé des prestations en vertu de la Loi, et c'est en vertu de cette même Loi que la Commission lui a versé des sommes qui ne pouvaient être autre chose que des prestations d'assurance-chômage. Pour soutirer ainsi des prestations de la Commission, l'intimé a présenté des réclamations fictives au nom de prestataires qui n'existaient pas. Pour réussir à frauder la Commission pendant toute cette période, il a dû faire autant de déclarations ou représentations fausses et trompeuses qu'il a touché de prestations comme tout autre «faux» chômeur qui en son nom réclame frauduleusement des prestations auxquelles il n'a pas droit, en déclarant faussement et de propos délibéré avoir été en situation de chômage, alors qu'il ne l'était pas. Le cas est nettement visé par les paragraphes 57(6) et 49(4) de la Loi qui donnent à la Commission des délais additionnels de trente-six mois chacun pour réexaminer les demandes et poursuivre le remboursement de prestations qui originent de déclarations ou représentations fausses ou trompeuses. Ainsi donc, dès lors qu'il s'agit pour la Commission de procéder en vue du recouvrement de sommes qu'on lui a subtilisées et qu'elle a versées au titre de prestations d'assurance-chômage, quelqu'ait pu être la nature des manoeuvres frauduleuses utilisées pour les obtenir ou la gravité des déclarations ou représentations fausses ou trompeuses faites pour les extorquer, il lui est loisible d'avoir recours à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. C'est d'ailleurs de cette façon que la Commission a procédé contre l'intimé. Elle l'a considéré comme un prestataire et lui a réclamé le solde de ce qu'il lui était dû en se servant des mécanismes prévus à la Loi. Il ne saurait faire de doute que la Commission pouvait, dans les circonstances, se prévaloir de cette Loi. [Mon soulignement.]

[30] Cet arrêt, à sa face même, n'a pas la portée que lui attribue la procureure du Ministère. Dans *Brière*, les prestations avaient été établies au profit de *Brière*, sur demande de ce dernier, et elles lui avaient été versées en sa qualité ostensible de prestataire et de la manière prévue par la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. C'est lui-même qui avait encaissé les chèques émis en son nom à titre de prestataire.

[31] L'escroquerie de *Brière* avait été mise à jour par des enquêteurs de la Gendarmerie royale du Canada, qui signèrent en cour criminelle des dénonciations rattachées au *Code criminel*. *Brière* plaida coupable et fut condamné, entre autres, à rembourser à la Commission une somme de 15 000 \$. Une fois les procédures criminelles terminées, la Commission décida



had been defrauded in full (approximately \$35,000). It retroactively cancelled the fictitious benefit periods from which Brière had fraudulently benefited, as the Act allowed it to do. The effect of that decision was to officially confirm that the amounts in question constituted an “overpayment” subject to recovery. The Commission then sent Brière a notice by mail notifying him of the outstanding balance on that overpayment. When there was no response to that notice, the Commission decided to attach Brière’s salary, using the special authority conferred on it by the Act to seize by attachment without a court order.

[32] In short, everything in *Brière*, from the establishment of the benefits to the notice of overpayment, had been done under the *Unemployment Insurance Act, 1971* and with respect to benefits that were established for the swindler himself, who had, moreover, admitted his crime.

[33] No such thing was done in this case, or, in the words of Marceau J.A. in *Brière*, we do not have a “hybrid situation” here. Worse still, at this stage here, there is no “thief” whom we can legally characterize as such and no “recipient” who had the benefits in question paid to himself or herself in that capacity under the *Old Age Security Act*.

[34] Since section 37 of the Act does not apply in this case, it is self-evident that section 27 of the Regulations, in its current or previous version, cannot apply either.

[35] I therefore conclude that, in the circumstances of this case, the Minister could not rely on subsection 9(5) and section 37 of the Act to suspend payment of the pension and recover the amount owed by set-off.

### 3. *Mandamus*

[36] *Mandamus* is an appropriate remedy in this case. The appellant, whose eligibility is not contested, is entitled to his pension. The Minister, who has an obligation to pay him the pension, is illegally refusing to do so. The requirements for granting *mandamus* have

de récupérer au complet les sommes (de quelque 35 000 \$) dont elle avait été fraudée. Elle annula rétroactivement, comme la Loi le lui permettait, les périodes de prestations fictives dont Brière avait frauduleusement profité. L’effet de cette décision était de confirmer officiellement que les sommes en question constituaient un «trop-payé» sujet à remboursement. La Commission adressa alors un avis postal à Brière le notifiant du solde restant dû sur ce trop-payé. Cet avis n’ayant aucune suite, la Commission décida de saisir le salaire de Brière, utilisant le pouvoir spécial que lui conférait la Loi de saisir en main tierce sans ordre de cour.

[32] Bref, tout, dans *Brière*, de l’établissement des prestations à l’avis de trop-payé avait été fait en vertu de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, et ce en relation avec des prestations établies au profit du fraudeur lui-même, lequel, par surcroît, avait avoué son crime.

[33] Rien de tel, en l’espèce, où, pour reprendre cette heureuse formulation du juge Marceau dans *Brière*, nous ne sommes pas en présence d’une «situation hybride». Pis encore, il n’y a ici, à ce stade, aucun «voleur» qu’on puisse légalement qualifier de tel, et aucun «prestataire» qui se soit fait attribuer à ce titre en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* les prestations en cause dans le présent litige.

[34] L’article 37 de la Loi n’étant pas applicable en l’espèce, il va de soi que l’article 27 du Règlement, dans sa forme actuelle ou antérieure, ne saurait l’être davantage.

[35] J’en arrive ainsi à la conclusion que le ministre ne pouvait, dans les circonstances de cette affaire, s’appuyer sur le paragraphe 9(5) et l’article 37 de la Loi pour suspendre le service de la pension et opérer compensation.

### 3. *Le mandamus*

[36] Le *mandamus* est un recours approprié en l’espèce. L’appelant, dont l’admissibilité n’est pas contestée, a droit de recevoir sa pension. Le ministre, qui a l’obligation de la lui payer, refuse illégalement de le faire. Les conditions requises pour l’émission d’un

been met (see *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), at page 766 *et seq.*). The Department argued that, instead, the appellant should have contested the Minister's decision to suspend in September 1996, or the decision to recover by set-off in April 1998. Even if it had been possible at the time to successfully challenge those decisions, the fact remains that today the appellant still has that right, the Minister has the obligation, the Minister is refusing to perform it, and the most expeditious and secure method available to the appellant is *mandamus*.

[37] To conclude on this point, I will refer to section 32 of the Act, which was reproduced earlier. At this point, the Minister must be satisfied that, as a result of erroneous advice, the appellant has been denied benefits to which he would have been entitled. The Minister must take the necessary action to place the appellant into the position he would be in, had an administrative error not been made. The action that must be taken is to reinstate the pension forthwith and repay the benefits that were suspended, with interest.

#### The Investigation

[38] I would add that even if the Minister had the authority under the *Old Age Security Act* to do what he did, in this case, the exercise of that authority was so inconsistent with the rules of administrative law that any decision by the Minister to suspend or deny payment or to recover by set-off would be invalid on its face.

[39] Given that the Assistant Deputy Minister has even expressly denied the appellant the right to be heard and to have access to the case assembled against him, we have no choice but to conclude, in light of the evidence before us, that the investigation was, for all practical purposes, conducted without the appellant's knowledge. We also have no choice but to conclude that since, according to the Minister, the administrative investigation is still going on, no final decision can yet have been made, no debt owed to Her Majesty can yet have been established, and no set-off can yet have been carried out.

*mandamus* sont rencontrées (voir *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), à la page 766 et ss.). Le Ministère prétend que l'appelant aurait dû, plutôt, contester la décision de suspension prise par le ministre dès septembre 1996, ou encore celle de compensation prise en avril 1998. Même dans l'hypothèse où il eût alors été possible d'attaquer avec succès ces décisions, le fait demeure qu'aujourd'hui, le droit de l'appelant subsiste, l'obligation du ministre existe, le ministre refuse de l'exécuter, et le moyen le plus rapide et le plus sûr dont dispose l'appelant est le *mandamus*.

[37] Je me référerai, en terminant sur ce point, à l'article 32 de la Loi, dont le texte a été reproduit ci-haut. Le ministre, à l'heure actuelle, ne peut qu'être convaincu que l'appelant s'est vu refuser des prestations auxquelles il avait droit par suite d'un avis erroné. Il doit prendre les mesures qui s'imposent pour replacer l'appelant dans la situation où il serait s'il n'y avait pas eu faute de l'administration. La mesure qui s'impose est le rétablissement immédiat du service de la pension et le remboursement avec intérêts des prestations dont le paiement avait été suspendu.

#### L'enquête

[38] J'ajouterai que même dans l'hypothèse où le ministre aurait eu, en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, le pouvoir de faire ce qu'il a fait, ce pouvoir a été exercé en l'espèce d'une manière si peu conforme aux règles du droit administratif que toute décision de suspension, de refus de paiement ou de compensation prise par le ministre serait viciée à sa face même.

[39] Force est en effet de conclure, à la lumière de la preuve dont nous disposons, que l'enquête a été menée à toutes fins utiles à l'insu de l'appelant, le sous-ministre adjoint ayant même expressément refusé à ce dernier le droit de se faire entendre et d'avoir accès au dossier constitué contre lui. Force aussi est de conclure que, puisque l'enquête administrative se continue toujours selon les dires du ministre, aucune décision finale ne peut avoir encore été arrêtée, aucune créance de Sa Majesté encore établie ni aucune compensation encore effectuée.

[40] If, on the other hand, the Minister is of the view, despite what he says, that the investigation has been concluded and the decision has been made, that decision has still not been communicated to the appellant, who does not know the basis for it, and he is in no position whatsoever to challenge that decision even if it is obviously invalid.

#### Disposition

[41] For these reasons, I am of the opinion that the appeal should be allowed, the decision of the Trial Judge set aside and the application for a writ of *mandamus* granted. I would order the Minister of Human Resources Development Canada to reinstate the pension payable to the appellant forthwith and to repay the benefits that have been withheld from the appellant since September 1996, with interest. Costs to the appellant at trial and on appeal.

DESJARDINS J.A.: I concur with these reasons.

NOËL J.A.: I concur with these reasons.

[40] Si, au contraire, le ministre est d'avis, malgré ses dires, que l'enquête est terminée et la décision prise, cette décision n'a toujours pas été communiquée à l'appelant, ce dernier ignore ce sur quoi elle se fonde et il n'est d'aucune façon en mesure de l'attaquer même si elle est de toute évidence viciée.

#### Dispositif

[41] Pour ces motifs, je serais d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer la décision du juge de première instance et d'accueillir la demande d'émission d'un bref de *mandamus*. J'ordonnerais au ministre du Développement des ressources humaines Canada de rétablir immédiatement le service de la pension payable à l'appelant et de rembourser avec intérêts le montant des prestations dont l'appelant a été privé depuis septembre 1996. Le tout avec dépens en faveur de l'appelant en première instance et en appel.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je suis d'accord.

IMM-2807-00  
2002 FCT 167

IMM-2807-00  
2002 CFPI 167

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Applicant*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*demandeur*)

v.

c.

**Jamie Carrasco Varela** (*Respondent*)

**Jamie Carrasco Varela** (*défendeur*)

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. VARELA (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. VARELA (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Gibson J.—Toronto, January 10; Ottawa, February 14, 2002.

Section de première instance, juge Gibson—Toronto, 10 janvier; Ottawa, 14 février 2002.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — CRDD decision to exclude individual from Convention refugee status, on basis of war crime or crime against humanity, not determinative of issue before Adjudicator in same matter — Counsel encouraged to propose question for certification in view of uncertainty resulting from Court decisions in Figueroa.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — La décision de la SSR d'exclure une personne du statut de réfugié au sens de la Convention pour le motif qu'elle avait commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité n'était pas déterminante en ce qui concerne la question dont l'arbitre était saisi dans la même affaire — Les avocats ont été encouragés à proposer la certification d'une question compte tenu de l'incertitude résultant des décisions rendues par la Cour dans l'affaire Figueroa.*

*Construction of Statutes — Repeal and replacement of Immigration Act, s. 19(1)(j), together with related amendments to Criminal Code and enactment of related provisions of Crimes Against Humanity and War Crimes Act, fall within ambit of Interpretation Act, s. 44: situation where enactment repealed and another enactment substituted therefor — Inquiry under consideration should, when resumed, be taken up and continued in conformity with new enactment — For purposes of inquiry under consideration, provisions of new enactment "in substance" same as those of former enactment.*

*Interprétation des lois — L'abrogation et le remplacement de l'art. 19(1)(j) de la Loi sur l'immigration ainsi que les modifications connexes apportées au Code criminel et l'adoption des dispositions connexes de la Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont visés par l'art. 44 de la Loi d'interprétation: cas dans lequel un texte a été abrogé et remplacé par un autre texte — L'enquête en cause devrait, lorsqu'elle reprendra, se poursuivre conformément au nouveau texte — Aux fins de l'enquête en cause, les dispositions du nouveau texte sont «au fond» identiques à celles de l'ancien texte.*

The respondent, a citizen of Nicaragua, was a member of the Sandinista Front of National Liberation. He arrived in Canada in 1991 and made Convention refugee claims for himself, his wife and his son. In March 1992, the CRDD determined that he was not a person covered by the Convention as there were serious grounds for considering that he had committed a crime against humanity (Convention, Article 1F(a)). On June 4, 1992, the Federal Court of Appeal denied the respondent leave to appeal from the CRDD decision. On June 24, 1993, the then Minister of Citizenship and Immigration authorized the issuance of a permit to the respondent and his family to proceed to landing. In October 1999, a report was made to the Deputy Minister that the respondent was a member of the inadmissible class described

Le défendeur, qui était citoyen du Nicaragua, était membre du Front sandiniste de libération nationale. Le défendeur est arrivé au Canada en 1991; il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention pour lui-même ainsi que pour sa conjointe et pour son fils. Au mois de mars 1992, la SSR a conclu que le défendeur n'était pas une personne visée par la Convention parce qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un crime contre l'humanité (alinéa 1F*a*). Le 4 juin 1992, la Cour d'appel fédérale a refusé l'autorisation que le défendeur avait sollicitée en vue d'en appeler de la décision de la SSR. Le 24 juin 1993, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a autorisé la délivrance d'un permis au défendeur et à sa famille, leur accordant le droit d'établissement. Au mois d'octobre 1999, un rapport a

in paragraph 19(1)(f) of the Act. In June 2000, the Minister sought, among other things, an injunction preventing, until the application for leave and for judicial review is finally determined, the continuation of the Adjudicator's inquiry regarding paragraph 19(1)(f) of the Act and concerning the respondent. The injunctive relief was granted. This was an application for judicial review of a decision of an Adjudicator dismissing an application made before him on behalf of the Minister requesting that the Adjudicator find himself bound by the Trial Division decision in *Figueroa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (holding, in effect, that an earlier finding by the CRDD that the respondent is excluded from refugee protection is conclusive of that issue) and the Appeal Division's decision confirming that decision.

Since the making of the decision, paragraph 19(1)(f) of the Act and subsection 7(3.76) of the *Criminal Code* were repealed and replaced in consequence of the enactment of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*. And the appeal from the *Figueroa* decision was heard and disposed of.

The issues were whether the Adjudicator committed errors of law requiring this Court's intervention; whether or not the Adjudicator's decision gave rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the Adjudicator against the Minister; whether this application was moot given the intervening amendments to the applicable law; what law should be applied by the Adjudication Division when it resumes its adjourned inquiry.

*Held*, the application should be dismissed and the stay of the inquiry lifted.

The repeal and replacement of paragraph 19(1)(f) of the *Immigration Act* did not render this application for judicial review, or the inquiry out of which it arises, moot. The new paragraph 19(1)(f), when read together with sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* that are referred to in paragraph 19(1)(f) constitutes a provision of law that is substantially similar to the repealed provision.

While the rule is that the repealed law continues to apply to pre-repeal facts for most purposes as if it were still good law, the circumstances herein represent one of the limited purposes for which the repealed law does not continue to apply. Paragraph 44(c) of the *Interpretation Act* provides that where an enactment is repealed and another substituted therefor, the inquiry under consideration should, when

été présenté au sous-ministre; il y était déclaré que le défendeur était une personne appartenant à une catégorie non admissible désignée à l'alinéa 19(1)f) de la Loi. Au mois de juin 2000, le ministre a demandé, entre autres choses, une injonction empêchant l'arbitre, jusqu'à ce qu'il soit statué d'une façon définitive sur la demande en vue de l'autorisation et du contrôle judiciaire, de poursuivre l'enquête menée en vertu de l'alinéa 19(1)f) de la Loi concernant le défendeur. L'injonction a été accordée. Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre avait rejeté la demande qui lui avait été présentée pour le compte du ministre pour qu'il conclue qu'il était lié par la décision rendue par la Section de première instance dans l'affaire *Figueroa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (dans laquelle il avait été statué qu'une conclusion antérieure tirée par la SSR selon laquelle le défendeur ne bénéficiait pas de la protection fournie aux réfugiés était concluante sur ce point) ainsi que par la décision de la Section d'appel confirmant cette décision.

Depuis que la décision a été rendue, l'alinéa 19(1)f) de la Loi et le paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* ont été abrogés et remplacés par suite de l'adoption de la *Loi sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité* et l'appel de la décision rendue dans l'affaire *Figueroa* a été entendu et réglé.

Il s'agissait de savoir si l'arbitre avait commis des erreurs de droit exigeant l'intervention de la Cour; si la décision de l'arbitre donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité de la part de l'arbitre à l'encontre du ministre; si la demande n'avait plus qu'un intérêt théorique compte tenu des modifications qui avaient dans l'intervalle été apportées au droit applicable; il s'agissait également de savoir quelle loi la section d'arbitrage devait appliquer lorsqu'elle reprendrait son enquête qui avait été ajournée.

*Jugement*: la demande est rejetée et la suspension de l'enquête est levée.

L'abrogation et le remplacement de l'alinéa 19(1)f) de la *Loi sur l'immigration* n'ont pas eu pour effet de rendre théorique la demande de contrôle judiciaire ou l'enquête qui y a donné lieu. Le nouvel alinéa 19(1)f), s'il est lu avec les articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* dont il est fait mention à l'alinéa 19(1)f), constitue une disposition de droit fondamentalement semblable aux dispositions qui ont été abrogées.

La règle est que le texte abrogé continue à s'appliquer aux faits datant d'avant l'abrogation à presque toutes les fins comme s'il était encore valable, mais les circonstances de la présente espèce représentent l'une des fins restreintes auxquelles les dispositions qui ont été abrogées ne continuent pas à s'appliquer. Compte tenu de l'alinéa 44c) de la *Loi d'interprétation*, en cas d'abrogation d'un texte et de

resumed, be taken up and continued in conformity with the new enactment in so far as that may be done consistently with the new enactment, which is the case here. And since, for the purposes of the inquiry here under consideration, the provisions of the new enactment are “in substance” the same as those of the former enactment, paragraph 44(f) applies, and the new enactment shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment.

Administrative bodies generally must be correct in determining the scope of their delegated mandate, given that they are entirely the creatures of statute: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] S.C.J. No. 1 (QL). So, with respect to the allegation that the Adjudicator erred in law in deciding as he did, the decision should be reviewed on a standard of correctness.

The Adjudicator did not err in law in determining himself not to be bound by the earlier decision of the CRDD to the effect that the respondent was excluded from Convention refugee status by virtue of Article 1F(a) of the Convention. Neither former paragraph 19(1)(f) of the Act, nor the re-enactment of that paragraph, provides that the Adjudicator is bound by an earlier decision of the CRDD on that question. The Trial Division decision in *Figuroa* can be distinguished, and the Federal Court of Appeal therein was at best ambivalent as to the statement that a CRDD finding on exclusion from the protection of the Convention demonstrated that the first part of the test under paragraph 19(1)(f) of the Act had been fulfilled.

While there were strong disagreements between the Adjudicator and counsel for the Minister, and strong language was used, on the totality of the material, the test for a reasonable apprehension of bias has not been satisfied.

If counsel were to propose a serious question of general importance, it would be appropriate to certify such question. That was so because, while this Court’s decision on the issues on this judicial review application are not dispositive on the ultimate issue before the Adjudicator, it is dispositive on the question as to the Adjudicator’s jurisdiction—a “final decision” on a serious question of general importance. In view of the uncertainty resulting from the *Figuroa* decisions, a Court of Appeal judgment would offer guidance on a serious question of general importance.

A question was subsequently certified as to whether the exclusion of a Convention refugee under Article 1F(a) of the

remplacement, l’enquête entreprise se poursuit, lorsqu’elle reprend, conformément au nouveau texte dans la mesure de la compatibilité avec celui-ci, ce qui est ici le cas. Et puisque, aux fins de l’enquête ici en cause, les deux textes ne diffèrent pas «au fond», l’alinéa 44f) s’applique et la teneur du nouveau texte est censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur.

En règle générale, les organismes administratifs doivent déterminer correctement la portée de leur mandat délégué puisqu’ils sont entièrement créés par la loi: *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] A.C.S. n° 1 (QL). En ce qui concerne l’allégation selon laquelle l’arbitre a commis une erreur de droit dans sa décision, la décision devrait être examinée selon la norme de la décision correcte.

L’arbitre n’a pas commis d’erreur de droit en concluant qu’il n’était pas lié par l’ancienne décision de la SSR selon laquelle le défendeur était exclu du statut de réfugié au sens de la Convention en vertu de l’alinéa 1Fa) de la Convention. Ni l’ancien alinéa 19(1)f) de la Loi ni la nouvelle disposition qui a été édictée à ce sujet n’indiquent que l’arbitre est lié par une décision antérieure de la SSR sur cette question. La décision que la Section de première instance a rendue dans l’affaire *Figuroa* peut être distinguée et la Cour d’appel fédérale, dans cette affaire, avait pour le moins une attitude ambivalente en ce qui concerne l’avis selon lequel une conclusion tirée par la SSR au sujet de l’exclusion d’un réfugié de la protection de la Convention démontrait que le premier volet du test prévu à l’alinéa 19(1)f) de la Loi avait été rempli.

L’arbitre et l’avocat du ministre ne s’entendaient pas et ils avaient exprimé leur désaccord en des termes vigoureux, mais compte tenu de la totalité des éléments, il n’a pas été satisfait au critère applicable à la question de la crainte raisonnable de partialité.

Si les avocats proposaient la certification d’une question grave de portée générale, il serait approprié de certifier cette question, et ce, parce que la décision de la Cour sur les questions qui se posent dans le cadre de cette demande de contrôle judiciaire ne règle pas la question finale dont l’arbitre était saisi, mais elle réglera la question de la compétence de l’arbitre—une «décision définitive» portant sur une question grave de portée générale. Compte tenu de ce qui constitue une incertitude découlant des décisions rendues dans l’affaire *Figuroa*, une décision de la Cour d’appel servirait de guide sur une question grave de portée générale.

Une question a subséquemment été certifiée, à savoir si l’exclusion d’un réfugié au sens de la Convention en vertu de

Convention means that it has been established that there are reasonable grounds to believe that the refugee status claimant has committed offences at international law under paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act* so that an Adjudicator conducting an inquiry into allegations made under paragraph 19(1)(j) of the Act would be bound by the CRDD's exclusion under Article 1F(a) of the Convention.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, ss. 4, 5, 6, 7, 42, 55.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 7(3.76) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1; S.C. 2000, c. 24, s. 42).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(j) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 2000, c. 24, s. 55), 40.2 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 32), 80.1(1) (as enacted *idem*, s. 70).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44.  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3; [2002] S.C.J. No. 1 (QL); *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Grandison v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 8 Imm. L.R. (3d) 130; 259 N.R. 31 (F.C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Figueroa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 181 F.T.R. 242 (F.C.T.D.); *aff'd Figueroa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 112; [2001] F.C.J. No. 589 (C.A.) (QL).

##### REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Varela* (2000), 185 F.T.R. 258; 6 Imm. L.R. (3d) 182 (F.C.T.D.); *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317; 109 N.R. 239 (F.C.A.).

l'alinéa 1Fa) de la Convention signifie qu'il a été établi qu'il y a des motifs raisonnables de penser que le demandeur de statut a commis des infractions prévues en droit international au sens de l'alinéa 19(1j) de la *Loi sur l'immigration*, de sorte que l'arbitre qui mène une enquête sur les allégations fondées sur l'alinéa 19(1j) de la Loi serait lié par l'exclusion énoncée par la SSR en vertu de l'alinéa 1Fa) de la Convention.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.76) (édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1; L.C. 2000, ch. 24, art. 42).  
*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44.  
*Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, art. 4, 5, 6, 7, 42, 55.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1j) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 2000, ch. 24, art. 55), 40.2 (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 32), 80.1(1) (édicte, *idem*, art. 70).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3; [2002] A.C.S. n° 1 (QL); *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Grandison c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 8 Imm. L.R. (3d) 130; 259 N.R. 31 (C.A.F.).

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Figueroa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 181 F.T.R. 242 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par Figueroa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 112; [2001] A.C.F. n° 589 (C.A.) (QL).

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Varela* (2000), 185 F.T.R. 258; 6 Imm. L.R. (3d) 182 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317; 109 N.R. 239 (C.A.F.).

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPLICATION for judicial review of a decision of an Adjudicator dismissing an application requesting that the Adjudicator find himself bound by the Trial Division decision in *Figuroa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Donald A. MacIntosh* for applicant.  
*Micheal T. Crane* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Micheal T. Crane*, Toronto, for respondent.

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

GIBSON J.:

## INTRODUCTION

[1] These reasons arise out of an application for judicial review of a decision of an Adjudicator (the Adjudicator) in the Adjudication Division of the Immigration and Refugee Board in which the Adjudicator dismissed an application made before him on behalf of the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) requesting that the Adjudicator find himself bound by a decision of my colleague Mr. Justice Pinard in *Figuroa v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>1</sup> (hereinafter *Figuroa*). The decision under review was delivered orally “from the bench” on 24 May, 2000.

## BACKGROUND

[2] By notice of motion filed 12 June, 2000, the Minister sought, among other things, an injunction preventing, until the application for leave and for judicial review is finally determined, the continuation of the Adjudicator’s inquiry regarding paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act*<sup>2</sup> (the Act) and “concerning Jamie

## DOCTRINE

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre avait rejeté une demande qui avait été présentée pour qu’il conclue qu’il était lié par la décision rendue par la Section de première instance dans la décision *Figuroa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Donald A. MacIntosh* pour le demandeur.  
*Micheal T. Crane* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Micheal T. Crane*, Toronto, pour le défendeur.

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

LE JUGE GIBSON:

## INTRODUCTION

[1] Ces motifs découlent d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre (l’arbitre) de la section d’arbitrage de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande qui lui avait été présentée pour le compte du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le ministre) pour qu’il conclue qu’il était lié par une décision rendue par mon collègue, M. le juge Pinard, dans l’affaire *Figuroa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>1</sup> (ci-après la décision *Figuroa*). La décision ici en cause a été rendue oralement «à l’audience» le 24 mai 2000.

## LES FAITS

[2] Par un avis de requête qui a été déposé le 12 juin 2000, le ministre a demandé, entre autres choses, une injonction empêchant l’arbitre, jusqu’à ce qu’il soit statué d’une façon définitive sur la demande en vue de l’autorisation et du contrôle judiciaire, de poursuivre l’enquête menée en vertu de l’alinéa 19(1)(j) de la *Loi*



Carrasco Varela” (the respondent).

[3] My colleague Mr. Justice Lemieux granted the injunctive relief sought on behalf of the Minister on the 5 July, 2000 [*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Varela* (2000), 185 F.T.R. 258 (F.C.T.D.)]. In related reasons, Mr. Justice Lemieux described the background to this application for judicial review in the following terms [at paragraphs 3-11]:

The respondent is a citizen of Nicaragua. He served in the military from August 1983 to October 1989. Two years after joining the army, he became a member of the Sandinista Front of National Liberation (FSLN).

He, his wife and son came to Canada in August of 1991 and made refugee claims on grounds of their political opinions and membership in a particular social group.

On March 20, 1992, the Refugee Division determined the respondent was not a person covered by the Convention because of Article 1F(a) which states it shall “not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed . . . a crime against humanity as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes.”

The Federal Court of Appeal on June 4th, 1992, denied the respondent leave to appeal from the Refugee Division’s decision.

The record indicates the 24 of June 1993, the then Minister authorized the issuance of a permit to the respondent and his family to proceed to landing after they had complied with all statutory requirements of the **Immigration Act and Regulations**.

On October 20, 1999, a report was made to the Deputy Minister responsible under the Act by an immigration officer under paragraph 27(2)(a) and subsection 27(2.01) of the Act stating the respondent was a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, who if he were applying for entry would not or might not be granted entry by reason of being a member of the inadmissible class described in paragraph 19(1)(j) of the Act.

[9] Paragraph 19(1)(j) of the Act reads:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

*sur l’immigration*<sup>2</sup> (la Loi) [TRADUCTION] «concernant Jamie Carrasco Varela (le défendeur)».

[3] Mon collègue, M. le juge Lemieux, a accordé l’injonction demandée pour le compte du ministre le 5 juillet 2000 [*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Varela* (2000), 185 F.T.R. 258 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)]. Dans des motifs connexes, le juge Lemieux a décrit l’historique de la présente demande de contrôle judiciaire [aux paragraphes 3 à 11]:

Le défendeur est citoyen du Nicaragua. Il a servi dans l’armée du mois d’août 1983 au mois d’octobre 1989. Deux ans après avoir joint l’armée, il est devenu membre du Front sandiniste de libération nationale (le FSLN).

Le défendeur, sa conjointe et son fils sont arrivés au Canada au mois d’août 1991; ils ont revendiqué le statut de réfugié en se fondant sur leurs opinions politiques et sur leur appartenance à un groupe social.

Le 20 mars 1992, la section du statut de réfugié a conclu que le défendeur n’était pas une personne visée par la Convention à cause de l’alinéa a) de la section F de l’article premier, qui prévoit que les dispositions de la Convention «ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu’elles ont commis [. . .] un crime contre l’humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes».

Le 4 juin 1992, la Cour d’appel fédérale a refusé l’autorisation que le défendeur avait sollicitée en vue d’en appeler de la décision de la section du statut de réfugié.

Selon le dossier, le 24 juin 1993, le ministre de l’époque aurait autorisé la délivrance d’un permis au défendeur et à sa famille, leur accordant le droit d’établissement s’il était satisfait à toutes les exigences de la **Loi sur l’immigration** et de son **règlement** d’application.

Le 20 octobre 1999, un rapport a été présenté au sous-ministre responsable en vertu de la Loi par un agent d’immigration en vertu de l’alinéa 27(2)a) et du paragraphe 27(2.01) de la Loi; il y était déclaré que le défendeur était une personne se trouvant au Canada autrement qu’à titre de citoyen canadien ou de résident permanent qui, si elle demandait à entrer, ne serait pas ou ne pourrait pas entrer au Canada parce qu’elle appartient à une catégorie non admissible désignée à l’alinéa 19(1)f) de la Loi.

L’alinéa 19(1)f) de la Loi se lit comme suit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

...

(f) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the Criminal Code and that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission;

Subsection 7(3.76) of the **Criminal Code** (“the Code”) reads:

“(3.76) For the purposes of this section,

‘conventional international law’

‘conventional international law’ means

(a) any convention, treaty or other international agreement that is in force and to which Canada is a party, or

(b) any convention, treaty or other international agreement that is in force and the provisions of which Canada has agreed to accept and apply in an armed conflict in which it is involved:

‘crime against humanity’

‘crime against humanity’ means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

‘war crime’

‘war crime’ means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts.”

Pursuant to paragraph 27(3)(b) and subsection 27(6) of the **Act**, a senior immigration officer caused an inquiry by the Adjudicator on the respondent’s inadmissibility.

It was at an early stage in the inquiry by the Adjudicator referred to in the last paragraph of the preceding quotation that the decision here under review was made.

[...]

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu’elles ont commis, à l’étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l’humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du **Code criminel** et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l’époque de la perpétration;

Le paragraphe 7(3.76) du **Code criminel** (le Code) se lit comme suit:

«(3.76) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

“droit international conventionnel”

“droit international conventionnel”

Conventions, traités et autres ententes internationales en vigueur auxquels le Canada est partie, ou qu’il a accepté d’appliquer dans un conflit armé auquel il participe.

“crime contre l’humanité”

“crime contre l’humanité” Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait—acte ou omission—inhumain d’une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes—qu’il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l’époque et au lieu de perpétration—et d’autre part, soit constituant, à l’époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations.

“crime de guerre”

“crime de guerre” Fait — acte ou omission — commis au cours d’un conflit armé international — qu’il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l’époque et au lieu de la perpétration — et constituant, à l’époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits.

Conformément à l’alinéa 27(3)b) et au paragraphe 27(6) de la **Loi**, un agent principal a demandé à l’arbitre de mener une enquête au sujet de l’inadmissibilité du défendeur».

C’est à un stade initial de l’enquête de l’arbitre mentionnée au dernier paragraphe du passage précité que la décision ici en cause a été rendue. Depuis lors,

Since the making of the decision, two significant events have occurred: first, paragraph 19(1)(j) of the Act and subsection 7(3.76) of the *Criminal Code*<sup>3</sup> were repealed and replaced in consequence of the enactment of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*<sup>4</sup>; and secondly, an appeal of Mr. Justice Pinard's decision in *Figuroa* was heard and disposed of. More will be said regarding these matters later in these reasons.

#### THE DECISION UNDER REVIEW

[4] One of the issues raised on this application for judicial review is whether or not the Adjudicator's decision, and in particular his reasons for that decision, give rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the Adjudicator against the Minister. For this reason, the Adjudicator's reasons are set out in full in a schedule to these reasons.

#### THE RELEVANT LAW

(a) Paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act* and provisions of law referred to therein

[5] The relevant portions of subsection 19(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3] of the Act as it read at the time the decision under review was made are quoted earlier in these reasons in the context of the reasons of Mr. Justice Lemieux in *Varela*. They need not be repeated again.

[6] Effective 23 October, 2000, the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* came into force and repealed and replaced paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act* so that the opening words of subsection 19(1) and paragraph (j) now read as follows:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an offence referred to in any of sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*;

deux événements importants se sont produits: en premier lieu, l'alinéa 19(1)(j) de la Loi et le paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*<sup>3</sup> ont été abrogés et remplacés par suite de l'adoption de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*<sup>4</sup>; en second lieu, un appel de la décision rendue par le juge Pinard dans l'affaire *Figuroa* a été entendu et réglé. Nous reviendrons sur ces questions plus loin dans ces motifs.

#### LA DÉCISION ASSUJETTIE À L'EXAMEN

[4] L'une des questions qui ont été soulevées dans le cadre de cette demande de contrôle judiciaire est de savoir si la décision de l'arbitre, et en particulier les motifs prononcés à l'appui, donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité de la part de l'arbitre à l'encontre du ministre. C'est pourquoi les motifs de l'arbitre sont énoncés au complet dans l'annexe jointe aux présents motifs.

#### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

a) L'alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration* et les dispositions législatives qui y sont mentionnées

[5] Les passages pertinents du paragraphe 19(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3] de la Loi, tel qu'il était libellé au moment où la décision ici en cause a été rendue, ont déjà été cités dans ces motifs dans le contexte des motifs que le juge Lemieux a rendus dans l'affaire *Varela*. Il n'est pas nécessaire de les reprendre ici.

[6] Le 23 octobre 2000, la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* est entrée en vigueur; elle abrogeait et remplaçait l'alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration*, de sorte que le début du paragraphe 19(1) et l'alinéa (j) sont maintenant ainsi libellés:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

(j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis une infraction visée à l'un des articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

[7] Subsection 6(1) and the relevant portions of subsection 6(3) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* read as follows:

6. (1) Every person who, either before or after the coming into force of this section, commits outside Canada

- (a) genocide,
- (b) a crime against humanity, or
- (c) a war crime,

is guilty of an indictable offence and may be prosecuted for that offence in accordance with section 8.

...

(3) The definitions in this subsection apply in this section.

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.

...

“war crime” means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.

(b) The Figueroa decisions

[8] Mr. Justice Lemieux, in his reasons for his earlier interlocutory decision in this matter, wrote at paragraphs 14-15:

[7] Le paragraphe 6(1) et les passages pertinents du paragraphe 6(3) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* sont libellés comme suit:

6. (1) Quiconque commet à l'étranger une des infractions ci-après, avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, est coupable d'un acte criminel et peut être poursuivi pour cette infraction aux termes de l'article 8:

- a) génocide;
- b) crime contre l'humanité;
- c) crime de guerre.

[. . .]

(3) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«crime contre l'humanité» Meurtre, extermination, réduction en esclavage, déportation, emprisonnement, torture, violence sexuelle, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain, d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes et, d'autre part, qui constitue, au moment et au lieu de la perpétration, un crime contre l'humanité selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel ou en raison de son caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

[. . .]

«crime de guerre» Fait — acte ou omission — commis au cours d'un conflit armé et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un crime de guerre selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables à ces conflits, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

b) Les décisions rendues dans l'affaire Figueroa

[8] Dans les motifs qu'il a prononcés à l'appui de la décision interlocutoire antérieure qui a été rendue dans la présente affaire, le juge Lemieux a dit ce qui suit, aux paragraphes 14 et 15:

Mr. Justice Pinard interpreted paragraph 19(1)(j) as containing a two-pronged test as described above. As to the first prong, my colleague said this at paragraph 15:

“[15] In my opinion, a finding that a refugee is excluded from the protection of the Convention under paragraph 1F(a) demonstrates that the first part of the test under paragraph 19(1)(j) of the Act has been fulfilled.”

I was informed by counsel for the Minister the thrust of his argument before the Adjudicator on the ruling which is contested by the Minister in the underlying application for leave and judicial review was (1) **Figueroa** was binding on the Adjudicator; (2) the issue of whether there were reasonable grounds for believing the respondent had committed a crime against humanity was *res judicata* in view of the Federal Court of Appeal’s denial of leave to the respondent in 1992; and (3) a comity or respect for the Refugee Division’s 1992 determination was required.

[9] The Court of Appeal upheld Mr. Justice Pinard’s decision in *Figueroa*<sup>5</sup> but in its reasons did not comment directly on paragraph 15 of Mr. Justice Pinard’s reasons, as quoted by Mr. Justice Lemieux. However, Madam Justice Desjardins, for the Court of Appeal, did write the following at paragraphs 10 and 13 of her reasons:

We are of the opinion, on the contrary, that on the evidence in the record, the immigration officer had “reasonable grounds” to conclude that one of them should be excluded based on the second element of paragraph 19(1)(j) of the Act.

...

The immigration officer accordingly had ample evidence on which he could have concluded that one of the appellants was a person described in paragraph 19(1)(j) of the Act. [Emphasis added.]

[10] I will comment later in these reasons on whether or not it might be inferred from the foregoing quoted paragraphs that the panel of the Court of Appeal which considered *Figueroa* implicitly disagreed with Mr. Justice Pinard’s statement that an earlier finding by the Convention Refugee Determination Division (the CRDD) that the respondent is excluded from refugee protection, is conclusive on that issue.

Monsieur le juge Pinard estimait que l’alinéa 19(1)(j) prévoyait un critère à double volet, tel qu’il en a ci-dessus été fait mention. Quant au premier volet, mon collègue a dit ce qui suit, au paragraphe 15:

«[15] Je pense que conclure à l’exclusion d’un réfugié de la protection de la Convention en vertu de l’alinéa 1F(a) démontre que le premier volet du test prévu à l’alinéa 19(1)(j) de la Loi a été rempli.»

L’avocat du ministre m’a informé que la teneur des plaidoiries qu’il avait présentées devant l’arbitre au sujet de la décision qui est contestée par le ministre dans la demande sous-jacente d’autorisation et de contrôle judiciaire était (1) que la décision **Figueroa** liait l’arbitre; (2) que la question de savoir si l’on pouvait penser, pour des motifs raisonnables, que le défendeur avait commis un crime contre l’humanité était une chose jugée puisque la Cour d’appel fédérale avait refusé d’accorder l’autorisation au défendeur en 1992; et (3) qu’il était nécessaire de faire preuve de courtoisie ou de respect à l’égard de la décision rendue par la section du statut de réfugié en 1992.

[9] La Cour d’appel a confirmé la décision que le juge Pinard avait rendue dans l’affaire *Figueroa*<sup>5</sup>, mais dans ses motifs, elle n’a pas fait de remarques directes au sujet du paragraphe 15 des motifs du juge Pinard, tel qu’il est cité par le juge Lemieux. Toutefois, M<sup>me</sup> le juge Desjardins, au nom de la Cour d’appel, a dit ce qui suit, aux paragraphes 10 et 13 de ses motifs:

Nous pensons au contraire que devant le dossier tel que constitué, l’agent d’immigration pouvait, «pour des motifs raisonnables», conclure à l’exclusion de l’un d’entre eux sur la base du second volet de l’alinéa 19(1)(j) de la Loi.

[. . .]

L’agent d’immigration avait donc amplement de preuves lui permettant de conclure qu’un des appelants était une personne visée à l’alinéa 19(1)(j) de la Loi. [Non souligné dans l’original.]

[10] Je ferai des remarques ci-dessous dans ces motifs au sujet de la question de savoir s’il peut être inféré, à partir des paragraphes précités, que la formation de la Cour d’appel qui a examiné la décision *Figueroa* était implicitement en désaccord avec la remarque du juge Pinard, à savoir qu’une conclusion antérieure tirée par la section du statut de réfugié (la SSR) selon laquelle le défendeur ne bénéficie pas de la protection fournie aux réfugiés, est concluante sur ce point.

## THE ISSUES

[11] Preliminary issues on this application for judicial review as to whether this Court has jurisdiction to hear the application and, if it does, whether leave should be granted, were disposed of by my colleague Mr. Justice Lemieux.

[12] The remaining issues identified on behalf of the Minister in the Minister's memorandum of argument are whether the Adjudicator committed errors of law requiring this Court's intervention and whether the Adjudicator demonstrated a reasonable apprehension of bias that requires this Court's intervention.

[13] Two additional issues were identified during the course of argument before me. The first is whether or not this application for judicial review is moot given the intervening amendments to the applicable law. The second is what law should be applied by the Adjudication Division when the inquiry before it that was adjourned *sine die* prior to the commencement of this application for judicial review and the resumption of which was enjoined by order of Mr. Justice Lemieux until this judicial review is finally determined, is resumed. I will deal with these additional issues first.

## ANALYSIS

(a) Mootness and applicable law

[14] Counsel who appeared before me were in agreement, albeit on the basis of somewhat differing reasoning, that the repeal and replacement of paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act* did not render this application for judicial review, or the inquiry out of which it arises, moot.

[15] Counsel for the applicant urged that the new paragraph 19(1)(j), when read together with sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* that are referred to in paragraph 19(1)(j) constitutes a provision of law that is substantially similar to the repealed provisions. Counsel submits in his memorandum of fact and law:

## LES POINTS LITIGIEUX

[11] Les questions préliminaires qui se posent dans la présente demande de contrôle judiciaire, à savoir si la Cour a compétence pour entendre la demande et, dans l'affirmative, si une autorisation doit être accordée, ont été réglées par mon collègue, le juge Lemieux.

[12] Les autres questions mentionnées pour le compte du ministre dans l'exposé des points d'argument du ministre sont de savoir si l'arbitre a commis des erreurs de droit exigeant l'intervention de la Cour et si l'arbitre a démontré l'existence d'une crainte raisonnable de partialité exigeant l'intervention de la Cour.

[13] Deux questions additionnelles ont été mentionnées dans le cadre des plaidoiries qui m'ont été soumises. En premier lieu, il s'agit de savoir si la présente demande de contrôle judiciaire n'a plus qu'un intérêt théorique compte tenu des modifications qui ont dans l'intervalle été apportées au droit applicable. En second lieu, il s'agit de savoir quelle loi la section d'arbitrage doit appliquer puisque son enquête a été ajournée pour une période indéfinie avant que le contrôle judiciaire soit demandé, le juge Lemieux ayant ordonné que l'enquête ne reprendrait qu'une fois qu'il aurait été statué d'une façon définitive sur le contrôle judiciaire. J'examinerai d'abord ces questions additionnelles.

## ANALYSE

a) Question d'intérêt théorique et droit applicable

[14] Les avocats qui ont comparu devant moi étaient d'accord pour dire, quoique en se fondant sur un raisonnement légèrement différent, que l'abrogation et le remplacement de l'alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration* n'ont pas eu pour effet de rendre théorique cette demande de contrôle judiciaire ou l'enquête qui y a donné lieu.

[15] L'avocat du demandeur a soutenu que le nouvel alinéa 19(1)(j), s'il est lu avec les articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* dont il est fait mention à l'alinéa 19(1)(j), constitue une disposition de droit fondamentalement semblable aux dispositions qui ont été abrogées. L'avocat fait remarquer ce qui suit dans son exposé des faits et du droit:

The definition of crimes against humanity has been expanded and “imprisonment, torture and sexual violence” are now enumerated. However, the definition of crimes against humanity is substantially the same as was contained in s. 19(1)(j) of the old *Act* which incorporated by reference the definition of crimes against humanity contained in s. 7(3.76) of the *Criminal Code*. Under the new s. 19(1)(j) of the *Act*, there is no longer a requirement to show that an act or omission is contrary to the law in force in Canada at the time of the act or omission.

I am in agreement with counsel that neither this application for judicial review nor the inquiry before the Adjudicator out of which it arises, is moot.

[16] I turn to the second “additional issue” that is identified in paragraph 13 of these reasons, that is to say, the applicable law. The *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* contains no transitional provision in relation to an inquiry under paragraph 19(1)(j) of the *Immigration Act* that was in progress or, as here, suspended, at the time the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* came into force.

[17] In *Driedger on the Construction of Statutes*,<sup>6</sup> the learned author writes:

In the absence of a specific transitional provision, the general rules set out in Interpretation Acts apply. Under the Interpretation Acts of all Canadian jurisdictions, provision is made for the continued application of repealed legislation to facts occurring prior to repeal. At the federal level, s. 43 provides:

43. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

...

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed,

(d) affect any offence committed against or contravention of the provisions of the enactment so repealed, or any punishment, penalty or forfeiture incurred under the enactment so repealed, or

(e) affect any investigation, legal proceeding or remedy in respect of any right, privilege, obligation or liability

[TRADUCTION] La portée de la définition des crimes contre l’humanité a été élargie, ces derniers englobant maintenant «[l]’emprisonnement, [la] torture [et la] violence sexuelle». Toutefois, la définition des crimes contre l’humanité est fondamentalement la même que celle qui figure à l’alinéa 19(1)(j) de l’ancienne *Loi*, qui incorporait par renvoi la définition des crimes contre l’humanité figurant au paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*. En vertu du nouvel alinéa 19(1)(j) de la *Loi*, il n’est plus nécessaire de démontrer qu’un fait est contraire au droit canadien en son état à l’époque de la perpétration.

Je suis d’accord avec l’avocat lorsqu’il dit que cette demande de contrôle judiciaire et l’enquête de l’arbitre qui y a donné lieu n’ont pas simplement un intérêt théorique.

[16] J’examinerai la deuxième «question additionnelle» qui a été mentionnée au paragraphe 13 de ces motifs, c’est-à-dire la question du droit applicable. La *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre* ne renferme aucune disposition transitoire se rapportant à une enquête fondée sur l’alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l’immigration* qui était en cours ou qui, comme en l’espèce, a été suspendue au moment où la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre* est entrée en vigueur.

[17] Dans *Driedger on the Construction of Statutes*,<sup>6</sup> l’auteur dit ce qui suit:

[TRADUCTION] En l’absence d’une disposition transitoire précise, les règles générales énoncées dans les lois d’interprétation s’appliquent. Les lois d’interprétation de tous les ressorts canadiens prévoient l’application continue de la législation abrogée aux faits qui se sont produits avant l’abrogation. Au palier fédéral, l’article 43 prévoit ce qui suit:

43. L’abrogation, en tout ou en partie, n’a pas pour conséquence:

[. . .]

c) de porter atteinte aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé;

d) d’empêcher la poursuite des infractions au texte abrogé ou l’application des sanctions—peines, pénalités ou confiscations—encourues aux termes de celui-ci;

e) d’influer sur les enquêtes, procédures judiciaires ou recours relatifs aux droits, obligations, avantages,

referred to in paragraph (c) or in respect of any punishment, penalty or forfeiture referred to in paragraph (d),

and an investigation, legal proceeding or remedy as described in paragraph (e) may be instituted, continued or enforced, and the punishment, penalty or forfeiture may be imposed as if the enactment had not been so repealed.

In other words, the repeal of an enactment does not destroy any right, privilege, obligation, or liability arising under the repealed enactment, nor does it forgive any contravention of the repealed law. Investigations and proceedings relating to pre-repeal events may be begun and continued under the old enactment despite its repeal. And the remedies and punishments provided for under the old enactment still apply as if the repeal had not occurred. In short, the repealed law continues to apply to pre-repeal facts for most purposes as if it were still good law. [Citation omitted, emphasis added.]

[18] I am satisfied that the circumstances before me and before the Adjudicator represent one of the limited purposes for which the repealed law does not continue to apply. The relevant portions of section 44 of the *Interpretation Act*<sup>7</sup> read as follows:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

...

(c) every proceeding taken under the former enactment shall be taken up and continued under and in conformity with the new enactment in so far as it may be done consistently with the new enactment;

...

(f) except to the extent that the provisions of the new enactment are not in substance the same as those of the former enactment, the new enactment shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment;

[19] I am satisfied that the repeal and replacement of paragraph 19(1)(f) of the *Immigration Act*, together with the related amendments to the *Criminal Code* and the enactment of the related provisions of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, fall within the ambit of section 44, that is to say, it represents a

responsabilités ou sanctions mentionnés aux alinéas c) et d).

Les enquêtes, procédures ou recours visés à l’alinéa e) peuvent être engagés et se poursuivre, et les sanctions infligées, comme si le texte n’avait pas été abrogé.

En d’autres termes, l’abrogation d’un texte législatif n’éteint pas un droit, un avantage, une obligation ou une responsabilité découlant du texte abrogé et n’annule pas une infraction au texte abrogé. Les enquêtes ou procédures relatives à des événements qui se sont produits avant l’abrogation peuvent être engagées et se poursuivre en vertu de l’ancien texte, et ce, même s’il a été abrogé. Et les recours et sanctions prévus dans l’ancien texte s’appliquent encore comme s’il n’y avait pas eu abrogation. Bref, le texte abrogé continue à s’appliquer aux faits datant d’avant l’abrogation à presque toutes les fins comme s’il était encore valable. [Renvoi omis; non souligné dans l’original.]

[18] Je suis convaincu que les circonstances de la présente espèce et celles qui existaient devant l’arbitre représentent l’une des fins restreintes auxquelles les dispositions qui ont été abrogées ne continuent pas à s’appliquer. Les passages pertinents de l’article 44 de la *Loi d’interprétation*<sup>7</sup> sont ainsi libellés:

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent:

[. . .]

c) les procédures engagées sous le régime du texte antérieur se poursuivent conformément au nouveau texte, dans la mesure de leur compatibilité avec celui-ci;

[. . .]

f) sauf dans la mesure où les deux textes diffèrent au fond, le nouveau texte n’est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur;

[19] Je suis convaincu que l’abrogation et le remplacement de l’alinéa 19(1)f) de la *Loi sur l’immigration* ainsi que les modifications connexes apportées au *Code criminel* et l’adoption des dispositions connexes de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre* sont visés par



situation where an enactment, the “former enactment”, was repealed and another enactment, the “new enactment”, was substituted therefor. Paragraph 44(c) of the *Interpretation Act* provides that the inquiry here under consideration should, when resumed, be taken up and continued in conformity with the new enactment in so far as that may be done consistently with the new enactment, and I am satisfied that it can be done consistently with the new enactment. Paragraph 44(f) provides that, except to the extent that the provisions of the new enactment are not in substance the same as those of the former enactment, the new enactment shall not be held to operate as new law but shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment. I am satisfied that, for the purposes of the inquiry here under consideration, the provisions of the new enactment are “in substance” the same as those of the former enactment.

(b) Standard of review

[20] While standard of review was not addressed as an issue on this application for judicial review, I will nonetheless comment briefly on it. The standard of review on a “jurisdictional” decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board was recently addressed by the Supreme Court of Canada in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*<sup>8</sup> at paragraphs 23 to 26. While the decision here under review is that of an Adjudicator, and not of the Immigration Appeal Division, I am satisfied that the analysis in *Chieu*, based as it is on the pragmatic and functional approach, is directly applicable. At paragraph 24, Mr. Justice Iacobucci, for the Court, wrote:

The I.A.D. enjoys no relative expertise in the matter of law which is the object of the judicial review. While in *Pushpanathan* the matter under review was a human rights issue, an area of law in which deference is usually not given, the issue here is one of jurisdiction, a similar area where little deference is shown. Administrative bodies generally must be correct in determining the scope of their delegated mandate, given that they are entirely the creatures of statute.

l’article 44, c’est-à-dire que cela représente un cas dans lequel un texte, le «texte antérieur», a été abrogé et remplacé par un autre texte, le «nouveau texte». L’alinéa 44c) de la *Loi d’interprétation* prévoit que l’enquête ici en cause se poursuit, lorsqu’elle reprend, conformément au nouveau texte dans la mesure de sa compatibilité avec celui-ci, et je suis convaincu que cela peut se faire conformément au nouveau texte. L’alinéa 44f) prévoit que, sauf dans la mesure où les deux textes diffèrent au fond, le nouveau texte n’est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur. Je suis convaincu qu’aux fins de l’enquête ici en cause, les deux textes ne diffèrent pas «au fond».

b) La norme de contrôle

[20] La question de la norme de contrôle n’a pas été abordée en tant que point litigieux dans cette demande de contrôle judiciaire, mais je ferai néanmoins de brèves remarques à ce sujet. La norme de contrôle qui s’applique à une décision «juridictionnelle» de la section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a récemment été examinée par la Cour suprême du Canada aux paragraphes 23 à 26 de l’arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*<sup>8</sup>. La décision ici en cause a été rendue par un arbitre plutôt que par la section d’appel de l’immigration, mais je suis convaincu que l’analyse qui a été effectuée dans l’arrêt *Chieu*, telle qu’elle est fondée sur l’analyse pragmatique et fonctionnelle, s’applique directement. Au paragraphe 24, M. le juge Iacobucci, au nom de la Cour, a dit ce qui suit:

La S.A.I. n’a aucune expertise particulière dans le domaine de droit faisant l’objet du contrôle judiciaire. Dans *Pushpanathan*, le contrôle visait une question de droits de la personne, un domaine de droit qui habituellement ne bénéficie pas du principe de déférence; en l’espèce, il s’agit d’une question de compétence, un domaine exigeant également peu de déférence. En règle générale, les organismes administratifs doivent déterminer correctement la portée de leur mandat délégué puisqu’ils sont entièrement créés par la loi.

I am satisfied that, as in *Chieu*, the issue here is one of jurisdiction, that is to say, the scope of an adjudication under paragraph 19(1)(j) of the Act where the CRDD has previously dealt with an issue that would normally constitute part of the Adjudicator's mandate under paragraph 19(1)(j), and an application to the Federal Court of Appeal for leave to seek judicial review of the CRDD decision has been denied.

[21] The decision of the Supreme Court of Canada in *Chieu* was, not surprisingly, not cited before me, since that decision was delivered the day after the hearing before me. I nonetheless determine to adopt the reasoning in *Chieu*. As regards to the allegation that the Adjudicator erred in law in deciding as he did, I will review his decision on a standard of correctness.

(c) Error of law

[22] Counsel for the applicant urged that the Adjudicator erred in law in determining himself not to be bound by the earlier decision of the CRDD to the effect that the respondent was excluded from Convention refugee status by virtue of Article 1F(a) of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6], particularly in light of the decision of the Federal Court of Appeal to deny leave for judicial review of the CRDD decision and the decisions of this Court at both the trial and appeal levels in *Figueroa*.

[23] I am satisfied that it is beyond doubt that neither the former paragraph 19(1)(j) of the Act, nor the re-enactment of that paragraph, provides any direction to an Adjudicator that an earlier decision of the Convention Refugee Determination Division to exclude an individual from Convention refugee status, by reason of a conclusion that there are serious reasons for considering that the individual has committed a war crime or a crime against humanity, is determinative of an issue before the Adjudicator; that is to say, whether there are reasonable grounds to believe that the same

Je suis convaincu que, comme dans l'arrêt *Chieu*, la question qui se pose en l'espèce est une question de compétence, c'est-à-dire la question de la portée d'une décision fondée sur l'alinéa 19(1)(j) de la Loi, lorsque la SSR a antérieurement examiné une question qui ferait normalement partie de mandat conféré à l'arbitre en vertu de l'alinéa 19(1)(j), et qu'une demande présentée à la Cour d'appel fédérale en vue de l'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire de la décision de la SSR a été rejetée.

[21] La décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *Chieu* ne m'a pas été mentionnée, ce qui n'est pas surprenant puisque cette décision a été rendue le lendemain de l'audience qui a eu lieu devant moi. Je décide néanmoins d'adopter le raisonnement qui a été fait dans l'arrêt *Chieu*. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle l'arbitre a commis une erreur de droit dans sa décision, j'examinerai la décision selon la norme de la décision correcte.

c) Erreur de droit

[22] L'avocat du demandeur a soutenu que l'arbitre avait commis une erreur de droit en concluant qu'il n'était pas lié par l'ancienne décision de la SSR selon laquelle le défendeur était exclu du statut de réfugié au sens de la Convention en vertu de l'alinéa Fa) de l'article premier de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], compte tenu en particulier de la décision de la Cour d'appel fédérale de refuser l'autorisation en vue de contrôle judiciaire de la décision de la SSR et des décisions rendues par la Cour en première instance et en appel dans l'affaire *Figueroa*.

[23] Je suis convaincu qu'il est certain que ni l'ancien alinéa 19(1)(j) de la Loi ni la nouvelle disposition qui a été édictée à ce sujet n'indiquent à l'arbitre qu'une décision antérieure de la section du statut de réfugié d'exclure une personne du statut de réfugié au sens de la Convention parce qu'il a été conclu qu'il existe des raisons sérieuses de penser que cette personne a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité est déterminante en ce qui concerne la question dont l'arbitre est saisi, à savoir si l'on peut penser, pour des motifs raisonnables, que cette personne a commis, à

individual has committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of former subsection 7(3.76) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1] of the *Criminal Code*, or an offence referred to in any of sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*. If Parliament had intended that an earlier decision of the CRDD be binding on the Adjudicator, it could easily have said so. The *Immigration Act* provides a number of instances where Parliament has achieved a parallel outcome.<sup>9</sup>

[24] The decision of Mr. Justice Pinard in *Figueroa*, earlier referred to, was taken on different facts, and in the context of a matter that was before an immigration officer, not an Adjudicator.<sup>10</sup> Also as previously indicated in these reasons, the Federal Court of Appeal, on the appeal of Mr. Justice Pinard's decision in *Figueroa*, was at best ambivalent on Mr. Justice Pinard's expression of his opinion at paragraph 15 of his reasons to the effect that "a finding that a refugee is excluded from the protection of the Convention under paragraph 1F(a) demonstrates that the first part of the test under s. 19(1)(j) of the Act has been fulfilled." It can at least be argued that Madam Justice Desjardins' reasons in *Figueroa*, as cited earlier in these reasons, imply that the issue remains open for determination by an immigration officer in the circumstances of *Figueroa* and, *a fortiori* in light of the terms of subsection 80.1(1) of the Act, when the issue is before an Adjudicator.

[25] I am satisfied that counsel for the Minister invites the Court to read more into the Federal Court of Appeal's denial of leave to seek judicial review of the decision of the CRDD regarding the respondent than is warranted. At the relevant time, as now, the test for leave to seek judicial review was that set out in *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>11</sup> where Mr. Justice Mahoney wrote that the only question on an application for leave to seek judicial review is whether a "fairly arguable case" was disclosed for the relief proposed to be sought on judicial review. The denial of leave by the Federal Court of Appeal did not tell us that the CRDD's decision was correct, reasonably

l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens de l'ancien paragraphe 7(3.76) [édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1] du *Code criminel*, ou une infraction visée à l'un des articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*. Si le législateur avait voulu qu'une décision antérieure de la SSR lie l'arbitre, il aurait facilement pu le dire. La *Loi sur l'immigration* prévoit un certain nombre de cas dans lesquels le législateur est arrivé à un résultat similaire<sup>9</sup>.

[24] La décision que le juge Pinard a rendue dans l'affaire *Figueroa*, précitée, était fondée sur des faits différents et elle a été rendue dans le contexte d'une affaire mettant en cause un agent d'immigration plutôt qu'un arbitre<sup>10</sup>. Comme il en a ci-dessus été fait mention dans ces motifs, la Cour d'appel fédérale, en appel de la décision rendue par le juge Pinard dans l'affaire *Figueroa*, avait pour le moins une attitude ambivalente en ce qui concerne l'avis exprimé par le juge Pinard au paragraphe 15 de ses motifs, à savoir que «conclure à l'exclusion d'un réfugié de la protection de la Convention en vertu de l'alinéa 1Fa) démontre que le premier volet du test prévu à l'alinéa 19(1)j) de la Loi a été rempli». Il peut tout au moins être soutenu que les motifs prononcés par le juge Desjardins dans l'affaire *Figueroa*, tels qu'ils ont été ci-dessus cités, laissent entendre qu'il est encore loisible à un agent d'immigration de rendre une décision eu égard aux faits de l'affaire *Figueroa* et, *a fortiori*, à la lumière des dispositions du paragraphe 80.1(1) de la Loi, lorsque l'arbitre est saisi de la question.

[25] Je suis convaincu que l'avocat du ministre invite la Cour à attribuer un sens plus large que ce qui est justifié au refus de la Cour d'appel fédérale d'accorder l'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire de la décision rendue par la SSR au sujet du défendeur. Au moment pertinent, comme maintenant, le critère applicable à l'autorisation en vue d'un contrôle judiciaire était celui qui avait été énoncé dans l'arrêt *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>11</sup>, où M. le juge Mahoney a dit que l'unique question qui se pose dans une demande d'autorisation en vue d'un contrôle judiciaire est de savoir si une «cause défendable» a été révélée en ce qui

open to it, or not patently unreasonable. More specifically, denial of leave did not tell the Adjudicator whose decision is here under review that the Court of Appeal found the CRDD's decision to exclude the respondent from Convention protection by virtue of Article 1F(a) of the Convention was appropriate under any particular standard of review.

[26] In the result, against a standard of review of correctness, I am satisfied that the Adjudicator committed no error of law, and indeed no reviewable error whatsoever, in concluding as he did in the decision here under review that he was not bound by the earlier determination by the CRDD. That is not to say that it would not be open to the Adjudicator, or any other adjudicator, to take into account the earlier decision of the CRDD. It is simply to say that the Adjudicator committed no reviewable error in deciding as he did.

(d) Reasonable apprehension of bias

[27] In *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*,<sup>12</sup> the Supreme Court of Canada established the test for reasonable apprehension of bias as being whether or not an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, would think it more likely than not that the decision maker would unconsciously or consciously decide an issue unfairly.

[28] I have reviewed the transcript of the hearings before the Adjudicator that led to his decision here under review. I have also taken into account the extensive affidavit filed on behalf of the Minister in this matter. Finally, I have considered the reasons of the Adjudicator for the decision here under review that are a schedule to these reasons. I have given particular consideration to a brief passage from those reasons that was highlighted before me on behalf of the Minister. That passage is to the following effect:

concerne la réparation que l'on se propose de solliciter dans le cadre du contrôle judiciaire. Le refus d'autorisation de la Cour d'appel fédérale ne nous disait pas si la décision de la SSR était correcte, s'il était raisonnablement loisible à la SSR de rendre cette décision, ou si la décision était manifestement déraisonnable. Plus précisément, le refus d'autorisation n'informait pas l'arbitre dont la décision est ici en cause que la Cour d'appel avait conclu que la décision de la SSR d'exclure le défendeur de la protection de la Convention en vertu de l'alinéa F*a*) de l'article premier de la Convention était appropriée selon une norme de contrôle particulière.

[26] Par conséquent, conformément à la norme de contrôle relative à la décision correcte, je suis convaincu que l'arbitre n'a commis aucune erreur de droit, et de fait aucune erreur susceptible de révision, en concluant, dans la décision ici en cause, qu'il n'était pas lié par la décision antérieure de la SSR. Cela ne veut pas dire qu'il ne serait pas loisible à cet arbitre, ou de fait à tout autre arbitre, de tenir compte de la décision antérieure de la SSR. Cela veut simplement dire que l'arbitre n'a commis aucune erreur susceptible de révision dans sa décision.

d) Crainte raisonnable de partialité

[27] Dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*<sup>12</sup>, la Cour suprême du Canada a établi le critère qui s'applique à la question de la crainte raisonnable de partialité, à savoir à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, le décideur, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?

[28] J'ai examiné la transcription des audiences qui a amené l'arbitre à rendre la décision ici en cause. J'ai également tenu compte du long affidavit qui a été déposé pour le compte du ministre dans cette affaire. Enfin, j'ai tenu compte des motifs énoncés par l'arbitre à l'appui de la décision ici en cause, qui est jointe aux présents motifs. J'ai accordé une attention particulière à un bref passage tiré des motifs sur lesquels on a attiré mon attention pour le compte du ministre. Ce passage est ainsi libellé:

In conclusion, I am compelled to reject the arguments of counsel for the Minister of Citizenship and Immigration. In my view, to rule otherwise, would bring the administration of justice for this inquiry into disrepute. I also query why the Immigration department would compromise its *[sic]* position at the inquiry of Jaime Carrasco Varela by the submissions made in accordance with the Figueroa decision.

[29] While it is clear that the Adjudicator and counsel for the Minister were strongly in disagreement on submissions made on behalf of the Minister, and indeed expressed their disagreement in forceful language that might reasonably have been tempered on sober second thought, I am not satisfied on the totality of the material before me that the test for a reasonable apprehension of bias has here been satisfied.

#### CONCLUSION

[30] In the result, this application for judicial review will be dismissed. Unless an appeal is taken from my decision, and I will have more to say about that in the paragraphs that follow, the stay of the inquiry before the Adjudicator that was imposed by order of my colleague Mr. Justice Lemieux on 5 July, 2000 is lifted. The inquiry may then be resumed before the same or a different Adjudicator.

#### CERTIFICATION OF A QUESTION

[31] At the close of the hearing on this matter, I undertook to provide copies of my reasons to counsel in order to allow them an opportunity to consider whether or not to propose a question for certification if I were satisfied that certification of a question on my decision would be appropriate. I am satisfied that, if counsel were to propose a serious question of general importance, it would be appropriate to certify that question. In *Grandison v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,<sup>13</sup> Mr. Justice Strayer wrote at paragraph 5 of his reasons:

Not only is this position, that there can be no appeal of an interlocutory order in such proceedings without a question being certified, supported more clearly by the jurisprudence, it also appears to be more consistent with the purpose of subsection 83(1) of the *Immigration Act*. The obvious purpose of present sections 82.1 to 84 of the *Immigration Act* was to

[TRADUCTION] En conclusion, je me vois obligé de rejeter les arguments de l'avocat du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. À mon avis, rendre une autre décision aurait pour effet de discréditer l'administration de la justice dans cette enquête. Je me demande en outre pourquoi le ministère de l'Immigration compromettrait sa position, à l'enquête de Jaime Carrasco Varela, par suite d'observations faites conformément à la décision Figueroa.

[29] Il est clair que l'arbitre et l'avocat du ministre ne s'entendaient absolument pas sur les arguments qui ont été présentés pour le compte du ministre, et de fait qu'ils ont exprimé leur désaccord en des termes vigoureux qui auraient raisonnablement pu être tempérés après mûre réflexion, mais compte tenu de la totalité des éléments mis à ma disposition, je ne suis pas convaincu qu'il ait été satisfait au critère applicable à la question de la crainte raisonnable de partialité.

#### CONCLUSION

[30] Par conséquent, cette demande de contrôle judiciaire est rejetée. À moins qu'un appel ne soit interjeté contre ma décision, et j'aurai d'autres remarques à faire ci-dessous à ce sujet, la suspension de l'enquête de l'arbitre qui a été imposée par mon collègue le juge Lemieux dans l'ordonnance du 5 juillet 2000 est levée. L'enquête peut donc être reprise devant le même arbitre ou devant un arbitre différent.

#### CERTIFICATION D'UNE QUESTION

[31] À la fin de l'audition de la présente affaire, j'ai veillé à remettre des copies de mes motifs aux avocats pour leur donner la possibilité de déterminer s'ils devaient proposer une question à certifier s'ils étaient convaincus que la certification d'une question était appropriée. Je suis convaincu que, si les avocats proposaient la certification d'une question grave de portée générale, il serait approprié de certifier cette question. Dans l'arrêt *Grandison c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>13</sup>, M. le juge Strayer a dit ce qui suit, au paragraphe 5 de ses motifs:

Non seulement cette théorie — portant qu'il n'est pas possible d'interjeter appel d'une ordonnance interlocutoire dans une telle procédure si aucune question n'a été certifiée — est clairement étayée par la jurisprudence, mais encore elle semble plus compatible avec le but visé par le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*. Le but évident des articles

reduce the number of frivolous applications for judicial review and appeals from decisions in such cases. Subsection 83(1) was intended generally to make final the decision of the Trial Division, but allowed for the hearing of appeals on important issues which transcended the particular case. The obvious intent was to allow this Court to deal with, but only with, such issues as required to give the Trial Division general guidance where otherwise there might be inconsistencies between the judges of the Trial Division on a “serious question of general importance”. This clearly implies that appeals were not to be taken on issues peculiar to a given case such as procedural matters. Thus the limitation on the appeals of a “judgment” in subsection 83(1) must be taken to cover by implication all orders incidental to such a judgment.

[32] While my decision on the issues before me on this application for judicial review will clearly not be dispositive on the ultimate issue before the Adjudicator, it will equally clearly be dispositive on the issue of the Adjudicator’s jurisdiction. Thus, my decision will be a “final decision” on a question that I am satisfied is a serious question of general importance. Further, in the light of what I consider to be the uncertainty arising from the decisions of this Court, at both levels, in *Figuroa*, a decision of the Court of Appeal on an appropriate certified question arising out of my decision would give “general guidance where otherwise there might be inconsistencies between the judges of the Trial Division on a ‘serious question of general importance’”.

[33] These reasons will issue without, for the present, a corresponding order. Counsel will have seven days from the date of service of these reasons upon them to serve and file submissions with respect to certification of a question. An additional period of three days from the date of service of these submissions will be provided to the opposite party so that either party may serve and file reply submissions. Thereafter, an order will issue dismissing this application for judicial review as earlier provided in these reasons.

82.1 à 84 de la *Loi sur l’immigration* actuellement en vigueur consiste à réduire le nombre des demandes de contrôle judiciaire et des appels frivoles à l’encontre de décisions rendues dans des causes semblables. Le paragraphe 83(1) vise, de façon générale, à conférer un caractère définitif à la décision de la Section de première instance, tout en permettant la formation d’un appel sur des questions importantes qui transcendent une cause en particulier. Il est clair que le législateur avait l’intention de permettre à la Cour de trancher, à l’exclusion de toutes autres, les questions qui doivent être réglées pour guider la Section de première instance dans les cas où des divergences auraient autrement subsisté entre les juges de première instance sur une «question grave de portée générale». Il est clair que cette intention signifie implicitement qu’aucun appel ne peut être interjeté relativement à des questions propres à une instance en particulier, comme les questions de nature procédurale. Il faut donc interpréter la limite établie par le paragraphe 83(1) relativement aux appels d’un «jugement» comme applicable, implicitement, à toutes les ordonnances accessoires à un tel jugement.

[32] La décision que je rends sur les questions dont je suis saisi dans le cadre de cette demande de contrôle judiciaire ne règle clairement pas la question finale dont l’arbitre était saisi, mais elle réglera clairement la question de la compétence de l’arbitre. Ma décision est donc une «décision définitive» portant sur une question qui, j’en suis convaincu, est une question grave de portée générale. En outre, compte tenu de ce qui, selon moi, constitue une incertitude découlant des décisions rendues par la Cour dans l’affaire *Figuroa*, aux deux paliers d’instance, une décision de la Cour d’appel portant sur une question certifiée appropriée découlant de ma décision «guider[ait] la Section de première instance dans les cas où des divergences auraient autrement subsisté entre les juges de première instance sur une “question grave de portée générale”».

[33] Les présents motifs sont prononcés sans qu’une ordonnance connexe soit rendue pour le moment. Les avocats disposeront d’un délai de sept jours à compter de la date de la signification des présents motifs pour signifier et déposer des arguments au sujet de la certification d’une question. Un délai additionnel de trois jours commençant à courir à la date de signification de ces arguments est accordé à la partie adverse de façon à permettre à l’une ou l’autre partie de signifier et de déposer des arguments en réponse. Par la suite, une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire

## Editor's Note:

The following question was certified on March 1, 2002:

Does the exclusion of a Convention refugee under Article 1F(a) of the *Refugee Convention* mean it has been established that there are reasonable grounds to believe that the refugee status claimant has committed offences at international law under section 18(1)(j) of the *Immigration Act* so that an Adjudicator conducting an inquiry into allegations made under section 19(1)(j) of the *Act* would be bound by the Convention Refugee Determination Division's exclusion under Article 1F(a) of the *Convention*?

<sup>1</sup> (2000), 181 F.T.R. 242 (F.C.T.D.).

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by S.C. 2000, c. 24, s. 55].

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. C-46 [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 30, s. 1].

<sup>4</sup> S.C. 2000, c. 24, s. 42.

<sup>5</sup> 2001 FCA 112; [2001] F.C.J. No. 589 (C.A.) (QL).

<sup>6</sup> Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at p. 526.

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

<sup>8</sup> 2002 SCC 3; [2002] S.C.J. No. 1 (QL).

<sup>9</sup> See, for ex., s. 40.2 [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 32] of the Act.

<sup>10</sup> For a strong statement of the jurisdiction of an adjudicator, subject to s. 40.2, see s. 80.1(1) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 70] of the Act.

<sup>11</sup> (1990), 47 Admin. L.R. 317 (F.C.A.).

<sup>12</sup> [1978] 1 S.C.R. 369.

<sup>13</sup> (2000), 8 Imm. L.R. (3d) 130 (F.C.A.).

sera rendue, tel qu'il en a ci-dessus été fait mention dans ces motifs.

## Note de l'arrêtiste:

La question suivante a été certifiée le 1<sup>er</sup> mars 2002:

L'exclusion d'un réfugié au sens de la Convention en vertu de l'alinéa 1Fa) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés* signifie-t-elle qu'il a été établi qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'intéressé revendiquant le statut de réfugié a commis des infractions au droit international au sens de l'alinéa 19(1)(j) de la *Loi sur l'immigration*, de telle sorte que l'arbitre qui enquête sur les allégations fondées sur l'alinéa 19(1)(j) de la Loi serait lié par l'exclusion prononcée par la section du statut de réfugié en vertu de la section Fa) de l'alinéa 1Fa) de la Convention?

<sup>1</sup> (2000), 181 F.T.R. 242 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.C. 2000, ch. 24, art. 55].

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. C-46 [édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1].

<sup>4</sup> L.C. 2000, ch. 24, art. 42.

<sup>5</sup> 2001 CAF 112; [2001] A.C.F. n° 589 (C.A.) (QL).

<sup>6</sup> Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la p. 526.

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

<sup>8</sup> 2002 CSC 3; [2002] A.C.S. n° 1 (QL).

<sup>9</sup> Voir par ex. l'art. 40.2 [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 32] de la Loi.

<sup>10</sup> Pour un énoncé de la compétence de l'arbitre, sous réserve de l'art. 40.2, voir l'art. 80.1(1) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 70] de la Loi.

<sup>11</sup> (1990), 47 Admin. L.R. 317 (C.A.F.).

<sup>12</sup> [1978] 1 R.C.S. 369.

<sup>13</sup> (2000), 8 Imm. L.R. (3d) 130 (C.A.F.).

## SCHEDULE

By this ruling, a procedure will be established for the inquiry of Jamie Carrasco Varela based on the Federal Court decision, Trial Division, of Rony Danilo Figueroa and The Minister of Citizenship and Immigration. Mr. Justice Pinard J. stated at page 7 of this decision, "In my opinion, a finding that a refugee is excluded from the protection of the Convention under paragraph 1F(a) demonstrates that the first part of the test under paragraph 19(1)(j) of the Act has been fulfilled." It is argued by counsel for the Immigration department that the Figueroa decision is binding on me, that I must abide by the aforementioned comment and conclude that the first part of the test for paragraph 19(1)(j) has been met for the decision of this inquiry. Mr. MacIntosh acknowledges that the second prong of this allegation is not established by the exclusion clause, being if the subject's acts constitute an offence under Canadian law.

I readily appreciate the significance of jurisprudence established by any superior court and its binding effect on Adjudicators for decisions at inquiries and detention reviews. If I accept as merit worthy however the arguments advanced by counsel for the Minister of Citizenship and Immigration, it would seem that the ruling in Figueroa is in conflict with a decision of this same court in the case of Minister of Citizenship and Immigration and Jose Adalberto Salinas-Mendoza. Mr. Justice Noël J. made the following statements in this decision which demonstrate my concerns: "I have concluded that the order of the Adjudicator releasing the respondent from custody should be quashed, and that the matter should be sent back for rehearing before the different adjudicator. In my view, the Adjudicator abdicated her role in some essential aspects in the face of the decision of the Provincial Court of British Columbia to release the respondent, pending the hearing of the sexual assault charge laid against him. If, as the Adjudicator indicated, she was satisfied that the terms of the release ordered by the provincial court made it unlikely that the respondent would pose a danger to the public, she, at the very least, had to make those terms part of the order which she issued in the purported exercise of her jurisdiction under the Immigration. This error is symptomatic of a more fundamental error, namely the excessive deference which the Adjudicator exhibited towards the decision of the provincial court and the consequential failure, on her part, to focus on the specific authority which

## [TRADUCTION]

## ANNEXE

Par cette décision, une procédure sera établie pour l'enquête concernant Jamie Carrasco Varela, compte tenu de la décision rendue par la Section de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire Rony Danilo Figueroa et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. À la page 8 de cette décision, M. le juge Pinard a dit ce qui suit: «Je pense que conclure à l'exclusion d'un réfugié de la protection de la Convention en vertu de l'alinéa 1Fa) démontre que le premier volet du test prévu à l'alinéa 19(1)j) de la Loi a été rempli.» L'avocat du ministère de l'Immigration soutient que la décision Figueroa me lie, que je dois me conformer à la remarque précitée et que je dois conclure qu'il a été satisfait à la première partie du critère qui s'applique à l'alinéa 19(1)j) aux fins de la décision rendue dans cette enquête. M<sup>e</sup> MacIntosh reconnaît que le deuxième volet de cette allégation n'est pas établi par la clause d'exclusion, en ce qui concerne la question de savoir si les actes de l'intéressé constituent une infraction au droit canadien.

Je me rends bien compte de l'importance de la jurisprudence établie par une cour supérieure et du fait que cette jurisprudence lie les arbitres qui rendent des décisions dans le cadre d'une enquête et de l'examen de la question de la détention. Toutefois, si je reconnais le bien-fondé des arguments avancés par l'avocat du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, il semble que la décision qui a été rendue dans l'affaire Figueroa contredise une décision rendue par la même cour dans l'affaire Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Jose Adalberto Salinas-Mendoza. Dans cette décision, M. le juge Noël a fait les remarques suivantes, qui démontrent mes préoccupations: «Je suis arrivé à la conclusion que l'ordonnance de l'arbitre mettant en liberté l'intimé devait être annulée, et que l'affaire devait être renvoyée pour une nouvelle audience devant un autre arbitre. [ . . . ] À mon avis, l'arbitre a refusé, au vu de la décision rendue par la Provincial Court of British Columbia de libérer l'intimé en attendant son procès pour agression sexuelle, de jouer son rôle relativement à certains aspects essentiels. Si, comme l'indique l'arbitre, elle était convaincue que les conditions de libération imposées par la cour provinciale rendaient improbable que l'intimé constitue une menace pour la sécurité publique, elle se devait, à tout le moins, d'incorporer ces conditions dans l'ordonnance qu'elle a rendue dans le cours de ce qu'elle a présenté comme l'exercice de sa compétence en vertu de la Loi sur l'immigration. [ . . . ] Cette erreur laisse entrevoir une erreur



she was called upon to exercise. Properly understood, while his decision was of interest to the Adjudicator, it had little relevance to the particular decision which she had to make in the context of the review proceeding before her. In my view, the Adjudicator committed a reviewable error in treating the decision of Judge Smyth as determinative of the issue which she had to decide. She committed a further error in deferring to his decision in the belief that he was more apt, or better positioned jurisdictionally, to assess the potential risk to the public. In so doing, she failed to bring her own independent mind to bear on the issue which she had to decide.”

I acknowledge that the decision of Salinas-Mendoza differs from that of Figueroa, the first being a detention review under the Immigration Act and the second an administrative decision by an immigration officer on an application for landing. This inquiry is also distinguished from the aforementioned. What is clear however, from the judge’s comments in Salinas-Mendoza is the independence of the adjudicator, the necessity to base all decisions strictly on the evidence and to not abdicate this responsibility in any manner. Thus, to accept the argument advanced by Mr. MacIntosh, I must be able to reconcile the ruling in the Figueroa decision with that of Salinas-Mendoza by reference to the issue of Figueroa, the context in which the comments for that decision are made and a discussion of case law.

The issue of Figueroa is a decision rendered the 24 February 1999 by Gilles Deslauriers, an immigration officer with Citizenship and Immigration Canada, denying landing to the applicants because one of the persons included in the application is a person described in paragraph 19(1)(j) of the Immigration Act.

After carefully analyzing the Figueroa decision, I am of the view that all comments are made only in the context of an

plus fondamentale, nommément l’excessive déférence montrée par l’arbitre à l’endroit de la décision rendue par la cour provinciale, et qui a entraîné son incapacité à se concentrer sur les pouvoirs spécifiques qu’elle se devait d’exercer. [. . .] Bien comprise et quoique intéressante pour l’arbitre, cette décision n’avait que peu de pertinence dans la décision spécifique qu’elle devait rendre dans le contexte de la procédure d’examen à laquelle elle présidait. À mon avis, l’arbitre a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en considérant que la décision du juge Smyth tranchait la question sur laquelle elle devait elle-même rendre une décision. Elle a commis une autre erreur en faisant preuve de déférence à l’égard de cette décision, croyant à tort que le juge Smyth était plus apte, ou que sa compétence le plaçait dans une meilleure position qu’elle, pour évaluer les risques pour le public. Ce faisant, elle a omis de se faire sa propre opinion de la question qu’elle devait trancher.»

Je reconnais que la décision qui a été rendue dans l’affaire Salinas-Mendoza est différente de celle qui a été rendue dans l’affaire Figueroa puisqu’elle se rapportait à un examen de la question de la détention effectué en vertu de la Loi sur l’immigration alors que la décision Figueroa se rapportait à une décision administrative prise par un agent d’immigration au sujet d’une demande de droit d’établissement. Or, la présente enquête est également différente de celle dont il a ci-dessus été fait mention. Toutefois, il ressort clairement des remarques que le juge a faites dans la décision Salinas-Mendoza que l’arbitre est indépendant, que toutes les décisions doivent être strictement fondées sur la preuve et qu’il ne faut absolument pas renoncer à cette responsabilité. Pour retenir l’argument avancé par M<sup>e</sup> MacIntosh, je dois donc être en mesure de concilier la décision qui a été rendue dans l’affaire Figueroa et celle qui a été rendue dans l’affaire Salinas-Mendoza par rapport à la question qui se posait dans l’affaire Figueroa, tenir compte du contexte dans lequel les remarques ont été faites dans cette décision et examiner la jurisprudence.

La question qui se posait dans l’affaire Figueroa découlait d’une décision par laquelle Gilles Deslauriers, agent d’immigration à Citoyenneté et Immigration Canada, avait rejeté, le 24 février 1999, la demande de droit d’établissement présentée par les demandeurs parce que l’une des personnes incluses dans la demande était une personne visée à l’alinéa 19(1)(j) de la Loi sur l’immigration.

J’ai minutieusement analysé la décision Figueroa et je suis d’avis que toutes les remarques sont uniquement faites dans le

immigration officer's authority under the Act. Mr. Justice Pinard J., in addressing paragraphs 19(1)(j) and subsection 46.04(3) states "In fact, the language of subsection 46.04(3) of the Act is clear and expressly gives the immigration officer the power to grant landing to any applicant and to any dependent for whom landing is sought if he is satisfied that neither the applicant nor any of those dependents is a person described in, for example, paragraph 19(1)(j) of the Act. In the instant case, the decision at issue refers only to the application for permanent residency made by the applicant wife and in no way constitutes a removal order. The power of decision granted an immigration officer under subsection 46.04(3) of the Act is not implicit but express and clearly defined by the provision which, moreover, contains no expression of any intention by Parliament to involve an adjudicator as well."

There is also reference in *Figueroa* to the Federal Court decision of *Kaisersingh et al. v. Canada* wherein the distinction is made between an application for permanent residence and a process for removing a person from Canada. According to this decision, to remove an applicant from Canada, an inquiry will have to be undertaken and the adjudicator will have to agree that the applicants are not entitled to remain in Canada. This however does not mean that the immigration officer was without jurisdiction to make a decision in the context of reviewing and deciding the applicants application for admission.

Given the aforementioned, I must conclude that the judge's comment on page 7 paragraph 15 of the *Figueroa* decision is also made in the same context indicated above. Mr. Justice Pinard discusses, in the remaining paragraphs, the determination of the Refugee Division, reasons of its finding that the male applicant was subject to the 1F(a) exclusion clause, and that no application had been made to the court in opposition to this decision. In *Figueroa*, it is never understood from comments of Mr. Justice Pinard that a nexus exists between the authority of an immigration officer and an adjudicator under the Act. Finally, the evidence for deciding the second prong of the 19(1)(j) test is addressed to confirm the reasonableness of the immigration officer's decision and to justify dismissing the application for judicial review.

What remains to be considered is the impact of case law on the arguments advanced by the Minister's representative.

contexte du pouvoir que possède un agent d'immigration en vertu de la Loi. En examinant l'alinéa 19(1)j) et le paragraphe 46.04(3), M. le juge Pinard dit ce qui suit: «En effet, les termes du paragraphe 46.04(3) de la Loi sont clairs et confèrent expressément à l'agent d'immigration le pouvoir d'accorder le droit d'établissement à l'intéressé et aux personnes à sa charge visées par la demande, s'il est convaincu qu'aucun d'entre eux n'est visé, notamment, à l'alinéa 19(1)j) de la Loi. Ici, la décision en cause fait uniquement référence à la demande de résidence permanente faite par l'épouse demanderesse et ne constitue en rien une mesure de renvoi. Le pouvoir décisionnel accordé à un agent d'immigration sous le paragraphe 46.04(3) de la Loi n'est pas implicite, mais au contraire exprès et clairement défini par la disposition qui, par ailleurs, n'exprime en rien la volonté du Parlement d'impliquer en outre un arbitre.»

Dans la décision *Figueroa*, il est également fait mention de la décision rendue par la Cour fédérale dans l'affaire *Kaisersingh et autres c. Canada*, où une distinction est faite entre une demande de résidence permanente et une mesure de renvoi. Selon cette décision, pour qu'un demandeur puisse être renvoyé du Canada, il faut mener une enquête et l'arbitre doit être d'avis que le demandeur n'a pas le droit de rester au Canada. Toutefois, cela ne veut pas dire que l'agent d'immigration n'avait pas la compétence voulue pour rendre une décision dans le contexte de l'examen de la demande d'admission des demandeurs et de la décision y afférente.

Compte tenu des remarques qui précèdent, je dois conclure que les remarques que le juge a faites au paragraphe 15, page 8, de la décision *Figueroa* sont faites dans le même contexte que celui dont il a ci-dessus été fait mention. Dans les autres paragraphes, le juge Pinard a examiné la décision rendue par la section du statut de réfugié, les motifs de la conclusion selon laquelle le demandeur était visé par la clause d'exclusion figurant à l'alinéa Fa) de l'article premier, et il a tenu compte du fait qu'aucune demande n'avait été présentée à la Cour contre cette décision. Dans la décision *Figueroa*, les remarques du juge Pinard ne montrent jamais l'existence d'un lien entre le pouvoir conféré à l'agent d'immigration et le pouvoir conféré à l'arbitre en vertu de la Loi. Enfin, la preuve relative au deuxième volet du critère applicable à l'alinéa 19(1)j) vise à confirmer le caractère raisonnable de la décision de l'agent d'immigration et à justifier le rejet de la demande de contrôle judiciaire.

Il reste à examiner l'effet de la jurisprudence sur les arguments avancés par le représentant du ministre.

In my view, the jurisprudence before this hearing does not support the position of Mr. MacIntosh. As I understand this case law, it addresses primarily questions of law. For example, in the Federal Court decisions of “Moreno vs. Canada” and “Ramirez and The Minister of Employment and Immigration” the essential elements of paragraph 19(1)(j) are analyzed and rulings are made for them to be properly interpreted. Also understood is that because of the principles of “stare decisis” and “judicial comity” courts of equal superiority will usually be in agreement with decisions relating to questions of law to maintain consistency within the judicial process. The Federal Court decision of “Mansour Ahani and the Minister of Citizenship and Immigration” is another example of this principle.

It is clear from the Figueroa decision, that the immigration officer’s mandate for subparagraph 46.04(3) of the Act is to determine administratively only questions of fact. The options available to this officer under this provision are to grant landing to the applicant or to deny this privilege based strictly on information available to him. An adjudicator of Immigration law, on the other hand, in deciding an allegation for an inquiry, must consider both questions of law and fact. The alleged crimes against humanity of Mr. Carrasco Varela involve primarily questions of fact to be resolved. It cannot be argued that evidence of this nature may not be amended from one moment in time to the next. This explains how a person convicted of offences 10 years ago can be exonerated at future proceedings. It is equally true that decisions turn on an assessment of credibility or on who is the presiding at the hearing. In other words, evidence involving questions of fact may be analyzed and determined from opposite perspectives by various decision makers. If the person concerned is denied an opportunity at this inquiry of responding to paragraph 19(1)(j) of the Immigration Act, I, as the decision maker, am placed in same position as the immigration officer under subparagraph 46.04(3). An independent assessment of evidence will be unavailable to me. I will likely be obligated to issue a deportation order to the subject based on a decision of the Refugee Division, which I may or may not be in agreement with. Proceeding in this fashion could jeopardize Mr. Varela’s section 7 Charter right, specifically, the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except by an application of the principles of fundamental justice.

À mon avis, la jurisprudence soumise dans le cadre de la présente audience n’étaye pas la position avancée par M<sup>e</sup> MacIntosh. Selon l’interprétation que je leur donne, ces arrêts portent principalement sur des questions de droit. Ainsi, dans les décisions rendues par la Cour fédérale dans les affaires Moreno c. Canada et Ramirez et le ministre de l’Emploi et de l’Immigration, les éléments essentiels de l’alinéa 19(1)j) sont analysés et des décisions sont rendues pour que ces éléments soient interprétés de la façon appropriée. Il est également reconnu que, compte tenu des principes du «*stare decisis*» et de la «courtoisie judiciaire», les tribunaux d’une instance donnée sont habituellement d’accord en ce qui concerne les décisions portant sur des questions de droit, de façon à assurer l’uniformité au sein du système judiciaire. La décision rendue par la Cour fédérale dans l’affaire «Mansour Ahani et le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration» illustre également ce principe.

Il ressort clairement de la décision Figueroa que le mandat conféré à l’agent d’immigration pour l’application du paragraphe 46.04(3) de la Loi consiste à déterminer sur le plan administratif uniquement des questions de fait. En vertu de cette disposition, l’agent peut accorder le droit d’établissement au demandeur ou lui refuser ce privilège en se fondant strictement sur les renseignements mis à sa disposition. D’autre part, en matière d’immigration, l’arbitre qui se prononce sur une allégation dans le cadre d’une enquête doit examiner tant des questions de droit que des questions de fait. Les crimes contre l’humanité allégués contre M. Carrasco Varela donnent principalement lieu à la détermination de questions de fait. On ne saurait soutenir qu’une preuve de cette nature ne peut pas être modifiée au fil du temps. Cela explique comment une personne qui a été déclarée coupable d’infractions commises dix ans auparavant peut être exonérée dans des procédures futures. Il est également vrai que les décisions dépendent d’une appréciation de la crédibilité ou du président de l’audience. En d’autres termes, la preuve se rapportant à des questions de fait peut être analysée et appréciée par divers décideurs selon des perspectives opposées. Si la personne à laquelle s’appliquerait l’alinéa 19(1)j) de la Loi sur l’immigration se voit refuser la possibilité de répondre dans le cadre de cette enquête, je suis placé, en ma qualité de décideur, dans la même situation que l’agent d’immigration en vertu du paragraphe 46.04(3). Je ne pourrais pas effectuer une appréciation indépendante de la preuve. Je serai probablement obligé de prendre une mesure d’expulsion en me fondant sur une décision de la section du statut de réfugié à laquelle je ne souscris peut-être pas. Procéder ainsi pourrait compromettre le droit reconnu à

In conclusion, I am compelled to reject the arguments of counsel for the Minister of Citizenship and Immigration. In my view, to rule otherwise, would bring the administration of justice for this inquiry into disrepute. I also query why the Immigration department would compromise its position at the inquiry of Jaime Carrasco Varela by the submissions made in accordance with the Figueroa decision. Notwithstanding this concern however, evidence, may be presented in any manner deemed appropriate. If it is believed that the decision of the Refugee Division suffices for the same ruling to be made concerning the first segment of paragraph 19(1)(j) of the Act, counsel for the Minister may choose to rely strictly on documentary evidence before this inquiry which has been provided in disclosure. I, on the other hand, will permit the presentation of all evidence relevant to paragraph 19(1)(j), as I am required to do under the authority of the Act.

M. Varela par l'article 7 de la Charte, plus précisément le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et le droit de n'en être privé qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

En conclusion, je me vois obligé de rejeter les arguments de l'avocat du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. À mon avis, rendre une autre décision aurait pour effet de discréditer l'administration de la justice dans cette enquête. Je me demande en outre pourquoi le ministère de l'Immigration compromettrait sa position, à l'enquête de Jaime Carrasco Varela, par suite d'observations faites conformément à la décision Figueroa. Toutefois, malgré tout, la preuve peut être présentée de toute façon jugée appropriée. Si l'on croit que la décision de la section du statut de réfugié suffit pour que la même décision soit rendue au sujet du premier volet de l'alinéa 19(1)j) de la Loi, l'avocat du ministre peut décider de se fonder strictement sur la preuve documentaire dont nous disposons ici, laquelle a été fournie lors de la communication préalable. D'autre part, j'autoriserai la présentation de tout élément de preuve se rapportant à l'alinéa 19(1)j), étant donné que la Loi m'oblige à le faire.

T-593-00  
2002 FCT 221

T-593-00  
2002 CFPI 221

**Arjen Pellikaan (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

**INDEXED AS: PELLIKAAN v. CANADA (T.D.)**

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, February 25 and 27, 2002.

*Practice — Pleadings — Motion to Strike — Dairy farm, cheese-making operation closed down for failure to process and pasteurize in accordance with B.C. Milk Industry Act — Plaintiff alleging discrimination, contrary to Charter, conspiracy, breaches of contract, misrepresentation, trespass, illegal seizures — Case law on striking out pleadings reviewed — Deficient pleading — Lack of material facts — Inability to provide particulars — Proceeding fundamentally vexatious, displaying no reasonable cause of action — No possibility of curative amendment.*

The plaintiff operated a substantial dairy farm and cheese-making operation near Chilliwack, B.C. His enterprise was closed down in 1990 for failure to process and pasteurize his milk and dairy products in accordance with the *Milk Industry Act* of British Columbia. In essence, the plaintiff alleges that the Canadian Dairy Commission and the British Columbia Milk Marketing Board have discriminated against him, contrary to the Charter, the laws of Canada, international laws and the Free Trade Agreement. He also alleged conspiracy, breaches of contract, misrepresentation, trespass and illegal seizures. The present motion to strike out the statement of claim arises out of deficient pleading, an inability to provide particulars and a Trial Division order of January 2002 concluding that, in the absence of further and better particulars, counsel for the Minister should bring the present application.

*Held*, the action should be struck out, without leave to amend, and should be dismissed.

The defendant did not move to strike out the proceeding by reason of a breach of the order requiring those particulars.

**Arjen Pellikaan (demandeur)**

c.

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)**

**RÉPERTORIÉ: PELLIKAAN c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 25 et 27 février 2002.

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Une ferme laitière et une entreprise de fabrication de fromage avaient été fermées parce que le lait et les produits laitiers n'étaient pas transformés et pasteurisés conformément à la Milk Industry Act de la Colombie-Britannique — Le demandeur avait allégué la discrimination, en violation de la Charte, ainsi qu'un complot, des ruptures de contrat, des fausses déclarations, l'intrusion et la saisie illégale — Examen de la jurisprudence sur la radiation des actes de procédure — Actes de procédure insuffisants — Absence de faits substantiels — Incapacité de fournir des précisions — La procédure était fondamentalement vexatoire et ne révélait aucune cause d'action valable — Aucune possibilité de modification réparatrice.*

Le demandeur exploitait une grosse ferme laitière et une entreprise de fabrication de fromage près de Chilliwack (Colombie-Britannique). L'entreprise a été fermée en 1990 parce que le lait et les produits laitiers du demandeur n'étaient pas transformés et pasteurisés conformément à la *Milk Industry Act* de la Colombie-Britannique. Le demandeur allègue fondamentalement que la Commission canadienne du lait et le Milk Marketing Board de la Colombie-Britannique ont agi d'une façon discriminatoire envers lui, en violation de la Charte, des lois canadiennes, des lois internationales et de l'Accord de libre-échange. Il a également allégué un complot, des ruptures de contrat, des fausses déclarations, l'intrusion et la saisie illégale. La présente requête visant la radiation de la déclaration découle d'un acte de procédure insuffisant, de l'incapacité de fournir des précisions et de l'ordonnance rendue par la Section de première instance au mois de janvier 2002, dans laquelle il avait été conclu qu'en l'absence de précisions supplémentaires, l'avocate du ministre devait présenter la demande ici en cause.

*Jugement*: l'action est radiée et rejetée sans autorisation de la modifier.

La défenderesse n'a jamais demandé la radiation de la procédure en raison de l'inobservation de l'ordonnance

Instead, the defendant tackles the propriety of the action on its merits, largely on the basis of a lack of particulars, which might allow the action to be understood and properly defended.

Some British Columbia Supreme Court cases set out clear basic principles on proper pleading, and provides useful, interesting and relevant perspective from outside Federal Court case law. It is a perspective completely applicable in considering rule 174 of the *Federal Court Rules, 1998* (every pleading shall contain a concise statement of the material facts on which the party relies) and proper pleading. The idea that a pleading must contain material facts is fundamental to the law of pleading: *Homalco Indian Band v. British Columbia* (1998), 25 C.P.C. (4th) 107 (B.C.S.C.). The rules governing pleading are designed not only to enable the defendant to understand the claim, but also to allow him to make a reasoned and intelligent response.

Throughout the statement of claim, the plaintiff failed to specify the Charter provision, or any other statutory provision, or international law, which he says was breached or relied upon. He also failed, especially with respect to the claim of conspiracy, to state material facts on which he relied, or to provide the necessary particulars.

In sum, the statement of claim is so general and all-encompassing, yet so bereft of particulars, that the defendant would be unable to draft any useful and instructive answer, in short, a vexatious proceeding, a proceeding which even the Court would have difficulty controlling. It is therefore a fundamentally vexatious proceeding. Also, the statement of claim contains so many varied allegations, without specifics, that it would be near impossible for a court either to properly regulate a trial or to transmute the various allegations into remedies. As such it is an abuse of the system and should be struck out. Finally, it does not set out any reasonable causes of action.

Here, the statement of claim is so broad and so general that no amendment would seem to be of any assistance. This is all the more so in that the plaintiff has been unable to particularize any of the broad assertions. Thus the statement of claim is struck out without leave to amend.

The action should be dismissed. Here, in a sense, the particulars detract from the statement of claim because the plaintiff was unable, despite a specific direction and a court order, to provide any particulars at all. That being the case, the

exigeant ces précisions. La défenderesse conteste plutôt le bien-fondé de l'action, en se fondant en bonne partie sur le fait qu'il n'y a pas suffisamment de précisions pour lui permettre de comprendre l'action et de présenter une défense acceptable.

Certaines décisions de la Cour suprême de la Colombie-Britannique énoncent des principes fondamentaux clairs au sujet de la question de l'acte de procédure approprié, et fournissent une perspective utile, intéressante et pertinente indépendamment de la jurisprudence de la Cour fédérale. Il s'agit d'une perspective qui est tout à fait pertinente en ce qui concerne la règle 174 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* (tout acte de procédure contient un exposé concis des faits substantiels sur lesquels la partie se fonde) et la question de l'acte de procédure approprié. L'idée selon laquelle un acte de procédure doit énoncer des faits substantiels est fondamentale en ce qui concerne le droit relatif aux actes de procédure: *Homalco Indian Band v. British Columbia* (1998), 25 C.P.C. (4th) 107 (C.S.C.-B.). Les règles régissant les actes de procédure visent non seulement à permettre à la défenderesse de comprendre la demande, mais aussi à lui permettre de donner une réponse motivée intelligente.

Dans la déclaration, le demandeur n'a pas mentionné une disposition précise de la Charte, ou une autre disposition législative, ou encore une disposition du droit international, qui aurait selon lui été violée ou sur laquelle il se fondait. Il a également omis, en particulier en ce qui concerne l'allégation de complot, d'énoncer les faits substantiels sur lesquels il se fondait ou de fournir les précisions nécessaires.

En somme, la déclaration est si générale et si englobante, tout en étant dépourvue de précisions, que la défenderesse ne serait pas en mesure de rédiger une réponse utile instructive; bref, il s'agit d'une procédure vexatoire, une procédure sur laquelle la Cour elle-même aurait de la difficulté à exercer un contrôle. Il s'agit donc d'une procédure fondamentalement vexatoire. De plus, la déclaration renferme tant d'allégations diverses, sans précisions, qu'il serait presque impossible pour un tribunal de régler l'instruction de la façon appropriée ou de transformer les diverses allégations en réparations. Partant, cela constitue un abus du système et la procédure devrait être radiée. Enfin, la déclaration n'énonce aucune cause d'action valable.

En l'espèce, la déclaration a une portée si étendue et générale qu'aucune modification ne semblerait utile. C'est d'autant plus le cas que le demandeur n'a pas pu donner de précisions au sujet des assertions générales. La déclaration est donc radiée, sans autorisation de la modifier.

L'action devrait être rejetée. Dans ce cas-ci, les précisions altèrent d'une certaine façon la déclaration parce que, même si une directive précise a été donnée et même si une ordonnance a été rendue par la Cour, le demandeur n'a pu

defendant ought not to be left exposed to the possibility of the plaintiff bringing a similar general and unfounded action in the future. This is all the more the case given that this matter has already been litigated, in one form or another, in the B.C. Supreme Court.

fournir aucune précision. Cela étant, la défenderesse ne devrait pas être exposée à la possibilité que le demandeur intente une action générale non fondée similaire dans l'avenir, d'autant plus que cette affaire a déjà été débattue, sous une forme ou une autre, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

#### 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 Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 174.  
*Milk Industry Act*, R.S.B.C. 1979, c. 258.  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Apotex Inc. v. Hoffman-La Roche Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 117 (F.C.T.D.); *Chalet Bar B-Q (Canada) Inc. v. Foodcorp Ltd.* (1982), 47 N.R. 172 (F.C.A.); *Nourhaghghi v. Canada*, [1998] F.C.J. No. 1727 (F.C.A.); *Guetta v. The Queen* (1974), 17 C.P.R. (2d) 31 (F.C.T.D.); *Bruce v. Odhams Press Ltd.*, [1936] 1 K.B. 697 (C.A.); *Homalco Indian Band v. British Columbia* (1998), 25 C.P.C. (4th) 107 (B.C.S.C.); *Kelly Lake Cree Nation v. Canada*, [1998] 2 F.C. 270; (1997), 140 F.T.R. 9 (T.D.); *Murray v. Public Service Commission of Canada* (1978), 21 N.R. 230 (F.C.A.); *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; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Glaxo Canada Inc. v. Department of National Health & Welfare* (1987), 15 C.P.R. (3d) 1; 111 F.T.R. 121 (F.C.T.D.); *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; (1983), 145 D.L.R. (3d) 385; [1983] 6 W.W.R. 385; 21 B.L.R. 254; 24 C.C.L.T. 111; 72 C.P.R. (2d) 1; 47 N.R. 191; *Temperton v. Russell and Others* (1893), 9 T.L.R. 319 (C.A.).

#### AUTHORS CITED

Fraser, Peter G. and John W. Horn. *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*. Vancouver: Butterworths, 1994.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15(1).  
*Milk Industry Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 258.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 174.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Apotex Inc. c. Hoffman-La Roche Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 117 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Chalet Bar B-Q (Canada) Inc. c. Foodcorp Ltd.* (1982), 47 N.R. 172 (C.A.F.); *Nourhaghghi c. Canada*, [1998] A.C.F. n° 1727 (C.A.F.); *Guetta c. La Reine* (1974), 17 C.P.R. (2d) 31 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bruce c. Odhams Press Ltd.*, [1936] 1 K.B. 697 (C.A.); *Homalco Indian Band v. British Columbia* (1998), 25 C.P.C. (4th) 107 (C.S.C.-B.); *Nation Crie de Kelly Lake c. Canada*, [1998] 2 C.F. 270; (1997), 140 F.T.R. 9 (1<sup>re</sup> inst.); *Murray c. Commission de la Fonction publique du Canada* (1978), 21 N.R. 230 (C.A.F.); *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; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Glaxo Canada Inc. c. Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social* (1987), 15 C.P.R. (3d) 1; 111 F.T.R. 121 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; (1983), 145 D.L.R. (3d) 385; [1983] 6 W.W.R. 385; 21 B.L.R. 254; 24 C.C.L.T. 111; 72 C.P.R. (2d) 1; 47 N.R. 191; *Temperton v. Russell and Others* (1893), 9 T.L.R. 319 (C.A.).

#### DOCTRINE

Fraser, Peter G. and John W. Horn. *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*. Vancouver: Butterworths, 1994.

MOTION to strike out the statement of claim arising out of a deficient pleading, an inability to provide particulars and a January 15, 2002 order of Mr. Justice Rouleau inviting counsel for the Minister, if further and better particulars were not provided, to bring the present motion. The action is struck out and dismissed, without leave to amend.

APPEARANCES:

No one appearing on behalf of plaintiff.  
*Shirley Parks* for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

[1] HARGRAVE P.: The present motion to strike out the statement of claim arises out of a deficient pleading, an inability to provide particulars and the 15 January 2002 order of Mr. Justice Rouleau. In that order Mr. Justice Rouleau, in the absence of further and better particulars, invited counsel for the Minister to bring the present application.

[2] On hearing counsel for the Minister and on considering the material and the circumstances, the plaintiff having advised the Court through an intermediary that he would not participate, the action is struck out and dismissed, without leave to amend.

BACKGROUND

[3] By way of background the plaintiff, who sets out that he operated a substantial dairy farm and cheese-making operation near Chilliwack, had his enterprise closed down in 1990. At that time the Attorney General and the Minister of Health for the Province of British Columbia, obtained interim and permanent restraining orders, in B.C. Supreme Court proceedings, preventing Mr. Pellikaan from selling, distributing and supplying milk and dairy products which had not been processed and pasteurized in accordance with the *Milk Industry*

REQUÊTE en radiation de la déclaration découlant d'un acte de procédure insuffisant, de l'incapacité de fournir des précisions et de l'ordonnance rendue par M. le juge Rouleau le 15 janvier 2002, invitant l'avocate du ministre, en l'absence de précisions supplémentaires, à présenter la demande ici en cause. L'action est radiée et rejetée, sans autorisation de la modifier.

ONT COMPARU:

Personne n'a comparu pour le demandeur.  
*Shirley Parks* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Cette requête visant la radiation de la déclaration découle d'un acte de procédure insuffisant, de l'incapacité de fournir des précisions et de l'ordonnance rendue par M. le juge Rouleau le 15 janvier 2002. Dans cette ordonnance, le juge Rouleau, en l'absence de précisions supplémentaires, a invité l'avocate du ministre à présenter la demande ici en cause.

[2] L'avocate du ministre ayant été entendue, les documents et circonstances ayant été pris en considération et le demandeur ayant informé la Cour par l'entremise d'un représentant qu'il ne participerait pas à l'instance, l'action est radiée et rejetée sans autorisation de la modifier.

HISTORIQUE

[3] En ce qui concerne l'historique de l'affaire, le demandeur, qui déclare qu'il exploitait une grosse ferme laitière et une entreprise de fabrication de fromage près de Chilliwack, a dû mettre fin à son entreprise en 1990. En effet, le procureur général et le ministre de la Santé de la Colombie-Britannique avaient alors obtenu des ordonnances restrictives provisoires et permanentes dans une instance engagée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ces ordonnances empêchant M. Pellikaan de vendre, de distribuer et de fournir du



*Act*, R.S.B.C. 1979, c. 258 and related regulations.

[4] This action, commenced 23 March 2000, is similar to an earlier Federal Court action of the plaintiff, T-1283-97 which was, several years ago, dismissed for delay. The present statement of claim is difficult to read and to understand, however its thrust seems to be that the Canadian Dairy Commission and the British Columbia Milk Marketing Board have discriminated against the plaintiff, contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], the laws of Canada, international laws and the Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2]. This generalization does not take into account claims of discrimination and conspiracy on the part of the City of Vancouver, the City of Vancouver Police Department, the Provincial Ministry of Health, East Chilliwack Co-op Association, a Vancouver law firm, the Law Society of British Columbia and a testing laboratory: the Court, in this instance, has no jurisdiction over those entities who are not parties to the action and thus I do not need to consider the allegations against them.

[5] This action came up for status review in April of 2001. At that time Mr. Pellikaan was ill but indicated that he could, within 45 days of the request, serve a notice of application for a pre-trial conference. By case management order of 5 July 2001, Mr. Pellikaan and Crown counsel were, by the end of July, to file a schedule. Only counsel for the Crown submitted a schedule, which led to a pre-trial conference requisition not later than 21 September 2001. The schedule having been ignored by the plaintiff, I set a pre-trial conference for 6 December 2001. On the 6th of December it became apparent that setting a trial date was premature,

lait et des produits laitiers qui n'avaient pas été transformés et pasteurisés conformément à la *Milk Industry Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 258 et à son règlement d'application.

[4] Cette action, qui a été intentée le 23 mars 2000, est semblable à une action antérieure intentée par le demandeur devant la Cour fédérale dans le dossier T-1283-97, laquelle a été rejetée pour cause de retard il y a plusieurs années. La présente déclaration est difficile à lire et à comprendre, mais il semble y être fondamentalement allégué que la Commission canadienne du lait et le Milk Marketing Board de la Colombie-Britannique ont agi d'une façon discriminatoire envers le demandeur, en violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], des lois canadiennes, des lois internationales et de l'Accord de libre-échange [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2]. Cette description générale ne tient pas compte des allégations de discrimination et de complot de la part de la ville de Vancouver, du service de police de la ville de Vancouver, du ministère provincial de la Santé, de l'East Chilliwack Co-op Association, d'un cabinet d'avocats de Vancouver, de la Law Society of British Columbia et d'un laboratoire d'essai: dans ce cas-ci, la Cour n'a pas compétence sur ces entités, qui ne sont pas parties à l'action, et je n'ai donc pas à tenir compte des allégations qui ont été faites contre elles.

[5] Cette action a fait l'objet d'un examen de l'état de l'instance au mois d'avril 2001. À ce moment-là, M. Pellikaan était malade, mais il a fait savoir qu'il pouvait, dans les 45 jours suivant la date de la demande, signifier un avis de demande en vue de la tenue d'une conférence préparatoire. Par une ordonnance relative à la gestion de l'instance en date du 5 juillet 2001, M. Pellikaan et l'avocate de la Couronne devaient déposer un calendrier avant la fin du mois de juillet. Or, seule l'avocate de la Couronne a soumis un calendrier, par suite duquel une demande devait être faite en vue de la tenue d'une conférence préparatoire au plus tard le

for neither production of documents nor examination for discovery had taken place. Moreover, the defendant had requested particulars, but the plaintiff had refused to respond. By a direction, arising out of the 6 December 2001 conference, the plaintiff was to file and serve particulars by close of Registry 11 January 2002.

[6] On 17 December 2001 I heard a motion, on behalf of the plaintiff, to set a trial date, to have future motions put before a judge and to require the defendant to provide particulars in relation to a future application for a federal licence to produce cheese in British Columbia, coupled with a motion to allow a lay person, Mr. Stromotich, to represent the plaintiff, from time to time, as would a lawyer acting as counsel. Those motions were denied. That order was apparently not appealed. However the plaintiff did appeal, among other matters, the 6 December 2001 Direction. Mr. Justice Rouleau, who heard that application, advised that directions were not appealable. He went on to consider the particulars which the plaintiff had delivered 11 January 2002 and wrote as follows:

I noted in the Direction that the Plaintiff was to produce particulars to the defendant in order for the Minister to be able to produce a Statement of Defence. This Direction was to be complied with by the 11<sup>th</sup> day of January 2002.

A copy of the "Particulars" was provided to the Minister on Friday the 11<sup>th</sup> day of January 2002 as directed.

The Crown produced the document referred to as "Particulars". I reviewed the document and am satisfied that it does not meet the requirements that would sufficiently enlighten counsel for the Minister to adequately prepare a Statement of Defence. It is merely an altered repetition of the Statement of Claim.

Primarily the Plaintiff is alleging breaches of the Charter but nowhere are the sections of the Statute or Regulations governing the Canadian Dairy Commission, the subject matter

21 septembre 2001. Le demandeur n'ayant pas tenu compte du calendrier, j'ai fixé au 6 décembre 2001 la date de la conférence préparatoire. Le 6 décembre, il est devenu apparent qu'il était prématuré de fixer la date de l'instruction puisque les documents n'avaient pas été produits et que l'interrogatoire préalable n'avait pas eu lieu. En outre, la défenderesse avait demandé des précisions, mais le demandeur avait refusé de répondre. Au moyen d'une directive donnée à la suite de la conférence du 6 décembre 2001, le demandeur devait déposer et signifier des précisions avant la fermeture des bureaux du greffe, le 11 janvier 2002.

[6] Le 17 décembre 2001, j'ai entendu une requête, qui avait été présentée pour le compte du demandeur et visait à faire fixer la date de l'instruction, à saisir un juge des requêtes futures et à obliger la défenderesse à fournir des précisions à l'égard d'une demande future visant l'obtention d'un permis fédéral de production de fromage en Colombie-Britannique, ainsi qu'une requête permettant à un profane, M. Stromotich, de représenter le demandeur, de temps en temps, comme le ferait un avocat inscrit au dossier. Ces requêtes ont été rejetées. Cette ordonnance n'a apparemment pas été portée en appel. Toutefois, le demandeur a entre autres choses interjeté appel contre la directive du 6 décembre 2001. Le juge Rouleau, qui a entendu cette demande, a fait savoir que les directives ne pouvaient pas être portées en appel. Il a ensuite examiné les précisions que le demandeur avait fournies le 11 janvier 2002 et il a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Dans la directive, j'ai fait remarquer que le demandeur devait fournir des précisions à la défenderesse afin de permettre au ministre de déposer une défense. Il fallait satisfaire à cette directive au plus tard le 11 janvier 2002.

Une copie des «Précisions» a été fournie au ministre le vendredi 11 janvier 2002, conformément à la directive.

La Couronne a produit le document désigné sous le nom de «Précisions». J'ai examiné le document et je suis convaincu qu'il n'est pas de nature à informer suffisamment l'avocate du ministre et à lui permettre de préparer une défense adéquate. On reprend simplement la déclaration en y ajoutant des modifications.

Le demandeur allègue fondamentalement que la Charte a été violée, mais il ne mentionne ou ne révèle nulle part les dispositions de la loi ou des règlements régissant la

of the challenge, referred to or disclosed. These are essential in order to allow defence counsel sufficient knowledge to adequately prepare a Statement of Defence. On two occasions before the Prothonotary this requirement was raised by counsel for the defendant and, I am advised, the Plaintiff was so instructed.

It is hereby ordered that further and better particulars be provided by the 31<sup>st</sup> day of January 2002. Failure to comply I invite counsel for the Minister to bring an application to strike the action.

The gist of all of this is that the plaintiff was to provide further and better particulars by 31 January 2002, failing which counsel for the Minister was invited to bring an application to strike out the action. No further and better particulars were provided. Here I do not believe that the plaintiff was unwilling to provide further and better particulars, for not only did he agree, quite readily at an earlier case management conference to provide the initial set of particulars, but also I do not attribute to him any perverse intent to ignore the order for further and better particulars. Rather the circumstances are consistent with an inability to provide particulars.

[7] There is one further piece of background information which I ought to touch upon. On 22 February 2002 the Department of Justice, in Vancouver, received a copy of a letter from a Mr. Stromotich, the letter being addressed to the Administrator of the Federal Court of Appeal in Ottawa. The Department of Justice provided the Federal Court in Vancouver with a copy of that letter. Previously Mr. Stromotich had, by a direction of 12 December 2001, reflected in an order of 19 December 2001, been denied permission to act as advocate for Mr. Pellikaan. Mr. Stromotich wrote, on 22 February 2002, to say many things, including that Mr. Pellikaan would not be appearing on the present motion. Mr. Stromotich also sought to determine whether the Court of Appeal wished him to file a motion, on behalf of Mr. Pellikaan, to stay proceedings in the Federal Court Trial Division. This gives rise to two relevant points. First, it is for a party to protect his or her interests in any litigation by taking

Commission canadienne du lait, ce qui fait l'objet de la contestation. Or, ces renseignements sont essentiels afin de permettre à l'avocate de la défense d'être suffisamment au courant de la situation pour être en mesure de préparer une défense adéquate. À deux reprises devant le protonotaire, cette exigence a été invoquée par l'avocate de la défense et on m'a informé que des directives en ce sens avaient été données au demandeur.

Il est par les présentes ordonné que des précisions supplémentaires soient fournies au plus tard le 31 janvier 2002. En cas d'inobservation, j'invite l'avocate du ministre à présenter une demande en vue de faire radier l'action.

Somme toute, le demandeur devait fournir des précisions supplémentaires au plus tard le 31 janvier 2002, à défaut de quoi l'avocate du ministre était invitée à présenter une demande en vue de faire radier l'action. Or, aucune précision supplémentaire n'a été fournie. Dans ce cas-ci, je ne crois pas que le demandeur ne voulait pas fournir des précisions supplémentaires. En effet, il a volontiers convenu lors d'une conférence antérieure relative à la gestion de l'instance de fournir l'ensemble initial de précisions; de plus, je ne lui impute aucune intention malveillante de ne pas tenir compte de l'ordonnance visant l'obtention de précisions supplémentaires. Les circonstances indiquent plutôt que le demandeur n'était pas capable de fournir des précisions.

[7] Il existe un autre élément d'information dont je devrais faire mention. Le 22 février 2002, le ministère de la Justice, à Vancouver, a reçu une copie d'une lettre envoyée par M. Stromotich, la lettre étant adressée à l'administrateur de la Cour d'appel fédérale, à Ottawa. Le ministère de la Justice a fourni à la Cour fédérale, à Vancouver, une copie de cette lettre. Auparavant, M. Stromotich s'était vu refuser, au moyen d'une directive datée du 12 décembre 2001, réitérée dans une ordonnance en date du 19 décembre 2001, la permission d'agir comme représentant de M. Pellikaan. Dans sa lettre du 22 février 2002, M. Stromotich a dit plusieurs choses, et notamment que M. Pellikaan ne comparaitrait pas à l'audition de la présente requête. M. Stromotich cherchait également à savoir si la Cour d'appel voulait qu'il présente une requête, pour le compte de M. Pellikaan, en vue de faire suspendre l'instance devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Cela soulève deux points pertinents. En

part in the litigation process. All the more so in the case of a plaintiff, properly served with a motion to strike out the statement of claim, it being no answer to ignore the motion, or to write informally to the Appeal Division for relief. If Mr. Pellikaan had wished a stay of the present motion, he could either have applied for a stay in a timely manner, or even sought an adjournment of this motion, in order to obtain time within which to apply for a stay. As it is he has failed to take any reasonable steps to protect his action. Counsel for the Crown is thus entitled to proceed with her motion. Second, there is the pending notice of appeal of Mr. Justice Rouleau's 15 January 2002 order. An appeal of an interlocutory order does not automatically stay a proceeding in the Trial Division, but rather it is for the applicant to establish an entitlement to a stay: see for example *Apotex Inc. v. Hoffman-La Roche Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 117 (F.C.T.D.), at pages 119-120. However, there is also a matter of the propriety and utility of proceeding with a motion to strike out the statement of claim in the face of a pending appeal, a point to which I will now turn.

[8] I do not wish to seem to trench upon the territory of the Appeal Division. However the territory of the Court of Appeal, on any given matter is, subject to its discretion, generally limited to matters either mentioned in the pleadings, or which were before the Trial Division: see for example *Chalet Bar B-Q (Canada) Inc. v. Foodcorp Ltd.* (1982), 47 N.R. 172 (F.C.A.), at page 175, a decision of Chief Justice Thurlow.

[9] The present notice of appeal is an appeal of the 15 January 2002 interlocutory order of Mr. Justice Rouleau, the notice of appeal being filed 15 February 2002. Mr. Justice Rouleau's order dealt only with a request for the production of the court reporter's tape, upon which he declined to order production, there being no evidence of dishonesty or conspiracy; with an attempt by Mr. Stromotich to intervene as counsel; with an attempt to

premier lieu, il incombe à une partie de protéger ses intérêts dans un litige en prenant part à la procédure y afférente. C'est d'autant plus le cas lorsque le demandeur a reçu signification de la façon régulière d'une requête visant la radiation de la déclaration, puisque le fait de ne pas tenir compte de la requête ou d'écrire d'une façon officieuse à la Section d'appel pour obtenir une réparation ne constitue pas une réponse. Si M. Pellikaan avait voulu faire suspendre la présente requête, il aurait pu demander une suspension en temps opportun ou il aurait même pu demander l'ajournement de la requête, afin d'avoir le temps de demander une suspension. En fait, M. Pellikaan a omis de prendre des mesures raisonnables pour protéger son action. L'avocate de la Couronne a donc le droit de poursuivre sa requête. En second lieu, un avis d'appel de l'ordonnance rendue par le juge Rouleau le 15 janvier 2002 est en instance. Or, un appel d'une ordonnance interlocutoire n'a pas nécessairement pour effet de suspendre une instance engagée devant la Section de première instance, mais il incombe plutôt au demandeur d'établir qu'il a droit à la suspension: voir par exemple *Apotex Inc. c. Hoffman-La Roche Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 117 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 119 et 120. Toutefois, il s'agit également de savoir s'il est approprié et utile de poursuivre une requête visant la radiation de la déclaration compte tenu d'un appel en instance, point que j'examinerai maintenant.

[8] Je ne veux pas sembler empiéter sur le champ de compétence de la Section d'appel. Toutefois, le champ de compétence de la Cour d'appel sur une question donnée est, sous réserve du pouvoir discrétionnaire qu'elle possède, généralement limité aux questions mentionnées dans les actes de procédure ou dont la Section de première instance a été saisie: voir par exemple *Chalet Bar B-Q (Canada) Inc. c. Foodcorp Ltd.* (1982), 47 N.R. 172 (C.A.F), à la page 175, décision rendue par M. le juge en chef Thurlow.

[9] Le présent avis d'appel se rapporte à l'ordonnance interlocutoire rendue le 15 janvier 2002 par le juge Rouleau; l'avis d'appel a été déposé le 15 février 2002. L'ordonnance du juge Rouleau portait uniquement sur une demande visant la production de la bande d'enregistrement du sténographe; le juge a refusé d'ordonner sa production puisque rien ne montrait que l'on eût agi d'une façon malhonnête ou qu'il y ait eu

appeal a direction; and with further and better particulars. The pending appeal of Mr. Justice Rouleau's order touches upon some of these issues, but does not challenge Mr. Justice Rouleau's order either as to further and better particulars, or his invitation to Crown counsel to bring an application to strike out the action. I now turn to the merits of the present motion.

#### CONSIDERATION

[10] While the plaintiff was ordered to produce further and better particulars by 31 January 2002, the defendant does not move to strike out the proceeding by reason of a breach of the 12 January 2002 order requiring those particulars. Instead, the defendant tackles the propriety of the action on its merits, here largely on the basis of a lack of the particulars which might allow the action to be understood and properly defended. This requires a consideration of principles and law.

#### Some Applicable Law

[11] Striking out a pleading is discretionary: see, for example, *Nourhaghghi v. Canada*, [1998] F.C.J. No. 1727 (C.A.) (QL). However the procedure of striking out is also governed by exceedingly strict and formal requirements, for a party ought not easily be denied his or her day in court. From this observation I would proceed to point out two things. First, an order striking out a pleading is never automatic, any more is a judgment in default, for the moving party must establish its case. Second, it is for the defendant to establish that it is plain, obvious and beyond doubt that the action cannot succeed. This has been phrased in various ways, including that where the pleading fails to contain enough concise material facts, so as to prevent the responding party from making any reasonable defence and leave the Court without ability to control a proceeding, the action is vexatious and ought to be struck out. Alternately, where a pleading is without a

complot; l'ordonnance traitait également de la tentative que M. Stromotich avait faite pour intervenir à titre de conseil et de la tentative qui avait été faite pour qu'une directive soit portée en appel; elle traitait en outre de la question des précisions supplémentaires. L'appel de l'ordonnance du juge Rouleau qui est en instance porte sur certaines de ces questions, mais on ne conteste pas l'ordonnance du juge Rouleau en ce qui concerne la question des précisions supplémentaires, ou l'invitation que le juge a faite à l'avocate de la Couronne pour qu'elle présente une demande de radiation de l'action. J'examinerai maintenant le bien-fondé de la présente requête.

#### EXAMEN

[10] Il a été ordonné au demandeur de produire des précisions supplémentaires au plus tard le 31 janvier 2002, mais la défenderesse ne demande pas la radiation de la procédure en raison de l'inobservation de l'ordonnance du 12 janvier 2002 exigeant ces précisions. La défenderesse conteste plutôt le bien-fondé de l'action, en se fondant en bonne partie sur le fait qu'il n'y a pas suffisamment de précisions pour lui permettre de comprendre l'action et de présenter une défense acceptable. Il faut donc examiner les principes et le droit applicable.

#### Dispositions législatives applicables

[11] La radiation d'un acte de procédure est discrétionnaire: voir, par exemple, *Nourhaghghi c. Canada*, [1998] A.C.F. n° 1727 (C.A.) (QL). Toutefois, la procédure de radiation est également régie par des exigences fort strictes et formelles, car il ne devrait pas être facilement possible de refuser à une partie de se faire entendre. Ceci dit, j'aimerais signaler deux points. En premier lieu, comme c'est le cas pour un jugement par défaut, une ordonnance radiant un acte de procédure n'est pas nécessairement rendue, car la partie requérante doit établir sa cause. En second lieu, il incombe au défendeur d'établir qu'il est clair, évident et indubitable que l'action ne peut pas être accueillie. La chose a été libellée de diverses façons: on a notamment dit que lorsque l'acte de procédure n'énonce pas suffisamment de faits substantiels concis, de sorte que la partie qui répond ne peut pas présenter une défense valable et que la Cour ne peut pas exercer un contrôle sur l'instance,

supporting factual basis, such a pleading may be found plainly and obviously not to have disclosed a reasonable cause of action. In such instances an action may also be characterized as one that is so clearly futile that it has not the slightest chance of success. In those instances the statement of claim will be struck out.

[12] In the present instance some of the cases brought to my attention by counsel and to which I will refer are from the British Columbia Supreme Court. Not only do those cases set out clear basic principles, but also they provide a useful, interesting and relevant perspective from outside of the Federal Court jurisprudence. It is a perspective completely applicable in considering rule 174 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] and proper pleading. Crown counsel takes as her point of departure that the statement of claim is a nullity by reason of a breach of rule 174 which provides that:

**174.** Every pleading shall contain a concise statement of the material facts on which the party relies, but shall not include evidence by which those facts are to be proved.

This idea, that a pleading must contain material facts is, in the view of the editors of *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*, Mr. Justice Fraser and Master Horn, published by Butterworths, 26 February 1994 issue, fundamental to the law of pleading [at page 225]:

The concept of “material facts” is fundamental to the law of pleading. The adjective “material” may be read as equivalent to “essential”.

The lack of material facts was something which Mr. Justice Kerr, of the Federal Court Trial Division faced in *Guetta v. The Queen* (1974), 17 C.P.R. (2d) 31. He remarked at page 33, that:

Upon sound principles of pleading it is necessary to allege what must be a cause of action, it is not sufficient to allege

l’action est vexatoire et devrait être radiée. Subsidiairement, lorsqu’un acte de procédure est dénué de fondement factuel, il peut être conclu qu’il est clair et évident que cet acte de procédure ne révèle aucune cause d’action valable. En pareil cas, une action peut également être considérée comme étant si clairement futile qu’elle n’a aucune chance de succès. En pareil cas, la déclaration sera radiée.

[12] En l’espèce, certaines des décisions sur lesquelles les avocats ont attiré mon attention et dont je ferai mention ont été rendues par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Ces décisions énoncent non seulement des principes fondamentaux clairs, mais elles fournissent aussi une perspective utile, intéressante et pertinente indépendante de la jurisprudence de la Cour fédérale. Il s’agit d’une perspective qui est tout à fait pertinente en ce qui concerne la règle 174 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] et la question de l’acte de procédure approprié. L’avocate de la Couronne affirme au départ que la déclaration est nulle en raison d’une violation de la règle 174, qui prévoit ce qui suit:

**174.** Tout acte de procédure contient un exposé concis des faits substantiels sur lesquels la partie se fonde; il ne comprend pas les moyens de preuve à l’appui de ces faits.

De l’avis des éditeurs de l’ouvrage intitulé *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*, M. le juge Fraser et M. le protonotaire Horn, ouvrage publié par Butterworths, édition du 26 février 1994, cette idée, à savoir qu’un acte de procédure doit énoncer des faits substantiels, est fondamentale en ce qui concerne le droit relatif aux actes de procédure [à la page 225]:

[TRADUCTION] La notion de «fait substantiel» est fondamentale en ce qui concerne le droit relatif aux actes de procédures. L’attribut «substantiel» peut être interprété comme étant synonyme de l’attribut «essentiel».

L’absence de faits substantiels était une chose à laquelle faisait face M. le juge Kerr, de la Section de première instance de la Cour fédérale, dans l’affaire *Guetta c. La Reine* (1974), 17 C.P.R. (2d) 31. Le juge a fait les remarques suivantes à la page 33:

Selon les principes fondamentaux régissant les plaidoiries, il est nécessaire d’alléguer ce qui constitue sa cause d’action; il

that there is a right or an obligation without setting out the facts giving rise to the right or obligation, and a defendant is entitled to have a plaintiff's case presented in an intelligible form.

In *Guetta* Mr. Justice Kerr found the pleading in the statement of claim "so defective and inadequate and contains so much irrelevant matter that it should be struck out, rather than amended". He reached this conclusion after noting, at an earlier stage, the lack of material facts. Indeed, the courts have taken a very strict view when a pleading, by reason of a want of material facts, places a defendant at a disadvantage and here I would refer to the Court of Appeal decision in *Bruce v. Odhams Press Ltd.*, [1936] 1 K.B. 697, at page 712, there referring to the contemporary version of our rule 174:

The cardinal provision in r. 4 is that the statement of claim must state the material facts. The word "material" means necessary for the purpose of formulating a complete cause of action; and if any one "material" fact is omitted, the statement of claim is bad; it is "demurable" in the old phraseology and in the new is liable to be "struck out". . . .

That the Court of Appeal made these observations many years ago does not mean that the niceties of pleading may be disregarded on the basis that any perceived wrong deserves a remedy if there are enough facts mixed into the plea. This was the approach which the plaintiff took in *Homalco Indian Band v. British Columbia* (1998), 25 C.P.C. (4th) 107 (B.C.S.C.). There counsel for the plaintiff submitted that it was [at paragraph 9] "enough if the material facts can be found in the statement of claim and a plaintiff cannot be compelled to prepare it in the conventional form." The Judge disagreed [at paragraph 9]:

A statement of claim must plead the causes of action in the traditional way so that the defendant may know the case he has to meet to the end that clear issues of fact and law are presented for the court.

ne suffit pas d'alléguer l'existence d'un droit ou d'une obligation, sans dévoiler les faits sur lesquels reposent ce droit ou cette obligation, et un défendeur a le droit de s'attendre à ce que la cause du demandeur soit présentée d'une façon intelligible.

Dans l'affaire *Guetta*, le juge Kerr a conclu que la plaidoirie figurant dans la déclaration était «à ce point défectueuse et inappropriée et cont[enait] tellement de données qui [n'étaient] pas pertinentes qu'elle d[evait] être radiée plutôt que modifiée». Le juge a tiré cette conclusion après avoir fait remarquer, à un stade antérieur, l'absence de faits substantiels. De fait, les tribunaux ont adopté une approche fort stricte lorsqu'une plaidoirie, en raison de l'absence de faits substantiels, place le défendeur dans une situation désavantageuse; je ferai ici mention de la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Bruce v. Odhams Press Ltd.*, [1936] 1 K.B. 697, à la page 712, où il était question d'une version correspondant à la règle 174 actuel des Règles:

[TRADUCTION] Selon la disposition importante figurant à l'art. 4 des Règles, la déclaration doit énoncer les faits substantiels. Le mot «substantiel» s'entend de faits nécessaires aux fins de l'énoncé d'une cause d'action complète; si un fait «substantiel» est omis, la déclaration n'est pas valable; elle est «opposable» comme on le disait autrefois et, comme on le dit maintenant, elle risque d'être «radiée» [ . . . ]

Même si la Cour d'appel a fait ces observations il y a bien des années, cela ne veut pas dire qu'il est possible d'omettre de tenir compte des subtilités de l'acte de procédure pour le motif que tout tort perçu mérite une réparation si un nombre suffisant de faits sont énoncés dans la plaidoirie. Telle est l'approche que la demanderesse a adoptée dans l'affaire *Homalco Indian Band v. British Columbia* (1998), 25 C.P.C. (4th) 107 (C.S.C.-B.). Dans cette affaire, l'avocat de la demanderesse avait soutenu qu'il était [au paragraphe 9] [TRADUCTION] «suffisant que des faits substantiels soient énoncés dans la déclaration et [que] le demandeur ne peut pas être contraint à préparer la déclaration dans la forme normale». Le juge n'était pas d'accord [au paragraphe 9]:

[TRADUCTION] Une déclaration doit énoncer les causes d'action de la manière traditionnelle de façon que le défendeur puisse connaître la preuve à réfuter et que des questions de fait et de droit claires soient présentées à la cour.

In *Homalco*, on the basis that the statement of claim was an embarrassing pleading, containing much that was unnecessary, Justice Smith found the statement of claim to be [at paragraph 11] “constructed in a manner calculated to confuse the defendants and to make it extremely difficult, if not impossible, to answer. As a result, it is prejudicial.” There the proceeding was stayed, pending the filing of a fresh statement of claim. However, in that instance, there was clearly enough material in the statement of claim, as it existed, to indicate to the Court that the proceeding might be salvaged.

[13] Counsel refers to *Homalco, supra*, for an apt summarization of pleading a cause of action. I have set this out at length because it is instructive both to counsel, to lay litigants, and to me. There Mr. Justice Smith was concerned that the prolix and convoluted pleadings violated the rules of procedure and the case law. He pointed out that the defining of a cause of action required, for each cause, that the material facts be stated clearly in order to define the issues of fact and law. He began with a discussion of the ultimate function of pleadings [at paragraphs 5-6]:

The ultimate function of pleadings is to clearly define the issues of fact and law to be determined by the court. The issues must be defined for each cause of action relied upon by the plaintiff. That process is begun by the plaintiff stating, for each cause, the material facts, that is, those facts necessary for the purpose of formulating a complete cause of action: *Troup v. McPherson* (1965), 53 W.W.R. 37 (B.C.S.C.) at 39. The defendant, upon seeing the case to be met, must then respond to the plaintiff's allegations in such a way that the court will understand from the pleadings what issues of fact and law it will be called upon to decide.

A useful description of the proper structure of a plea of a cause of action is set out in J.H. Koffler and A. Reppy, *Handbook of Common Law Pleading*, (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1969) at p. 85:

Of course the essential elements of any claim of relief or remedial right will vary from action to action. But, on

Dans la décision *Homalco*, en se fondant sur le fait que la déclaration était un acte de procédure embarrassant, renfermant beaucoup de détails inutiles, M. le juge Smith a conclu [au paragraphe 11] que la déclaration était [TRADUCTION] «libellée de façon à embrouiller les défenderesses et à rendre une réponse extrêmement difficile, sinon impossible [et qu'elle était] est donc préjudiciable.» Dans cette affaire-là, l'instance a été suspendue, en attendant le dépôt d'une nouvelle déclaration. Toutefois, la déclaration, telle qu'elle était libellée, renfermait clairement suffisamment d'éléments pour indiquer à la Cour que l'instance pouvait être sauvagée.

[13] L'avocate mentionne la décision *Homalco, supra*, laquelle renferme un résumé pertinent au sujet des plaidoiries relatives à une cause d'action. J'ai reproduit le passage au complet parce qu'il est instructif pour les avocats, pour les profanes et pour moi-même. Le juge Smith craignait que les plaidoiries prolixes et contournées soient contraires aux règles de procédure et à la jurisprudence. Il a signalé que la définition d'une cause d'action exigeait, pour chaque cause, que les faits substantiels soient énoncés clairement, de façon à définir les questions de fait et de droit. Le juge a tout d'abord examiné le but ultime des actes de procédures [aux paragraphes 5 et 6]:

[TRADUCTION] Le rôle ultime des actes de procédure consiste à définir clairement les questions de fait et de droit que le tribunal doit trancher. Les questions en litige doivent être définies relativement à chaque cause d'action invoquée par le demandeur. Ce processus commence par l'énoncé, de la part du demandeur, pour chacune des causes d'action, des faits substantiels, c'est-à-dire des faits nécessaires afin de formuler une cause d'action complète: *Troup v. McPherson* (1965), 53 W.W.R. 37 (C.S.C.-B.) à la page 39. En constatant la preuve à réfuter, le défendeur doit ensuite répondre aux allégations du demandeur de façon que le tribunal comprenne, à l'aide des actes de procédure, les questions de fait et de droit qu'il devra régler.

On trouve une description utile de la façon dont il convient de structurer une cause d'action invoquée dans l'ouvrage de J.H. Koffler et A. Reppy, intitulé *Handbook of Common Law Pleading*, (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1969) à la page 85:

Évidemment, les éléments essentiels d'une demande de réparation ou d'un droit de recours varient d'une action à



analysis, the pleader will find that the facts prescribed by the substantive law as necessary to constitute a cause of action in a given case, may be classified under three heads: (1) The plaintiff's right or title; (2) The defendant's wrongful act violating that right or title; (3) The consequent damage, whether nominal or substantial. And, of course, the facts constituting the cause of action should be stated with certainty and precision, and in their natural order, so as to disclose the three elements essential to every cause of action, to wit, the right, the wrongful act and the damage.

If the statement of claim is to serve the ultimate purpose of pleadings, the material facts of each cause of action relied upon should be set out in the above manner. As well, they should be stated succinctly and the particulars should follow and should be identified as such: *Gittings v. Caneco Audio-Publishers Inc.* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 349 (C.A.) at 353.

[14] The effect of a pleading, which lacks material facts, may be that it will be struck out, but in some cases with a right to amend. This was a situation which Mr. Justice MacKay faced in *Kelly Lake Cree Nation v. Canada*, [1998] 2 F.C. 270 (T.D.), where there were bare conclusions, but no supporting factual basis for the claim. He observed at paragraph 19 that:

Nevertheless, where bare conclusions are set out without a supporting factual basis, a claim has been found not to disclose a reasonable cause of action (*Vojic (L.) v. M.N.R.*, [1987] 2 C.T.C. 203 (F.C.A.)). In this regard, I note Mr. Justice Rouleau's decision in *Glaxo Canada Inc. v. Department of National Health & Welfare* ((1987), 15 C.P.R. (3d) 1 (F.C.T.D.), at p. 11)) where he sets out the basic rules of pleading as follows:

The rules governing pleadings establish the fundamental rule that the plaintiff is under an obligation to plead material facts that disclose a reasonable cause of action. This very basic rule of pleadings involves four separate elements: (1) every pleading must state facts and not merely conclusions of law; (2) it must include material facts; (3) it must state facts and not the evidence by which they are to be proved; and (4) it must state facts concisely in a summary form see *Odgers, Principles of Pleading and Practice* (21st ed.), p. 94.

l'autre. Cependant, le plaideur constatera, après analyse, que les faits prescrits par le droit substantiel comme nécessaires pour constituer une cause d'action dans une situation donnée peuvent être répartis en trois catégories: (1) le droit ou titre du demandeur; (2) l'acte fautif du défendeur qui a porté atteinte à ce droit ou titre; (3) le dommage qui en a résulté, qu'il soit symbolique ou important. Et, bien sûr, les faits constitutifs de la cause d'action doivent être exposés avec certitude et précision, dans leur ordre naturel, de façon à révéler les trois éléments essentiels de toute cause d'action, soit, le droit, l'acte fautif et le dommage.

Pour que la déclaration remplisse le rôle ultime de l'acte de procédure, les faits substantiels de chaque cause d'action sur lesquels la partie se fonde devraient être énoncés de la façon susmentionnée. De plus, ils devraient être énoncés d'une façon succincte et les précisions devraient suivre et être désignées comme telles: *Gittings v. Caneco Audio-Publishers Inc.* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 349 (C.A.), page 353.

[14] L'acte de procédure qui ne comporte pas suffisamment de faits substantiels sera peut-être radié, mais dans certains cas l'autorisation de le modifier sera accordée. Telle était la situation à laquelle faisait face M. le juge MacKay dans l'affaire *Nation crie de Kelly Lake c. Canada*, [1998] 2 C.F. 270 (1<sup>re</sup> inst.), où de simples conclusions étaient énoncées, sans aucun fondement factuel à l'appui de la demande. Le juge a fait remarquer ce qui suit, au paragraphe 19:

Néanmoins, le tribunal a conclu qu'une demande ne révélait pas une cause raisonnable d'action dans un cas où de simples conclusions étaient énoncées sans fondement factuel à l'appui (*Vojic (L.) c. M.R.N.*, [1987] 2 C.T.C. 203 (C.A.F.)). À cet égard, je note la décision *Glaxo Canada Inc. c. Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social* ((1987), 15 C.P.R. (3d) (1 C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 11)), dans laquelle le juge Rouleau pose les règles fondamentales concernant les plaidoiries:

Les règles relatives aux plaidoiries établissent le principe fondamental selon lequel la demanderesse est obligée de plaider des faits substantiels qui révèlent une cause d'action raisonnable. Cette règle très importante des plaidoiries comprend quatre éléments différents: 1) chaque plaidoirie doit énoncer les faits et pas seulement les conclusions de droit; 2) elle doit comprendre des faits substantiels; 3) elle doit énoncer des faits et non les éléments de preuve qui doivent servir à les prouver; et 4) elle doit énoncer les faits succinctement de façon concise: voir *Odgers, Principles of Pleading and Practice*, 21<sup>e</sup> éd., p. 94.

These four rules, governing pleadings, as set out by Mr. Justice Rouleau, are, in his words, very basic and are relevant in the present instance, not only so that the defendant may understand the claim, but also so that the defendant may make a reasoned and intelligent response.

[15] Where a statement of claim is exceedingly general and bereft of specifics so as to prevent a defendant from either proper investigation or proper response, it may well be struck out. The Federal Court of Appeal was faced with several statements of claim which exhibited these characteristics in *Murray v. Public Service Commission of Canada* (1978), 21 N.R. 230 (F.C.A.). The Court of Appeal observed that such statements of claim were fundamentally vexatious, for they revealed insufficient facts to demonstrate the basis for the claim, thus making it impossible for the defendant to answer the claim or, indeed, for a court to regulate the proceedings (at page 236). Such a general and all-encompassing statement of claim, that is so bereft of particulars that a defendant would be unable to draft an answer, is fundamentally vexatious and will not lead to any practical result. This again is a ground for striking out such a statement of claim. I now turn to an application of some of this to the present statement of claim.

#### Analysis

[16] I propose to examine the statement of claim together with such particulars as were provided by the plaintiff on 11 January 2002. The particulars begin with a caveat referring Crown counsel to a paraphrased principle from *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, a principle which appears in the headnote at page 145:

... the *Charter* requires a two-step approach to s. 15(1). The first step is to determine whether or not an infringement of a guaranteed right has occurred. The second step is to determine whether, if there has been an infringement, it can be justified under s. 1. The two steps must be kept analytically distinct because of the different attribution of the burden of proof; the citizen must establish the infringement of his or her *Charter*

Ces quatre règles régissant les actes de procédure, telles qu'elles sont énoncées par le juge Rouleau, sont, comme le juge l'a dit, très importantes et sont pertinentes en l'espèce, non seulement pour que la défenderesse puisse comprendre la demande, mais aussi pour qu'elle puisse donner une réponse motivée intelligente.

[15] Lorsqu'une déclaration est beaucoup trop générale et dépourvue de détails, de sorte qu'elle empêche le défendeur de mener une enquête ou de donner une réponse appropriée, elle peut fort bien être radiée. Dans l'affaire *Murray c. Commission de la Fonction publique du Canada* (1978), 21 N.R. 230 (C.A.F.), la Cour avait devant elle plusieurs déclarations qui comportaient ces caractéristiques. La Cour d'appel a fait remarquer que pareilles déclarations étaient fondamentalement vexatoires, car elles ne révélaient pas suffisamment de faits pour démontrer le fondement de la demande, de sorte qu'il était impossible pour le défendeur de répondre à la demande ou, de fait, pour un tribunal de régler l'instance (à la page 236). Pareille déclaration générale et englobante, qui est dépourvue de précisions à un point tel qu'un défendeur ne serait pas en mesure de rédiger une réponse, est fondamentalement vexatoire et ne donnera aucun résultat pratique. Il s'agit encore une fois d'un motif permettant de radier la déclaration. J'appliquerai maintenant certains de ces énoncés à la présente déclaration.

#### Analyse

[16] Je me propose d'examiner la déclaration ainsi que les précisions qui ont été fournies par le demandeur le 11 janvier 2002. Les précisions commencent par un avertissement renvoyant l'avocate de la Couronne à un principe paraphrasé tiré de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, principe qui est mentionné dans le sommaire, à la page 145:

[...] la *Charte* exige que l'examen fondé sur le par. 15(1) se fasse en deux étapes. La première étape consiste à déterminer s'il y a eu atteinte à un droit garanti. La deuxième étape consiste à déterminer, le cas échéant, si cette atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier. Les deux étapes doivent être maintenues analytiquement distinctes en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve: le citoyen doit

right and the state must justify the infringement.

The plaintiff uses this shifting of burden of proof, in the second step of a subsection 15(1) analysis under the Charter, as a ubiquitous concept by which to answer virtually all of the requests for particulars. Each time the plaintiff says the burden of proof is on the defendant to show that she did not breach the plaintiff's rights. What the plaintiff fails to understand is that it is for him to first establish an infringement of a Charter right under subsection 15(1). Only then does the burden, that of justifying the infringement, shift to the Crown. At this point in the present proceedings we are dealing with only the first aspect, that of the plaintiff dealing with the burden of establishing his case, with no burden, as yet, upon the defendant.

[17] The statement of claim begins with a bare allegation of discrimination by the Canadian Dairy Commission against the plaintiff, discrimination which is said to be contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the Free Trade Agreement and international law. While the plaintiff refers to this in the context of refusals to provide a milk quota and to allow him to make fresh dairy products, apparently a euphemism for unpasteurized and unprocessed products, this paragraph left the defendant wondering as to particulars of the discrimination and the specific provisions of law said to be found in the Charter, the Free Trade Agreement and international law. Here the plaintiff responds to the request for particulars with a rambling answer alleging a well-established business which was shut down. The plaintiff does not refer to any specific Charter provision, or any other statutory provision, or international law, which he says was breached. He basically says that it is for the defendant to show not only why he was denied a right to earn a living, when the defendant encouraged others to enter into the same market, but also to demonstrate why a milk quota was necessary at all. This would seem to have no bearing on either the first paragraph of the statement of claim or the request for particulars. It leaves the defendant none the wiser and indeed totally at a loss as to how to deal with the allegation of discrimination.

prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte* et l'État doit justifier cette violation.

Le demandeur utilise ce déplacement de la charge de la preuve, dans la deuxième étape de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte, comme concept répandu permettant de répondre à presque toutes les demandes de précisions. Le demandeur affirme chaque fois qu'il incombe à la défenderesse de démontrer qu'elle ne violait pas ses droits. Il ne comprend pas qu'il lui incombe d'établir d'abord qu'il a été porté atteinte à un droit prévu au paragraphe 15(1) de la Charte. Ce n'est qu'alors que la charge de la preuve, lorsqu'il s'agit de justifier l'atteinte, incombe à la Couronne. À ce stade de l'instance, nous ne nous intéressons qu'au premier aspect, à savoir que le demandeur a la charge d'établir sa cause, la défenderesse n'ayant encore aucune obligation à l'égard de la preuve.

[17] La déclaration commence par une simple allégation de discrimination de la part de la Commission canadienne du lait à l'encontre du demandeur, discrimination qui serait censément contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l'Accord de libre-échange et au droit international. Le demandeur en fait mention dans le contexte du refus d'accorder un contingent de lait et de lui permettre de fabriquer des produits laitiers frais, ce qui est apparemment un euphémisme pour les produits non pasteurisés et non transformés, mais par suite de ce paragraphe, la défenderesse se demandait en quoi consistait précisément la discrimination et quelles étaient les dispositions précises qui existaient censément en vertu de la Charte et dans l'Accord de libre-échange ainsi qu'en droit international. Le demandeur répond ici à la demande de précisions au moyen d'une réponse décousue dans laquelle il allègue qu'une entreprise bien connue a été fermée. Il ne mentionne pas une disposition précise de la Charte, ou une autre disposition législative, ou encore une disposition du droit international, qui aurait selon lui été violée. Le demandeur affirme fondamentalement qu'il incombe à la défenderesse de démontrer non seulement pourquoi il s'est vu refuser le droit de gagner sa vie, alors qu'elle a encouragé d'autres personnes à pénétrer sur le même marché, mais aussi de démontrer pourquoi un contingent de lait était nécessaire. Cela semble n'avoir rien à voir avec le

[18] The second paragraph of the statement of claim alleges a want of jurisdiction, on the part of the Canadian Dairy Commission and pursuant to the *Milk Industry Act*, to sanction the formation of the British Columbia Milk Marketing Board, the latter discriminating against the plaintiff contrary to the Charter. Here the defendant wishes to know what provisions of the *Milk Industry Act* the plaintiff relies upon to say that there is a lack of jurisdiction to form the B.C. Milk Marketing Board. The plaintiff gives a circular answer saying that there is no provision in the Act to permit the formation of the Board, without breaching the plaintiff's rights under the Charter, but that because it is a Charter breach the burden is on the defendant.

[19] Paragraph 3 of the statement of claim, for which particulars were not sought, repeats the allegation in paragraph 2, with a slight elaboration and a bare plea of discrimination on the part of the B.C. Milk Marketing Board, against the plaintiff, preventing him from earning a living, contrary to the Charter. Here there is a clear absence of any material facts, just as there was in paragraph 2, which might give the defendant some idea of where to begin researching and how to answer.

[20] Paragraphs 4 through 7 of the statement of claim deal with provincial matters and thus are not relevant.

[21] Paragraphs 8 and 9 of the statement of claim, taken together, allege an exceeding of jurisdiction by the Department of Agriculture and a conspiracy by some undefined Minister of Health, against the plaintiff. Here the defendant wishes to know facts and particulars surrounding an alleged suspension of rights by the Department of Agriculture, the nature of the rights and what facts, particulars and provisions of law does the

premier paragraphe de la déclaration ou avec la demande de précisions. La défenderesse n'en sait pas plus long et, de fait, elle ne sait absolument pas comment traiter l'allégation de discrimination.

[18] Au deuxième paragraphe de la déclaration, le demandeur allègue le défaut de compétence, de la part de la Commission canadienne du lait et conformément à la *Milk Industry Act*, lorsqu'il s'agit de sanctionner la création du Milk Marketing Board de la Colombie-Britannique, qui agit d'une façon discriminatoire à son encontre en violation de la Charte. Dans ce cas-ci, la défenderesse veut connaître les dispositions de la *Milk Industry Act* sur lesquelles le demandeur se fonde pour invoquer le défaut de compétence en ce qui concerne la création du Milk Marketing Board de la Colombie-Britannique. Le demandeur donne une réponse indirecte en disant qu'aucune disposition de la Loi ne permet la création de ce conseil, sans porter atteinte aux droits qui lui sont reconnus par la Charte, mais qu'étant donné que la Charte a été violée, la charge incombe à la défenderesse.

[19] Le paragraphe 3 de la déclaration, à l'égard duquel aucune précision n'est demandée, reprend l'allégation figurant au paragraphe 2 en y apportant de légères précisions; il s'agit d'une simple plaidoirie de discrimination à l'encontre du demandeur de la part du Milk Marketing Board de la Colombie-Britannique empêchant ainsi le demandeur de gagner sa vie, en violation de la Charte. Comme c'était le cas pour le paragraphe 2, il existe ici une absence claire de faits substantiels permettant à la défenderesse de savoir où commencer ses recherches et comment répondre.

[20] Les paragraphes 4 à 7 de la déclaration portent sur des questions provinciales et ne sont donc pas pertinents.

[21] Si les paragraphes 8 et 9 de la déclaration sont considérés ensemble, il y est allégué que le ministère de l'Agriculture a exercé sa compétence et qu'il existe un complot mettant en cause un certain ministre de la Santé non désigné, à l'encontre du demandeur. La défenderesse veut ici connaître les faits et avoir des précisions au sujet de la présumée suspension de droits par le ministère de l'Agriculture, de la nature des droits

plaintiff rely upon to say that the Department of Agriculture has exceeded its jurisdiction. The defendant also wishes to know the facts and particulars of the conspiracy by the Department of Health Canada against the plaintiff, including with whom the Department conspired and what provisions of the laws of Canada and international laws, pleaded as bare propositions, does the plaintiff rely. To all of this the plaintiff replies that as the Department of Agriculture is an agent of the Crown, that it was thus not the actions of the Department of Agriculture which breached the plaintiff's Charter right, said to be a right to pursue a calling but, that overall, including as to conspiracy and specific provisions of the laws of Canada and international law, the burden of proof is on the defendant. None of this can leave the defendant any the wiser, for paragraphs 8 and 9 of the statement of claim consist of bare conclusions, without material facts stated either concisely or otherwise. These two paragraphs, with their lack of particulars, are a prime example of a breach of the fundamental rule as to pleadings referred to by Mr. Justice MacKay in *Kelly Lake Cree Nation, supra*, which embodied Mr. Justice Rouleau's decision in *Glaxo Canada Inc. v. Department of National Health & Welfare* (1987), 15 C.P.R. (3d) 1 (F.C.T.D.).

[22] Paragraphs 10 and 11 of the statement of claim deal with discrimination by the City of Vancouver and the Vancouver City Police Department and Police Commission. It would appear that the defendant has concluded that these provisions, while impossible to understand by reason of a want of material facts, are irrelevant.

[23] Paragraph 12 of the statement of claim states that the Attorney General of Canada has granted to "various commissions" authority to enforce the laws of Canada, but has failed or refused to exercise that jurisdiction

ainsi que des faits, des détails et des dispositions de droit sur lesquelles le demandeur se fonde pour affirmer que le ministère de l'Agriculture a excédé sa compétence. La défenderesse veut également connaître les faits et détails relatifs à l'existence d'un complot mettant en cause le ministère de la Santé du Canada à l'encontre du demandeur et notamment savoir avec qui le Ministère a comploté et quelles sont les dispositions des lois du Canada et des lois internationales, plaidées à titre de simples propositions, sur lesquelles le demandeur se fonde. Le demandeur affirme en réponse qu'étant donné que le ministère de l'Agriculture est un mandataire de la Couronne, ce n'étaient donc pas les actions du ministère de l'Agriculture qui portaient atteinte au droit qui lui est reconnu par la Charte, lequel serait censément le droit d'exercer une profession, mais que dans l'ensemble la charge de la preuve incombe à la défenderesse, y compris en ce qui concerne le complot et les dispositions précises des lois du Canada et du droit international qui sont en cause. Rien de tout cela n'apprend quoi que ce soit à la défenderesse, puisque les paragraphes 8 et 9 de la déclaration renferment de simples conclusions, sans que des faits substantiels soient énoncés, que ce soit d'une façon concise ou autrement. Ces deux paragraphes, ne comportant pas de précisions, constituent un excellent exemple de la violation de la règle fondamentale relative aux actes de procédure mentionnée par le juge MacKay dans la décision *Nation Crie de Kelly Lake*, précitée, laquelle a été incorporée dans la décision que le juge Rouleau a rendue dans l'affaire *Glaxo Canada Inc. c. Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social* (1987), 15 C.P.R. (3d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[22] Les paragraphes 10 et 11 de la déclaration traitent de la discrimination dont ont fait preuve la ville de Vancouver ainsi que le service de police et la Commission de police de la ville de Vancouver. Il semble que la défenderesse ait conclu que ces dispositions, tout en étant incompréhensibles en raison de l'absence de faits substantiels, ne sont pas pertinentes.

[23] Le paragraphe 12 de la déclaration dit que le procureur général du Canada a conféré à [TRADUCTION] «diverses commissions» le pouvoir nécessaire pour appliquer les lois du Canada, mais qu'il a omis ou refusé

with regard to fresh milk products. The failure or refusal is alleged to be contrary to the laws and statutes of Canada, international law and the Free Trade Agreement. All of this consists of bare allegations and conclusions of law. It is not a proper pleading. In answer to the request by the defendant for particulars as to the failure to exercise jurisdiction, failure to supervise and specific law and legislation on which the plaintiff relies, the plaintiff merely says that the burden of proof is on the defendant. Without the requested particulars the defendant has no possibility of investigation and drafting a defence.

[24] Paragraph 13 alleges a violation of the "Cooperative Act" and a conspiracy, between the Ministry of Agriculture and the East Chilliwack Co-op Association, which caused the plaintiff's cattle to go without feed, resulting in a drop of milk production and economic loss. As the paragraph is framed it perhaps includes some evidence and some conclusions of law, but no material facts in support. The defendant wishes particulars as to the provisions of law said to be found in the Cooperative Act, which laws of Canada have been violated and particulars as to the alleged conspiracy with the East Chilliwack Co-op Association. In each instance the plaintiff answers "the burden of proof is on the defendant."

[25] The tort of conspiracy consists of an imputation of misconduct and dishonesty, going beyond mere negligence: thus the facts must be set out with a special particularity and care.

[26] The tort of conspiracy, as pointed out by the Supreme Court of Canada in *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at page 473, is a commercial anachronism, "the target of much criticism throughout the common law world." Mr. Justice Estey, who wrote the decision for the Court, commented specifically that

d'exercer sa compétence à l'égard de produits laitiers frais. Il est allégué que l'omission ou le refus est contraire aux textes législatifs du Canada, au droit international et à l'Accord de libre-échange. Cet énoncé dans son ensemble est composé de simples allégations et de simples conclusions de droit. Il ne s'agit pas d'une plaidoirie appropriée. En réponse à la demande que la défenderesse a faite pour obtenir des précisions au sujet de l'omission d'exercer la compétence en question et d'assurer une supervision ainsi qu'au sujet des textes législatifs précis sur lesquels il se fonde, le demandeur dit simplement que la charge de la preuve incombe à la défenderesse. Or, en l'absence des précisions demandées, la défenderesse ne peut pas enquêter et rédiger une défense.

[24] Au paragraphe 13, il est allégué que la «Cooperative Act» a été violée et qu'il y a un complot entre le ministère de l'Agriculture et l'East Chilliwack Co-op Association, de sorte que le bétail du demandeur a manqué d'aliments et que la production de lait a diminué, ce qui a occasionné une perte financière. Tel qu'il est libellé, le paragraphe en question comporte peut-être certains éléments de preuve et certaines conclusions de droit, mais il n'énonce aucun fait substantiel à l'appui. Or, la défenderesse veut obtenir des précisions au sujet des dispositions qui figureraient censément dans la Cooperative Act et des lois du Canada qui auraient été violées ainsi que des précisions au sujet du présumé complot avec l'East Chilliwack Co-op Association. Dans chaque cas, le demandeur répond que [TRADUCTION] «la charge de la preuve incombe à la défenderesse».

[25] Le délit de complot comporte l'imputation d'une mauvaise conduite et d'un manque d'honnêteté constituant plus qu'une simple négligence: par conséquent, les faits doivent être énoncés avec une attention et une précision spéciales.

[26] Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, à la page 473, le délit de complot est un anachronisme commercial, «la cible de nombreuses critiques partout dans le monde de la common law». M. le juge Estey, qui a rendu la décision au nom de la

the tort of conspiracy survived in Canadian law as an anomaly and that the reaction of courts in the future would be to restrict its application (at page 473):

The tort of conspiracy to injure, even without the extension to include a conspiracy to perform unlawful acts where there is a constructive intent to injure, has been the target of much criticism throughout the common law world. It is indeed a commercial anachronism as so aptly illustrated by Lord Diplock in *Lonrho*, *supra*, at pp. 188-89. In fact, the action may have lost much of its usefulness in our commercial world, and survives in our law as an anomaly. Whether that be so or not, it is now too late in the day to uproot the tort of conspiracy to injure from the common law. No doubt the reaction of the courts in the future will be to restrict its application for the very reasons that some now advocate its demise.

In that we are considering a cause of action which the Supreme Court of Canada said was an anachronism, it is proper to look at what was required when the plea was a going concern. For example, the Court of Appeal considered the particulars required for a plea of conspiracy in *Temperton v. Russell and Others* (1893), 9 T.L.R. 319 (C.A.) where, I think influenced by the need to plead with certainty when alleging such a cause of action, it said that the defendants were entitled to particulars including the name of each person involved in the conspiracy, the kind of threats used and when and by whom each such threat was made, whether verbally or in writing and, if in writing, the identity of the document.

[27] Returning to *Cement LaFarge*, there the Supreme Court of Canada set out the elements required to be established in order to show a claim for conspiracy being [at pages 471-472]:

(1) whether the means used by the defendants are lawful or unlawful, the predominant purpose of the defendants' conduct is to cause injury to the plaintiff; or,

(2) where the conduct of the defendants is unlawful, the conduct is directed towards the plaintiff (alone or together

Cour, a expressément fait remarquer que le délit de complot avait survécu comme une anomalie dans le droit canadien et que les tribunaux devraient tenter dans l'avenir de limiter son application (à la page 473):

Le délit civil de complot en vue de nuire, même s'il n'est pas étendu de manière à comprendre un complot en vue d'accomplir des actes illégaux lorsqu'il y a une intention implicite de causer un préjudice, a été la cible de nombreuses critiques partout dans le monde de la common law. Comme l'indique si bien lord Diplock dans l'arrêt *Lonrho*, précité, aux pages 188 et 189, il s'agit réellement d'un anachronisme commercial. En fait, il est possible que dans le contexte commercial actuel cette action ait perdu en grande partie son utilité et qu'elle survive comme une anomalie dans notre droit. Quoi qu'il en soit, il est maintenant trop tard pour déraciner de la *common law* le délit civil de complot en vue de nuire. Sans aucun doute, les cours tenteront dans l'avenir, pour les mêmes motifs que certains invoquent actuellement à l'appui de sa suppression, de limiter l'application de ce délit civil.

Étant donné que nous examinons une cause d'action qui, selon la Cour suprême du Canada, constitue un anachronisme, il convient d'examiner ce qui était nécessaire lorsque la plaidoirie avait cours. Ainsi, la Cour d'appel a examiné les précisions qui étaient nécessaires pour qu'une plaidoirie de complot puisse être invoquée dans l'arrêt *Temperton v. Russell and Others* (1893), 9 T.L.R. 319 (C.A.) où, compte tenu à mon avis de la nécessité de présenter un acte de procédure bien défini lorsque pareille cause d'action est alléguée, il a été dit que les défendeurs avaient le droit d'obtenir des précisions, notamment le nom de chaque personne participant au complot, le genre de menaces qui avaient été proférées, à quel moment et par qui pareilles menaces avaient été proférées, que ce soit verbalement ou par écrit et, si elles avaient été proférées par écrit, la description du document.

[27] Pour en revenir à l'arrêt *Ciments LaFarge*, la Cour suprême du Canada a énoncé les éléments qu'il faut établir pour établir une allégation de complot, à savoir [aux pages 471 et 472]:

(1) indépendamment du caractère légal ou illégal des moyens employés, la conduite des défendeurs vise principalement à causer un préjudice au demandeur; ou

(2) lorsqu'il s'agit d'une conduite illégale, elle est dirigée contre le demandeur seul ou contre lui et d'autres personnes

with others), and the defendants should know in the circumstances that injury to the plaintiff is likely to and does result.

This may be broken down more simply by saying that first, Mr. Pellikaan must establish an agreement between two or more persons; second, if the means to the discrimination are lawful, an agreement the real and predominant purpose of which is to injure Mr. Pellikaan or, alternatively, where the means are lawful, an agreement, one purpose of which is to injure Mr. Pellikaan; and, third, that the result was damage to Mr. Pellikaan.

[28] In the case of paragraph 13, the plaintiff is left with no idea as to the breaches of statute and the laws of Canada and nothing to go on, as to conspiracy, other than an economic loss of “several thousand dollars” as a result of Mr. Pellikaan’s cattle having gone hungry. Again, a defendant is entitled to far more in the way of particulars, in order to be able to understand and to answer the claim: paragraph 13 is a good example of a breach of the elements of pleading set out by Mr. Justice MacKay in *Kelly Lake Cree Nation, supra*.

[29] In paragraph 14 the plaintiff alleges that the Attorney General’s department had direct authority over the Milk Marketing Board and thus “Dairyland” refused to allow the plaintiff to sell his fresh milk, all of this resulting in discrimination contrary to the Charter, costing the plaintiff in excess of \$50,000 per month. This is a puzzling plea indeed. In order to shed some light on it the defendant requests facts, particulars and provisions of law, relied upon by the plaintiff in that paragraph, to allow the plaintiff to say that because Dairyland refused to buy his milk, the Attorney General discriminated against him. The plaintiff, perhaps as baffled as the defendant, merely says that the burden of proof is on the defendant.

en même temps et que les défendeurs eussent dû savoir dans les circonstances que le préjudice subi par le demandeur est une conséquence probable.

Cet énoncé peut être divisé plus simplement comme suit: M. Pellikaan doit établir l’existence d’une entente entre au moins deux personnes et, si les moyens employés aux fins de la discrimination sont légaux, il doit établir l’existence d’une entente dont le but principal réel est de lui causer un préjudice ou subsidiairement, lorsque le moyen employé est légal, l’existence d’une entente dont l’un des buts est de lui causer un préjudice et, enfin, il doit établir que le résultat lui nuisait.

[28] En ce qui concerne le paragraphe 13, la défenderesse n’a pas la moindre idée de la présumée violation des lois du Canada et elle ne sait rien au sujet du complot, si ce n’est qu’une perte financière de [TRADUCTION] «plusieurs milliers de dollars» a été subie parce que le bétail de M. Pellikaan ne pouvait pas être nourri. Ici encore, la défenderesse a le droit d’obtenir beaucoup plus de précisions afin d’être en mesure de comprendre la demande et d’y répondre: le paragraphe 13 est un bon exemple de l’inobservation des règles relatives aux éléments dont un acte de procédure doit être composé, lesquelles ont été énoncées par le juge MacKay dans la décision *Nation Crie de Kelly Lake*, précitée.

[29] Au paragraphe 14, le demandeur allègue que le ministère du procureur général possède des pouvoirs directs à l’égard du Milk Marketing Board et que, par conséquent, «Dairyland» a refusé de lui permettre de vendre son lait frais, ce qui constituait de la discrimination en violation de la Charte et lui a coûté plus de 50 000 \$ par mois. Il s’agit de fait d’une plaidoirie confuse. Afin d’éclaircir la question, la défenderesse cherche à connaître les faits, à obtenir des précisions et à savoir sur quelles dispositions de droit se fonde le demandeur dans ce paragraphe lorsqu’il dit que, parce que Dairyland a refusé d’acheter son lait, le procureur général a agi d’une façon discriminatoire à son endroit. Le demandeur, qui était peut-être tout aussi incertain que la défenderesse, dit simplement que la charge de la preuve incombe à la défenderesse.



[30] Paragraphs 15, 17 and 18 alleged various conspiracies involving a well-known Vancouver law firm, the Law Society of British Columbia and a testing laboratory and while these paragraphs do not contain enough particulars so that any reader may understand them, they are, in all likelihood, irrelevant.

[31] Paragraph 16 alleges that the Attorney General directed the Royal Canadian Mounted Police to search and seize the plaintiff's fresh milk without a warrant. Here we have some bare facts, but no particulars. The defendant looks for particulars as to the direction by the Attorney General and the search and seizure without a warrant. The plaintiff responds that the burden of proof is on the defendant.

[32] Paragraph 19 sets out alleged consequences of discrimination and, for the first time, mentions fraudulent or negligent misrepresentation. Again, what is set out, is short on particulars, however that section could perhaps be explored were there to be production of documents and examination for discovery.

[33] In paragraph 20 the plaintiff refers to agreements made by the "defendants", whoever they are, that the defendant, apparently through the Ministry of Agriculture, rescinded an "agreement" and that the plaintiff had relied upon various agreements as if they were true. That bare statement is all the paragraph says. Clearly the plaintiff refers to agreements in both the singular and the plural, but does not identify them. The defendant wishes to know what agreements were rescinded by the Ministry of Agriculture and what facts and particulars the plaintiff relies upon to say that he relied on the agreements. Again, the plaintiff responds that the burden of proof is on the defendant.

[34] Paragraphs 21 and 22 allege various breaches and consequences, including breaches of contract, misrepresentations and wrongful actions, including

[30] Aux paragraphes 15, 17 et 18, le demandeur allègue divers complots mettant en cause un cabinet d'avocats de Vancouver bien connu, la Law Society of British Columbia et un laboratoire d'essai; ces paragraphes ne renferment pas suffisamment de précisions pour permettre au lecteur de les comprendre, mais ils ne sont probablement pas pertinents.

[31] Au paragraphe 16, il est allégué que le procureur général a ordonné à la Gendarmerie royale du Canada d'effectuer sans mandat une perquisition chez le demandeur et de saisir le lait frais. Certains faits sont ici énoncés, sans qu'aucune précision ne soit fournie. La défenderesse cherche à obtenir des précisions au sujet de la directive donnée par le procureur général ainsi qu'au sujet de la perquisition et de la saisie effectuées sans mandat. Le demandeur répond que la charge de la preuve incombe à la défenderesse.

[32] Au paragraphe 19, les présumés effets de la discrimination sont énoncés et, pour la première fois, il est fait mention d'une fausse déclaration frauduleuse ou négligente. Encore une fois, l'énoncé manque de précisions, mais cette section pourrait peut-être être examinée si des documents étaient produits et s'il y avait un interrogatoire préalable.

[33] Au paragraphe 20, le demandeur mentionne des ententes conclues par les [TRADUCTION] «défenderesses», quelles qu'elles soient, et allègue que la défenderesse, apparemment par l'entremise du ministère de l'Agriculture, a résilié une [TRADUCTION] «entente» et qu'il s'était fondé sur diverses ententes comme s'il s'agissait d'ententes véritables. Ce paragraphe renferme uniquement ce simple énoncé. À coup sûr, le demandeur parle d'une entente et d'ententes, sans préciser de quelles ententes il s'agit. La défenderesse veut savoir quelles ententes ont été résiliées par le ministère de l'Agriculture et quels sont les faits et précisions sur lesquels le demandeur se fonde pour dire qu'il comptait sur les ententes. Encore une fois, le demandeur répond que la charge incombe à la défenderesse.

[34] Aux paragraphes 21 et 22, le demandeur allègue divers manquements et leurs effets, et notamment des ruptures de contrat, des fausses déclarations et des

trespass, illegal seizure of equipment and products and a resulting inability to pursue normal business activities, which have resulted in irreparable loss and damage. Again these are bare assertions which would give the defendant a good deal of difficulty to understand and to answer.

[35] I would also observe that the whole of the statement of claim is such that the Court would find it difficult both to understand what is sought and control a trial. Indeed, the statement of claim is so general and all-encompassing, yet so bereft of particulars, that the defendant would be unable to draft any useful and instructive answer, in short, a vexatious proceeding, a proceeding which even the Court would have difficulty controlling. This leads to the fact that the statement of claim suffers from three broad deficiencies. First, it is a fundamentally vexatious proceeding, such as was dealt with by the Court of Appeal in the *Murray* case, *supra*, in which the pleading reveals insufficient facts to show the basis for the claim, thus making it impossible for the defendant to answer, or for the court to regulate. A vexatious proceeding such as this will not lead to any practical result. As I have indicated the situation is that the statement of claim is so general and so all-encompassing, yet so bereft of particulars, that the defendant would be unable to draft any concise and useful answers. The second defect, again a fatal defect, is that the statement of claim contains so many varied allegations, without specifics, many of which are difficult to connect, it would be near impossible for a court either to properly regulate a trial or to transmute the various allegations into remedies. As such it is an abuse of the system and should be struck out. Finally, I do not see that the statement of claim sets out any reasonable causes of action.

#### Amendment

[36] At this point I must consider whether the statement of claim might be saved by an amendment, for it ought not to be struck out if there is a scintilla of a

actions illicites, y compris l'intrusion, la saisie illégale de matériel et de produits et l'incapacité de poursuivre les activités commerciales normales en résultant, ce qui a occasionné une perte et un préjudice irréparables. Encore une fois, il s'agit de simples assertions qu'il serait fort difficile pour la défenderesse de comprendre et auxquelles il serait fort difficile de répondre.

[35] Je tiens également à faire remarquer que la déclaration dans son ensemble est telle qu'il serait difficile pour la Cour de comprendre ce qui est demandé et d'exercer un contrôle sur l'instruction. De fait, la déclaration est si générale et si englobante, tout en étant dépourvue de précisions, que la défenderesse ne serait pas en mesure de rédiger une réponse utile instructive; bref, il s'agit d'une procédure vexatoire, une procédure sur laquelle la Cour elle-même aurait de la difficulté à exercer un contrôle. Cela nous amène au fait que la déclaration comporte de grosses lacunes. Premièrement, il s'agit d'une procédure fondamentalement vexatoire, comme c'était le cas dans l'arrêt *Murray*, précité, de la Cour d'appel, où l'acte de procédure ne révélait pas suffisamment de faits pour montrer ce sur quoi la demande était fondée, de sorte qu'il était impossible pour la défenderesse de répondre, ou pour la Cour de régler la procédure. Une procédure vexatoire telle que celle-ci ne saurait mener à un résultat pratique. Comme je l'ai dit, la déclaration est si générale et si englobante, tout en étant dépourvue de précisions, que la défenderesse ne serait pas en mesure de rédiger une réponse concise utile. Deuxièmement, et il s'agit encore une fois d'une lacune fatale, la déclaration renferme tant d'allégations diverses, sans précisions, dont un grand nombre peuvent difficilement être rattachées les unes aux autres, qu'il serait presque impossible pour un tribunal de régler l'instruction de la façon appropriée ou de transformer les diverses allégations en réparations. Partant, cela constitue un abus du système et la procédure devrait être radiée. Enfin, je ne puis constater dans la déclaration aucune cause d'action valable.

#### Modification

[36] Je dois ici déterminer s'il est possible de sauvegarder la déclaration en la modifiant; en effet, la déclaration ne devrait pas être radiée s'il existe la

legitimate cause of action. In this instance the statement of claim is so broad and so general that no amendment would seem to be of any assistance. This is all the more so in that the plaintiff has been unable to particularize any of the broad assertions. Thus, taking the statement of claim and the particulars, such as they are, there is not a scintilla of a possibility of the plaintiff raising a reasonable cause of action. Thus the statement of claim is struck out without leave to amend.

### Dismissal of the Action

[37] Finally, I should decide whether to dismiss the action. The statement of claim, taken by itself, perhaps suggests that I ought not to dismiss the action, for surely there must be one or two incidents which, if properly pleaded in a fresh action, might give rise to a cause of action. However, particulars are a pleading, a pleading which adds to the statement of claim. Here, in a sense, the particulars detract from the statement of claim because the plaintiff is unable, despite a specific direction and a court order, to provide any particulars at all. That being the case, the defendant ought not to be left exposed to the possibility of the plaintiff bringing a similar general and unfounded action in the future. This is all the more the case given that this matter has already been litigated, in one form or another, in the B.C. Supreme Court. The action will therefore be dismissed.

### CONCLUSION

[38] Mr. Pellikaan has produced a misguided statement of claim, which consists almost entirely of a selection of bare, vague and sometimes seemingly unconnected allegations, together with conclusions of breaches of unspecified sections of legislation and law, both domestic and international. The statement of claim breaches the fundamental precepts of pleading. To allow such a proceeding, which not only displays no reasonable cause of action on which it could possibly succeed, which is fundamentally vexatious and an abuse of the system such as to be completely futile without the slightest chance of success, would be improper. There being neither a possibility of a curative amendment, nor any indication that the action might be begun again in an

moindre cause d'action légitime. En l'espèce, la déclaration a une portée si étendue et générale qu'aucune modification ne semblerait utile. C'est d'autant plus le cas que le demandeur n'a pas pu donner de précisions au sujet des assertions générales. Si la déclaration et les précisions sont considérées telles quelles, il n'existe donc pas la moindre possibilité que le demandeur soulève une cause d'action valable. La déclaration est donc radiée, sans autorisation de la modifier.

### Rejet de l'action

[37] Enfin, je dois déterminer s'il faut rejeter l'action. La déclaration considérée en soi laisse peut-être entendre que je ne devrais pas rejeter l'action; en effet, il doit certes y avoir un ou deux événements qui, s'ils sont plaidés d'une façon appropriée dans une nouvelle action, pourraient donner lieu à une cause d'action. Toutefois, les précisions constituent une plaidoirie, une plaidoirie qui vient s'ajouter à la déclaration. Or, dans ce cas-ci, les précisions altèrent d'une certaine façon la déclaration parce que, même si une directive précise a été donnée et même si une ordonnance a été rendue par la Cour, le demandeur ne peut fournir aucune précision. Cela étant, la défenderesse ne devrait pas être exposée à la possibilité que le demandeur intente une action générale non fondée similaire dans l'avenir, d'autant plus que cette affaire a déjà été débattue, sous une forme ou une autre, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'action est donc rejetée.

### CONCLUSION

[38] M. Pellikaan a déposé une déclaration peu judicieuse, qui est presque entièrement composée de simples allégations, des allégations vagues et qui semblent parfois n'avoir aucun rapport les uns avec les autres, ainsi que de conclusions selon lesquelles des dispositions législatives et des dispositions de droit non désignées, tant internes qu'internationales, ont été violées. La déclaration ne respecte pas les préceptes fondamentaux applicables aux actes de plaidoirie. Il ne convient pas d'autoriser pareille procédure qui ne révèle aucune cause d'action valable permettant à la procédure d'avoir quelque chance de succès, une procédure qui est fondamentalement vexatoire et qui constitue un abus du système au point d'être tout à fait futile et de n'avoir

acceptable form, Mr. Pellikaan's action is struck out, without leave to amend, and is dismissed.

aucune chance de succès. Étant donné qu'il n'y a pas de possibilité de modification réparatrice et que rien n'indique qu'une nouvelle action puisse être intentée dans une forme acceptable, l'action de M. Pellikaan est radiée, sans autorisation de la modifier, et elle est rejetée.

[39] The defendant does not, in her motion, seek costs. Thus each side will bear their own costs.

[39] Dans sa requête, la défenderesse ne sollicite pas les dépens. Chaque partie supportera donc ses propres dépens.

IMM-3950-00  
2002 FCT 266

IMM-3950-00  
2002 CFPI 266

**Zhu Xian Chen** (*Applicant*)

**Zhu Xian Chen** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)

*INDEXED AS: CHEN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: CHEN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Hansen J.—Vancouver, August 9, 2001;  
Ottawa, March 8, 2002.

Section de première instance, juge Hansen—Vancouver,  
9 août 2001; Ottawa, 8 mars 2002.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — No duty on post-claim determination officer (PCDO) to disclose risk assessment to applicant before making determination — No duty on PCDO herein to disclose publicly available documents describing general country conditions of which applicant deemed to have been aware in advance of decision.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — L'agent de révision des revendications refusées (l'ARRR) n'est pas tenu de communiquer l'évaluation du risque au demandeur avant de rendre sa décision — L'ARRR en l'espèce n'est pas tenu de communiquer avant de rendre sa décision les documents accessibles au public qui décrivent la situation générale du pays et dont le demandeur est présumé avoir eu connaissance.*

The applicant arrived in British Columbia by boat in the summer of 1999 after having fled the People's Republic of China (PRC). Her Convention refugee claim was rejected in March 2000. The applicant subsequently applied for consideration as a member of the post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class. She submitted that she faced a potential risk to her life, inhumane treatment or extreme sanctions if returned to PRC because she had illegally exited that country, because of her and her family's practice of Christianity, and because she had had more than one child. Based on a U.S. Department of State report and a report by a Dr. Charles Burton after a site visit (the Burton Report), the PCDO found that the applicant would not be at risk because she was a Catholic or because she had left PRC illegally. Finally, with respect to the violation of the one-child policy, the PCDO relied on the Burton Report and the fact that the applicant had already been subjected to a forced tubal ligation and had already paid the fines for having two "extra" children, to find that the applicant could be returned to PRC without concern.

La demanderesse est arrivée en Colombie-Britannique par navire au cours de l'été 1999 après avoir fui la République populaire de Chine (la RPC). Sa revendication du statut de réfugié a été rejetée en mars 2000. La demanderesse a ensuite sollicité l'admission dans la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (la CDNRSRC). Elle prétend que sa vie risque d'être en danger et qu'elle risque de subir des traitements inhumains ou des sanctions extrêmes si elle est renvoyée en RPC pour trois motifs: elle est sortie illégalement de ce pays, sa famille et elle pratiquent le christianisme et elle a plus d'un enfant. Se fondant sur un rapport du département d'État américain et sur un rapport qu'a établi le D<sup>r</sup> Charles Burton après avoir effectué une visite du site (le rapport Burton), l'ARRR a conclu que la demanderesse ne courrait aucun danger du fait qu'elle est catholique ou qu'elle a quitté illégalement la RPC. Enfin, pour ce qui est de la violation de la politique d'un enfant par couple, l'ARRR s'est fondée sur le rapport Burton ainsi que sur le fait que la demanderesse avait déjà dû se soumettre à une ligature des trompes et avait déjà payé des amendes vu ses deux enfants [TRADUCTION] «de trop» pour conclure qu'on pouvait la renvoyer en RPC sans inquiétude.

This was an application for judicial review of the PCDO's decision. The issues were whether the PCDO breached the duty of fairness by failing to disclose either her risk analysis or the documents relied on in her risk analysis thereby depriving the applicant of the opportunity to respond to the

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'ARRR. Les questions litigieuses sont de savoir si l'ARRR a contrevenu à l'obligation d'équité en ne communiquant pas, avant de rendre sa décision, ni son analyse du risque ni les documents sur lesquels elle s'est fondée dans

materials in question, prior to reaching her decision.

*Held*, the application should be dismissed.

The PCDO did not breach the duty of fairness by failing to disclose to the applicant her risk analysis prior to reaching her decision. There was conflicting case law in the Trial Division as to the PCDO's duty in these circumstances. *Soto v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* held that, based on the Federal Court of Appeal decision in *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the PCDO was required to provide the applicant with an opportunity to comment on the risk assessment and address any possible errors before a final determination was made. *Mia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* distinguished *Haghighi* and held that the duty of fairness did not require disclosure of the risk assessment by the PCDO. The holding in *Haghighi* that the PCDO's risk assessment should have been disclosed was limited to the facts therein. Disclosure was required because immigration officials are likely to give "decisive weight" to the opinions of PCDOs as a result of their relative expertise in assessing risk. Since the PCDO's risk analysis herein comprised the reasons for decision under review, as stated in *Mia*, to accept the applicant's argument on this point would be to require administrative decision makers to issue draft reasons to applicants prior to releasing their decisions.

Nor did the PCDO breach the duty of fairness by failing to disclose to the applicant the documents relied on in her risk analysis, thereby depriving the applicant of the opportunity to respond to the materials in question prior to the PCDO reaching her decision. The applicant submitted that recent case law had expanded the duty of fairness to require the disclosure of all documents regarding general country conditions, regardless of when they became publicly available, on which the PCDO intended to rely prior to reaching a decision. Essentially, the applicant disputed the reliability of the findings of the Burton Report. The respondent submitted that all the documents relied upon by the PCDO were either submitted by the applicant or were publicly available at the time the applicant filed her submissions.

In *Mancia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Federal Court of Appeal decided that the duty of fairness did not require the PCDO to disclose to the applicant documents regarding general country conditions

son analyse du risque, privant ainsi la demanderesse de la possibilité de répondre aux documents en question.

*Jugement*: la demande est rejetée.

L'ARRR n'a pas contrevenu à l'obligation d'équité en ne communiquant pas son analyse du risque à la demanderesse avant de rendre sa décision. La Section de première instance a rendu des jugements contradictoires sur l'obligation de l'ARRR dans les circonstances. Dans *Soto c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour a conclu que, compte tenu de l'arrêt de la Section d'appel dans *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, l'ARRR était tenu de donner au demandeur la possibilité de faire des commentaires sur l'évaluation du risque et de corriger toute erreur possible avant la décision finale. La Cour dans *Mia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* a fait une distinction d'avec l'arrêt *Haghighi* et a conclu que l'obligation d'équité n'exigeait pas de l'ARRR qu'il communique l'évaluation du risque. La conclusion dans l'arrêt *Haghighi* selon laquelle l'évaluation du risque aurait dû être communiquée se limite aux faits sur lesquels elle reposait. La communication s'imposait parce que les fonctionnaires de l'immigration sont susceptibles de donner un « poids déterminant » aux avis de l'ARRR vu l'expertise relative de ce dernier dans l'évaluation du risque. Vu que l'« analyse du risque » de l'ARRR contient les motifs de la décision faisant l'objet de la demande de contrôle, accepter l'argument de la demanderesse à cet égard reviendrait, comme l'a affirmé la Cour dans *Mia*, à exiger des décideurs administratifs qu'ils communiquent des projets de décision aux demandeurs avant de rendre leurs décisions.

L'ARRR n'a pas non plus contrevenu à l'obligation d'équité en ne communiquant pas à la demanderesse avant de rendre sa décision les documents sur lesquels elle s'est fondée dans son analyse du risque, privant ainsi la demanderesse de la possibilité de répondre aux documents en question. La demanderesse soutient que la jurisprudence récente a étendu l'obligation d'équité de manière à exiger la communication de tous les documents portant sur la situation générale du pays sur lesquels l'ARRR a l'intention de se fonder avant de rendre sa décision, nonobstant le moment où ces documents deviennent accessibles au public. La demanderesse conteste essentiellement la fiabilité des conclusions du rapport Burton. Le défendeur affirme que tous les documents sur lesquels s'est fondée l'ARRR ont ou bien été présentés par la demanderesse ou bien étaient accessibles au public au moment où elle a déposé ses observations.

Dans l'arrêt *Mancia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour d'appel fédérale a décidé que l'obligation d'équité n'exigeait pas que l'ARRR communique au demandeur, avant de rendre sa décision, les documents

relied upon by the PCDO that were publicly available at the time the applicant's submissions were made in advance of rendering a decision. But, the duty of fairness would require the disclosure to the applicant of documents relied upon by the PCDO that became publicly available after the filing of the applicant's submissions where they are novel and significant and where they evidence changes in the general country conditions that may affect the decision. Herein, all of the documents, including the Burton Report, were publicly available at the time the applicant filed her submissions.

The Federal Court of Appeal decision in *Chu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, which stood for more disclosure concerned the danger opinion process as opposed to the PDRCC process. Furthermore, *Chu* did not overrule *Mancia* but instead reflected Rothstein J.A.'s view that the analysis had changed: the test was no longer whether the evidence was extrinsic evidence but whether disclosure was required to provide an individual with a meaningful opportunity to participate in the process. The rationale behind the rules in *Mancia* i.e. fairness requires that documents, reports, or opinions of which the applicant is neither aware, nor deemed to be aware, must be disclosed, remains. It survived the Federal Court of Appeal decisions in *Haghighi* and *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. Even in recent case law, applying the framework for defining the duty of fairness subsequent to the Supreme Court of Canada decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the overriding concern with respect to the disclosure is whether the document, opinion, or report is one of which the individual is aware or deemed to be aware.

While the applicant framed her argument in the language of disclosure, her complaints with respect to the reliability of the documents and the inconsistencies among them were actually related to the degree of weight accorded to them by the PCDO. The document that the applicant argued should have been disclosed to her was one of which she was deemed to have been aware. In these circumstances, it could not be found that the applicant was denied a full and fair opportunity to present her case.

The principles of fairness as enunciated in *Baker*, *Haghighi* and *Bhagwandass* do not extend so far as to require disclosure in the circumstances of this case. The PCDO was not obligated to disclose publicly available documents describing general country conditions of which the applicant was deemed to have been aware in advance of rendering her decision.

relatifs à la situation générale du pays sur lesquels il s'est fondé et qui étaient accessibles au public au moment où le demandeur a fait ses observations. Mais, l'obligation d'équité exigerait que l'ARRR communique au demandeur les documents sur lesquels il s'est fondé et qui sont devenus accessibles au public après le dépôt des observations du demandeur à condition qu'ils soient inédits et importants et qu'ils fassent état de changements survenus dans la situation du pays qui risquent d'avoir une incidence sur sa décision. En l'espèce, tous les documents, dont le rapport Burton, étaient accessibles au public lorsque la demanderesse a déposé ses observations.

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Chu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, qui préconisait une plus grande communication, portait sur le processus d'avis de danger plutôt que sur le processus applicable à la CDNRSR. En outre, l'arrêt *Chu* n'a pas écarté l'arrêt *Mancia*. Il reflétait plutôt l'opinion du juge Rothstein que l'analyse avait changé: le critère applicable ne consiste plus à savoir si les éléments de preuve en cause constituent une preuve extrinsèque, mais plutôt à savoir s'il doit y avoir communication pour que la personne ait une possibilité significative de participer au processus. Le fondement des règles établies dans *Mancia*, soit que l'équité exige que les documents, les rapports et les avis dont la demanderesse n'a pas connaissance ou n'est pas présumée avoir connaissance soient communiqués, demeure. Il résiste aux arrêts de la Cour d'appel fédérale dans *Haghighi* et *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Même dans la jurisprudence récente, qui applique le cadre postérieur à l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* de la Cour suprême du Canada pour définir l'obligation d'équité, la préoccupation dominante relativement à la communication consiste à savoir si la personne a connaissance ou est présumée avoir connaissance du document, de l'avis ou du rapport.

Même si la demanderesse a formulé son argumentation en des termes relatifs à la communication, ses plaintes portant sur la fiabilité des documents et sur les contradictions entre eux ont trait au degré d'importance que l'ARRR a accordé à ces documents. Le document qui, selon la demanderesse, aurait dû lui être communiqué est un document dont elle est présumée avoir eu connaissance. Dans ces circonstances, la Cour ne peut pas conclure qu'on a privé la demanderesse d'une possibilité équitable de présenter l'ensemble de sa preuve.

Les principes d'équité énoncés dans les arrêts *Baker*, *Haghighi* et *Bhagwandass* ne vont pas jusqu'à exiger la communication dans les circonstances de la présente affaire. L'ARRR n'était pas tenue de communiquer avant de rendre sa décision les documents accessibles au public qui décrivent la situation générale du pays et dont la demanderesse est présumée avoir eu connaissance.

Questions formulating the two issues dealt with herein were certified as questions of general importance.

Les deux questions traitées en l'espèce sont certifiées en tant que questions de portée générale.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2(1) "member of the post-determination refugee claimants in Canada class" (as enacted by SOR/93-44, s. 1; 97-182, s. 1).

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1) «demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada» (édicte par DORS/93-44, art. 1; 97-182, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Mia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1150; [2001] F.C.J. No. 1584 (T.D.) (QL); *Mancia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 461; (1998), 161 D.L.R. (4th) 488; 45 Imm. L.R. (2d) 131; 226 N.R. 134 (C.A.); *Nadarajah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 112 F.T.R. 296; 33 Imm. L.R. (2d) 234 (F.C.T.D.); *Khanam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1090; [2001] F.C.J. No. 1497 (T.D.) (QL).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Mia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1150; [2001] A.C.F. n° 1584 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Mancia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 461; (1998), 161 D.L.R. (4th) 488; 45 Imm. L.R. (2d) 131; 226 N.R. 134 (C.A.); *Nadarajah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 112 F.T.R. 296; 33 Imm. L.R. (2d) 234 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Khanam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1090; [2001] A.C.F. n° 1497 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

NOT FOLLOWED:

*Soto v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 818; [2001] F.C.J. No. 1207 (T.D.) (QL).

DÉCISION NON SUIVIE:

*Soto c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 818; [2001] A.C.F. n° 1207 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

DISTINGUISHED:

*Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 407; (2000), 189 D.L.R. (4th) 268; 24 Admin. L.R. (3d) 36; 257 N.R. 139 (C.A.); *Chu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 270 N.R. 149 (F.C.A.); *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 3; (2001), 199 D.L.R. (4th) 519; 13 Imm. L.R. (3d) 96; 268 N.R. 337 (C.A.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 407; (2000), 189 D.L.R. (4th) 268; 24 Admin. L.R. (3d) 36; 257 N.R. 139 (C.A.); *Chu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 270 N.R. 149 (C.A.F.); *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 3; (2001), 199 D.L.R. (4th) 519; 13 Imm. L.R. (3d) 96; 268 N.R. 337 (C.A.).

REFERRED TO:

*Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82; 170 N.R. 238 (F.C.A.); *Nadarajah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 237 N.R. 15 (F.C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

DÉCISIONS CITÉES:

*Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82; 170 N.R. 238 (C.A.F.); *Nadarajah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 237 N.R. 15 (C.A.F.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.



## AUTHORS CITED

Burton, Charles. *Heaven is High and the Emperor Far Away: Report from the Fuzhou Metropolitan Counties of Lianjiang, Mawei, Fuqing, and Changle*. March 2000.

U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices for 1999*. Washington: U.S. Government Printing Office, 2000.

APPLICATION for judicial review of a post-claim determination officer's decision that the applicant was not a member of the post-determination refugee claimants in Canada class. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Adrian D. Huzel* for applicant.  
*Mark J. Sheardown* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Larson Boulton Sohn Stockholder*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] HANSEN J.: The applicant, Zhu Xian Chen, seeks judicial review of the decision of post-claim determination officer Neeta Sandhu (the PCDO), dated July 5, 2000. The PCDO determined that the applicant was not a member of the post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class.

[2] The relevant facts can be summarized briefly. The applicant fled the People's Republic of China (PRC) by boat on July 29, 1999. She was one of a number of individuals who arrived on the shores of British Columbia from the Fujian province of China in the summer of 1999. The applicant's Convention refugee claim was rejected on March 23, 2000. The applicant subsequently applied for consideration as a member of the PDRCC class.

## DOCTRINE

Burton, Charles. *Heaven is High and the Emperor Far Away: Report from the Fuzhou Metropolitan Counties of Lianjiang, Mawei, Fuqing, and Changle*. March 2000.

U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices for 1999*. Washington: U.S. Government Printing Office, 2000.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent de révision des revendications refusées selon laquelle la demanderesse ne faisait pas partie de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Adrian D. Huzel* pour la demanderesse.  
*Mark J. Sheardown* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Larson Boulton Sohn Stockholder*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE HANSEN: La demanderesse, Zhu Xian Chen, sollicite le contrôle judiciaire de la décision que l'agente de révision des revendications refusées Neeta Sandhu (l'ARRR) a rendue le 5 juillet 2000. Celle-ci a conclu que la demanderesse ne faisait pas partie de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (la CDNRSRC).

[2] On peut résumer brièvement les faits pertinents. La demanderesse a fui la République populaire de Chine (la RPC) par navire le 29 juillet 1999. Elle était l'une des personnes qui sont arrivées sur les côtes de la Colombie-Britannique en provenance de la province de Fujian en Chine lors de l'été 1999. La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention de la demanderesse a été rejetée le 23 mars 2000. La demanderesse a ensuite sollicité l'admission dans la CDNRSRC.

[3] The applicant's submissions state that she faces a potential risk to her life, inhumane treatment or extreme sanctions if returned to the PRC because she illegally exited China. She notes that there are penalties in place in the PRC for persons who exit the country illegally, including incarceration for extended periods of time under deplorable conditions, beatings and fines. Her submissions emphasize the point that, while these penalties may not have been strictly enforced in the past, they will be enforced in her case because the Chinese government suffered international embarrassment over the "boat people" incident. She states that since it is the central Chinese government that will be punishing her upon her return, there is no internal flight alternative. She submits that she faces further risks because of her and her family's practice of Christianity and because she has had more than one child.

[4] The PCDO found that the applicant is not a member of the PDRCC class as defined in subsection 2(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 [as enacted by SOR/93-44, s. 1; 97-182, s. 1], because the applicant would not be subjected to serious risk to her life, extreme sanctions or inhumane treatment if she were returned to China. Her decision states that she relied on the following sources:

PDRCC submissions and documentary evidence submitted by counsel;

- (1) Personal Information form;
- (2) CRDD decision and reasons;
- (3) *Heaven is High and the Emperor Far Away: Report from the Fuzhou Metropolitan Counties of Lianjiang, Mawei, Fuqing, and Changle* by Dr. Charles Burton—site visit January 25-30, 2000;
- (4) U.S. Department of State, *Country Reports on Human Rights Practices for 1999: China*, February 25, 2000; and
- (5) IRB Research Directorate, Response to Information Request #CHN32869.EX22, September 22, 1999.

[3] Dans ses observations, la demanderesse déclare que sa vie risque d'être en danger et qu'elle risque de subir des traitements inhumains ou des sanctions extrêmes si elle est renvoyée en RPC car elle est sortie illégalement de ce pays. Elle souligne que des sanctions sont prévues en RPC pour les personnes qui sortent du pays illégalement, notamment l'incarcération pendant des périodes prolongées dans des conditions déplorables, des raclées et des amendes. Ses observations insistent sur l'argument que, même si on n'a pas appliqué de façon stricte ces sanctions dans le passé, elles le seront dans son cas puisque le gouvernement chinois a été humilié au niveau international en raison de l'incident des [TRADUCTION] «réfugiés de la mer». Elle déclare qu'étant donné que ce sera le gouvernement central de la Chine qui la punira à son retour, il n'existe aucune possibilité de refuge intérieur. Elle soutient courir des risques additionnels en raison du fait qu'elle et sa famille pratiquent le christianisme et qu'elle a plus d'un enfant.

[4] L'ARRR a conclu que la demanderesse ne faisait pas partie de la CDNRSRC au sens du paragraphe 2(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 [édicte par DORS/93-44, art. 1; 97-182, art. 1], parce que la vie de la demanderesse ne serait pas gravement en danger et que celle-ci ne ferait pas l'objet de sanctions extrêmes ni de traitements inhumains si elle était renvoyée en Chine. Dans sa décision, l'agente déclare qu'elle s'est fondée sur les sources suivantes:

Les observations relatives à la CDNRSRC et la preuve documentaire qu'ont présentées les avocats;

- 1) Le formulaire de renseignements personnels;
- 2) La décision et les motifs de la SSR;
- 3) *Heaven is High and the Emperor Far Away: Report from the Fuzhou Metropolitan Counties of Lianjiang, Mawei, Fuqing, and Changle*, par le D<sup>r</sup> Charles Burton—visite du site du 25 au 30 janvier 2000;
- 4) Secrétariat d'État américain, *Country Reports on Human Rights Practices for 1999: China*, 25 février 2000;
- 5) Direction des recherches de la CISR, Réponse à la demande de renseignement #CHN32869.EX22, 22 septembre 1999.

[5] In the written reasons for rejecting the application, the PCDO found the evidence to indicate that the applicant would not be at risk because she is Catholic. She cites extensively to the U.S. Department of State *Country Reports on Human Rights for 1999: China* (the Country Reports 1999) and also to a more recent report entitled *Heaven is High and the Emperor Far Away: Report from the Fuzhou Metropolitan Counties of Lianjiang, Mawei, Fuqing, and Changle* by Dr. Charles Burton (the Burton Report).

[6] With respect to the issue of the applicant's illegal exit from China, the PCDO found that there was insufficient persuasive evidence that she would face punishment upon her return. Here the PCDO relied heavily on the Burton Report. The PCDO also noted that although the applicant argued that the extensive media coverage of the "boat people" arriving on Canadian shores caused great embarrassment to the Chinese government, she found that the policies and punishments that exist "on the books" are generally not implemented.

[7] And finally, with respect to the applicant's argument that she faces risk associated with her violation of China's one-child policy, the PCDO relied on the Burton Report and the fact that the applicant had already been subjected to a forced tubal ligation and had already paid the fines for having two "extra" children, to find that the applicant could be returned to China without concern.

[8] The PCDO concluded as follows:

I note that documentation on China indicates that human rights conditions are not very favourable, but this in itself is not sufficient to find the applicant at risk. There must be a link between the individual's case and above. There is insufficient information between her own particular situation and China's country conditions to support that she would be specifically targeted or subjected to an objectively identifiable risk if she returned to China.

[5] Dans ses motifs écrits de rejet de la demande, l'ARRR a considéré que la preuve indiquait que la demanderesse ne courrait aucun danger du fait qu'elle est catholique. L'agente cite abondamment le *Country Reports on Human Rights for 1999: Chine* (Secrétariat d'État américain) (le Country Reports 1999) de même qu'un rapport plus récent intitulé *Heaven is High and the Emperor Far Away: Report from the Fuzhou Metropolitan Counties of Lianjiang, Mawei, Fuqing, and Changle*, par le Dr Charles Burton (le rapport Burton).

[6] Relativement à la question de la sortie illégale de la Chine de la demanderesse, l'ARRR a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve persuasifs indiquant qu'elle ferait face à des sanctions à son retour. L'ARRR s'est fondée beaucoup sur le rapport Burton pour tirer cette conclusion. Elle a également souligné que, malgré la prétention de la demanderesse selon laquelle la couverture médiatique importante ayant entouré l'arrivée des «réfugiés de la mer» sur les côtes canadiennes avait constitué une grande humiliation pour le gouvernement chinois, les politiques et les sanctions [TRADUCTION] «officielles» n'étaient généralement pas appliquées.

[7] Et finalement, quant à l'argument de la demanderesse selon lequel elle fait face aux risques liés à sa violation de la politique chinoise d'un enfant par couple, l'ARRR s'est fondée sur le rapport Burton ainsi que sur le fait que la demanderesse avait déjà dû se soumettre à une ligature des trompes et avait déjà payé des amendes vu ses deux enfants [TRADUCTION] «de trop» pour conclure qu'on pouvait la renvoyer en Chine sans inquiétude.

[8] L'ARRR a tiré la conclusion suivante:

Je souligne que la documentation relative à la Chine indique que la situation en matière de droits de la personne n'est pas très favorable, mais cela ne suffit pas en soi pour que je conclue que la demanderesse est en danger. Il doit y avoir un lien entre le cas de la personne et cette situation. Il n'y a pas suffisamment de renseignements indiquant l'existence d'un lien entre sa situation personnelle et la situation prévalant en Chine pour qu'on puisse conclure qu'elle serait expressément ciblée ou ferait face à un risque objectivement identifiable si elle retournait dans ce pays.

## DECISION:

Based on the evidence before me, I do not see a reasonable possibility the applicant would be at risk should she be removed to China. The applicant is not a member of the PDRCC class.

## ISSUES

[9] The applicant raises the following issues:

(1) Did the PCDO breach the duty of fairness by failing to disclose to the applicant her risk analysis prior to reaching her decision?

(2) Did the PCDO breach the duty of fairness by failing to disclose to the applicant the documents relied on in her risk analysis, thereby depriving the applicant of the opportunity to respond to the materials in question prior to reaching her decision? and,

(3) Did the PCDO fetter her discretion in by relying on the CRDD's assessment of the applicant's credibility instead of making her own independent determination?

The third issue was not pursued in oral argument, therefore, I will focus exclusively on the first two issues raised.

## ANALYSIS

Issue No. 1

Did the PCDO breach the duty of fairness by failing to disclose to the applicant her risk analysis prior to the PCDO reaching her decision?

[10] The applicant relies on the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 407 for the proposition that the PCDO had a duty to disclose her risk analysis report to the applicant and to allow the applicant an opportunity to respond to the findings contained therein prior to rendering a decision.

[11] Lemieux J. has held that the duty of fairness does require disclosure in these situations. In *Soto v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT

## DÉCISION:

Compte tenu de la preuve dont je suis saisie, je ne vois aucune possibilité raisonnable que la demanderesse soit en danger si elle est renvoyée en Chine. La demanderesse n'est pas membre de la CDNRSRC.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[9] La demanderesse soulève les questions suivantes:

1) L'ARRR a-t-elle contrevenu à l'obligation d'équité en ne communiquant pas son analyse du risque à la demanderesse avant de rendre sa décision?

2) L'ARRR a-t-elle contrevenu à l'obligation d'équité en ne communiquant pas à la demanderesse les documents sur lesquels elle s'est fondée dans son analyse du risque, privant ainsi la demanderesse de la possibilité de répondre aux documents en question avant de rendre sa décision?

3) L'ARRR a-t-elle entravé son pouvoir discrétionnaire en se fiant sur l'évaluation par la SSR de la crédibilité de la demanderesse plutôt que de déterminer elle-même cette crédibilité de façon indépendante?

La troisième question n'ayant pas été plaidée, je traite uniquement des deux premières questions soulevées.

## ANALYSE

Question n° 1

L'ARRR a-t-elle contrevenu à l'obligation d'équité en ne communiquant pas son analyse du risque à la demanderesse avant de rendre sa décision?

[10] La demanderesse invoque l'arrêt récent de la Cour d'appel fédérale *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 407, à l'appui de l'argument que l'ARRR avait l'obligation de lui communiquer son rapport d'analyse du risque et de lui fournir la possibilité de répondre aux conclusions de ce rapport avant de rendre sa décision.

[11] Le juge Lemieux a conclu que l'obligation d'équité exigeait la communication dans ces cas. Dans *Soto c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

818; [2001] F.C.J. No. 1207 (T.D.) (QL) Lemieux J. held that the PCDO is required to provide the applicant with an opportunity to comment on the risk assessment and address any possible errors before the final determination is made. He stated at paragraph 19:

In my view, *Haghighi, supra*, is directly on point. In this case, the Federal Court of Appeal upheld Justice Gibson's ruling that because of the Supreme Court of Canada's decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, the duty of fairness now includes the disclosure of a risk assessment report by a PCDO so that an applicant may attempt to correct errors or to point out omissions in the report, even when the report or risk assessment was based on material supplied by the applicant as part of his PDRCC application and other publicly available information that was reasonably available to the applicant.

[12] Subsequently, McKeown J. faced the same issue in *Mia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1150; [2001] F.C.J. 1584 (T.D.) (QL). McKeown J., however, was of the opinion that the duty of fairness does not require disclosure of the risk assessment by the PCDO. He addressed the holding in *Soto, supra*, as follows at paragraph 11:

With respect, I disagree that the principles of fairness require a PCDO conducting a risk assessment to determine if the applicant is a member of the PDRCC class to disclose the risk assessment prior to making his decision. In my view, this would be tantamount to a decision-maker being required to provide its reasons for the decision for comment prior to making the final decision. This is a case where the person who reviewed the evidence made the decision. No one else was involved. This is not a case where the decision-maker is receiving input from other persons than the applicant. Further, I note that *Haghighi* dealt with an application under humanitarian and compassionate grounds. Thus there was no reviewable error on this issue.

[13] With respect, I agree with McKeown J. In *Haghighi*, the Federal Court of Appeal considered the decision of an immigration officer on a humanitarian

*l'Immigration*), 2001 CFPI 818; [2001] A.C.F. n° 1207 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), il a conclu que l'ARRR était tenu de donner au demandeur la possibilité de faire des commentaires sur l'évaluation du risque et de corriger toute erreur possible avant la décision finale. Il a déclaré ceci au paragraphe 19:

À mon avis, *Haghighi*, précité, a une pertinence directe à cet égard. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement du juge Gibson selon lequel, en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, l'obligation d'équité implique désormais que le rapport d'évaluation du risque d'un ARRR soit divulgué afin que le demandeur ait la possibilité de corriger des erreurs ou de relever des omissions, et ce même si le rapport ou l'évaluation du risque se fonde sur de la documentation fournie par le demandeur, avec sa demande de reconnaissance à titre de DNRSRC, ou sur d'autres renseignements du domaine public qui lui sont raisonnablement accessibles.

[12] Par la suite, le juge McKeown a fait face à la même question dans *Mia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1150; [2001] A.C.F. n° 1584 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Il était toutefois d'avis que l'obligation d'équité n'exigeait pas de l'ARRR qu'il communique l'évaluation du risque. Il s'est exprimé ainsi, au paragraphe 11, en ce qui a trait à la conclusion tirée dans *Soto*, précité:

En toute déférence, je ne crois pas que les principes d'équité obligent un ARRR qui procède à une évaluation du risque pour savoir si le demandeur est membre de la catégorie DNRSRC à divulguer l'évaluation en question avant d'en arriver à sa décision. À mon sens, reconnaître l'existence de cette obligation équivaudrait pour ainsi dire à contraindre un décideur à communiquer les motifs de sa décision à des fins de commentaires avant de prendre sa décision finale. Dans la présente affaire, la personne qui a examiné les éléments de preuve a pris la décision. Aucune autre personne n'a participé au processus. Il ne s'agit pas d'un cas où le décideur reçoit des renseignements de personnes autres que le demandeur. De plus, je souligne que l'arrêt *Haghighi* portait sur une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Par conséquent, aucune erreur susceptible de révision n'a été commise à ce sujet.

[13] Avec égards, je suis d'accord avec le juge McKeown. Dans l'arrêt *Haghighi*, la Cour d'appel fédérale a examiné la décision d'une agente

and compassionate (H&C) application. In assessing the application, the immigration officer relied on a risk assessment opinion prepared by a PCDO at the request of the immigration officer. The risk assessment in *Haghighi* was not the decision under review. The issue was whether the report prepared by the third party, the PCDO, should have been disclosed to the applicant for comment before the immigration officer made a final determination on the H&C application. The Court held that the duty of fairness requires that the applicant be provided with an opportunity to fully and fairly present his case. The Minister had breached this duty because the applicant had not been afforded an opportunity to respond to the PCDO's report before the final H&C determination was made.

[14] Therefore, while *Haghighi* held that the PCDO's risk assessment should have been disclosed to the applicant even though it contained no facts, or allegations of fact, that were not within the knowledge of the applicant (by virtue of being publicly available to him), this holding must be limited to the facts upon which it was based. Disclosure was required, in the Court's view, because immigration officials are likely to give "decisive weight" to the opinions of PCDOs as a result of their relative expertise in assessing risk.

[15] Otherwise, Evans J.A. notes in *Haghighi, supra*, at paragraph 36, "the influence on the decision maker of the submissions that [the applicant] made in support of their application is likely to be greatly diminished by the [PCDO's] report".

[16] On the facts before me, the PCDO's "risk analysis" comprises the reasons for the decision under review. I share McKeown J.'s concern that to accept the applicant's argument on this point would be to require administrative decision makers to issue draft reasons to applicants prior to releasing their decisions.

[17] For these reasons, I conclude that the duty of fairness was not breached when the PCDO failed to

d'immigration sur une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire (CH). Dans l'évaluation de la demande, l'agente d'immigration s'est fondée sur un avis d'évaluation du risque préparé à sa demande par un ARRR. La décision dont on demandait le contrôle dans *Haghighi* n'était pas l'évaluation du risque. La question était de savoir si le rapport préparé par le tiers, l'ARRR, aurait dû être communiqué au demandeur pour commentaires avant que l'agente d'immigration ne rende une décision finale sur la demande CH. La Cour a conclu que l'obligation d'équité exigeait que le demandeur ait une possibilité équitable de présenter l'ensemble de sa preuve. Le ministre avait contrevenu à cette obligation puisque le demandeur n'avait pas eu la possibilité de répondre au rapport de l'ARRR avant la décision finale sur la demande CH.

[14] Par conséquent, bien qu'il ait été conclu dans *Haghighi* que l'évaluation du risque de l'ARRR aurait dû être communiquée au demandeur même si cette évaluation ne contenait aucun fait et aucune allégation de fait dont le demandeur n'avait pas connaissance (puisque'il bénéficiait de leur accessibilité au public), cette conclusion doit être limitée aux faits sur lesquels elle reposait. La Cour était d'avis que la communication s'imposait parce que les fonctionnaires de l'immigration sont susceptibles de donner un «poids déterminant» aux avis de l'ARRR vu l'expertise relative de ce dernier dans l'évaluation du risque.

[15] Autrement, selon le juge Evans, J.C.A., dans *Haghighi*, précité, au paragraphe 36, «l'influence sur le décideur des arguments [que le demandeur a] présentés à l'appui [de sa] demande sera vraisemblablement grandement diminuée par le rapport [de l'ARRR]».

[16] À la lumière des faits dont je suis saisie, l'«analyse du risque» de l'ARRR contient les motifs de la décision faisant l'objet de la demande de contrôle. Je partage la préoccupation du juge McKeown selon laquelle accepter l'argument de la demanderesse à cet égard reviendrait à exiger des décideurs administratifs qu'ils communiquent des projets de décision aux demandeurs avant de rendre leurs décisions.

[17] Pour ces motifs, je conclus que l'ARRR n'a pas contrevenu à l'obligation d'équité lorsqu'elle a omis de

disclose the risk assessment to the applicant before making her determination.

#### Issue No. 2

Did the PCDO breach the duty of fairness by failing to disclose to the applicant the documents relied on in her risk analysis, thereby depriving the applicant of the opportunity to respond to the materials in question prior to the PCDO reaching her decision?

[18] The applicant submits that recent jurisprudence has expanded the duty of fairness to require the disclosure of all documents regarding general country conditions, regardless of when they became publicly available, on which the PCDO intends to rely prior to reaching a decision.

[19] The applicant complains that, in the present case, the PCDO put undue weight on the Burton Report. This report was prepared by political counsellor Dr. Charles Burton based on a four-day fact-finding mission to Fujian at the end of January 2000. During his visit, Dr. Burton met with officials from Fuzhou and interviewed several “illegal emigrants who had been returned from abroad”.

[20] The applicant disputes the reliability of the findings contained in this report. The applicant submits that she was entitled to receive notice that the PCDO intended to rely on the Burton Report and the duty of fairness requires that she be afforded the opportunity to point out the weaknesses of the Burton Report prior to the PCDO reaching her decision.

[21] The respondent maintains that all the documents relied upon by the PCDO were either submitted by the applicant or were publicly available at the time the applicant filed her submissions. Accordingly, the duty of fairness did not require disclosure of the documents prior to a decision being reached. The respondent is correct with respect to the factual assertion. Although there was some confusion about the exact date the Burton Report became available to the public, it is clear that it was made available after the date the applicant's

communiquer l'évaluation du risque au demandeur avant de rendre sa décision.

#### Question n° 2

L'ARRR a-t-elle contrevenu à l'obligation d'équité en ne communiquant pas à la demanderesse les documents sur lesquels elle s'est fondée dans son analyse du risque, privant ainsi la demanderesse de la possibilité de répondre aux documents en question avant de rendre sa décision?

[18] La demanderesse soutient que la jurisprudence récente a étendu l'obligation d'équité de manière à exiger la communication de tous les documents portant sur la situation générale du pays sur lesquels l'ARRR a l'intention de se fonder avant de rendre sa décision, nonobstant le moment où ces documents deviennent accessibles au public.

[19] La demanderesse se plaint qu'en l'espèce, l'ARRR a accordé une importance indue au rapport Burton. Le conseiller politique Charles Burton a préparé ce rapport à partir d'une mission d'enquête de quatre jours dans la province de Fujian à la fin de janvier 2000. Lors de cette visite, le D' Burton a rencontré des fonctionnaires de Fuzhou et a interrogé plusieurs [TRADUCTION] «immigrants illégaux qui avaient été renvoyés de l'étranger».

[20] La demanderesse conteste la fiabilité des conclusions du rapport. Elle soutient qu'elle avait le droit de recevoir un avis indiquant que l'ARRR avait l'intention de se fonder sur le rapport Burton et que l'obligation d'équité exigeait qu'elle ait la possibilité de relever les faiblesses de ce rapport avant que l'ARRR ne parvienne à sa décision.

[21] Le défendeur affirme que tous les documents sur lesquels s'est fondée l'ARRR ont été présentés par la demanderesse ou étaient accessibles au public au moment où elle a déposé ses observations. En conséquence, l'obligation d'équité ne prescrivait pas la communication des documents avant la prise de la décision. Le défendeur a raison quant à l'affirmation de fait. Bien qu'il y ait eu une certaine confusion au sujet de la date exacte à laquelle le rapport Burton a été rendu accessible au public, ce rapport l'a clairement été après

refugee claim was rejected and before the dates the applicant filed her application and submissions for consideration as a member of the PDRCC class.

[22] The Federal Court of Appeal decision in *Mancia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 461 established a framework for approaching this issue. With respect to documents regarding general country conditions relied upon by the PCDO that were publicly available at the time the applicant's submissions were made, the duty of fairness does not require the PCDO to disclose the documents to the applicant in advance of rendering a decision. The onus is on the applicant to canvass the documentary evidence and to address any concerns in the submissions filed with the application.

[23] With respect to documents relied upon by the PCDO that became publicly available after the filing of the applicant's submissions, the Court in *Mancia* [at paragraph 27] identified two criteria that, if satisfied, would require disclosure. The duty of fairness would require the disclosure of the documents to the applicant "where they are novel and significant and where they evidence changes in the general country conditions that may affect the decision".

[24] Therefore, if I were to apply the framework developed in *Mancia* to the facts in this case, the duty of fairness would not require the PCDO to disclose to the applicant the documents she intended to rely on in her determination. All of the documents, including the Burton Report, were publicly available at the time the applicant filed her submissions.

[25] The applicant submits, however, that the Federal Court of Appeal in *Chu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 270 N.R. 149 overruled its earlier decision in *Nadarajah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 237 N.R. 15. Since the Federal Court of Appeal in *Nadarajah* applied *Mancia*, the applicant argues that, by extension, *Mancia* is also overruled. The applicant relies

le rejet de la revendication du statut de réfugié de la demanderesse et avant que celle-ci ne dépose sa demande d'admission dans la CDNRSRC et ses observations à l'appui.

[22] L'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Mancia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 461, a établi un cadre de traitement de cette question. Quant aux documents relatifs à la situation générale du pays sur lesquels s'est fondé l'ARRR et qui étaient accessibles au public au moment où la demanderesse a fait ses observations, l'obligation d'équité n'oblige pas l'ARRR à lui communiquer ces documents avant de rendre sa décision. Il incombe à la demanderesse de rassembler la preuve documentaire et de dissiper tout doute dans les observations qu'il dépose avec la demande.

[23] En ce qui concerne les documents sur lesquels s'est fondé l'ARRR et qui sont devenus accessibles au public après le dépôt des observations du demandeur, la Cour, dans *Mancia* [au paragraphe 27], a énoncé deux critères qui, si respectés, rendraient la communication obligatoire. L'obligation d'équité exigerait la communication des documents à la demanderesse «à condition qu'ils soient inédits et importants et qu'ils fassent état de changements survenus dans la situation du pays qui risquent d'avoir une incidence sur sa décision».

[24] Par conséquent, si j'appliquais le cadre élaboré dans l'arrêt *Mancia* aux faits de la présente affaire, l'obligation d'équité ne forcerait pas l'ARRR à communiquer à la demanderesse les documents sur lesquels elle voulait se fonder pour rendre sa décision. Tous les documents, dont le rapport Burton, étaient accessibles au public lorsque la demanderesse a déposé ses observations.

[25] La demanderesse soutient cependant que, dans l'arrêt *Chu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 270 N.R. 149, la Cour d'appel fédérale a écarté la décision qu'elle avait rendu antérieurement dans *Nadarajah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 237 N.R. 15. La Cour d'appel fédérale ayant appliqué l'arrêt *Mancia* dans l'arrêt *Nadarajah*, la demanderesse prétend que,



on the following statement by Rothstein J.A. in the Federal Court of Appeal case of *Chu*, *supra*, at paragraph 10:

As noted earlier, the certified question in this case related to whether there was a duty to disclose country information documents to the appellant that had been neither specifically identified nor previously provided to him. The answer with respect to the Ministerial Opinion Report is equally applicable to other documents submitted by Ministry officials to the Minister's delegate. Any documents submitted to the Minister's delegate by Ministry officials acting in an adversarial role to the appellant must generally be disclosed to the appellant, or at least must be specifically identified if the documents are generally available. In this respect, prior decisions such as *Chu (T.T.) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 225 N.R. 378 (F.C.A.), leave to appeal refused by Supreme Court of Canada, [1998] S.C.C.A. No. 330 (1998), 236 N.R. 387, and *Nadarajah v. Canada (MCI)* (1996), 33 Imm. L.R. (2d) 234 (F.C.T.D.), have been overtaken by *Baker* and *Bhagwandass*.

[26] McKeown J. has recently had occasion to consider the impact of the *Chu* decision in *Khanam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1090; [2001] F.C.J. No. 1497 (T.D.) (QL). The decision under review before McKeown J. was that of a PCDO who had relied on a document regarding general country conditions that post-dated the applicant's submissions. McKeown J. considered the decision in *Chu* and distinguished it from the matter before him. He noted that *Chu* concerned the duty of fairness within the context of the danger opinion process. He then contrasted the PDRCC process with the danger opinion process noting the adversarial nature of the latter and that there is no *lis inter partes* in the PDRCC process. As well, unlike the danger opinion process where ministry officials submit reports to the decision maker, the PCDO does not obtain reports from third parties adverse in interest to the applicant. He remarked that in the PRDCC context applicants are informed at the outset what documents will be relied upon in the decision-making process. He also noted the fundamental difference between the PDRCC and danger opinion contexts in that a PDRCC decision does not necessarily facilitate the removal of an applicant. Therefore, having distinguished the danger opinion process from the

par suite logique, l'arrêt *Mancia* est aussi écarté. La demanderesse invoque l'énoncé suivant que le juge Rothstein de la Cour d'appel fédérale a fait dans l'arrêt *Chu*, précité, au paragraphe 10:

La question certifiée en l'espèce consiste, tel que mentionné précédemment, à savoir s'il existait une obligation de communiquer à l'appelant des documents contenant des renseignements sur le pays qui n'avaient pas été identifiés expressément ni fournis à l'appelant. La réponse relative au Rapport sur l'avis du ministre s'applique également aux autres documents que les fonctionnaires du ministère ont remis au représentant du ministre. Tout document présenté au représentant du ministre par les fonctionnaires du ministère en leur qualité de partie opposée à l'appelant doivent, règle générale, être communiqués à l'appelant, ou à tout le moins identifiés expressément s'ils sont accessibles à tous. Sur ce point, la jurisprudence antérieure, telles les décisions *Chu (T.T.) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 225 N.R. 378 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée (1998), 236 N.R. 387, et *Nadarajah c. Canada (MCI)* (1996), 33 Imm. L.R. (2d) 234 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), ont été écartées par les arrêts *Baker* et *Bhagwandass*.

[26] Le juge McKeown a récemment eu l'occasion d'examiner l'effet de l'arrêt *Chu* dans *Khanam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1090; [2001] A.C.F. n° 1497 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). La décision visée par la demande de contrôle dont était saisi le juge McKeown avait été rendue par un ARRR qui s'était fondé sur un document relatif à la situation générale du pays qui était antérieur aux observations de la partie demanderesse. Le juge McKeown a examiné l'arrêt *Chu* et a fait une distinction d'avec l'affaire dont il était saisi. Il a souligné que l'arrêt *Chu* portait sur l'obligation d'équité dans le cadre du processus d'avis de danger. Il a ensuite mis en opposition le processus applicable à la CDNRSRC au processus d'avis de danger, soulignant la nature contradictoire de ce dernier et le fait qu'il n'existe pas de *lis inter partes* dans le processus applicable à la CDNRSRC. De même, contrairement à ce que prévoit le processus d'avis de danger, où les fonctionnaires du ministère soumettent des rapports au décideur, l'ARRR n'obtient aucun rapport de tiers dont les intérêts sont opposés à ceux du demandeur. Il a fait remarquer qu'en ce qui concerne la CDNRSRC, les demandeurs sont informés dès le départ des documents sur lesquels on se fondera dans le processus décisionnel. Il a également

PDRCC process, McKeown J. held that, with respect to the duty of fairness owed by the PCDO, the approach articulated in *Mancia* still applies.

[27] However, it would appear from the reasons in *Khanam* that a narrower argument put forward by the applicant in the present case was not advanced in that case. The applicant maintains that Rothstein J.A.'s statement in *Chu* that *Nadarajah* has been overtaken by *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 and *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 3 (C.A.) means that the earlier jurisprudence of the Federal Court of Appeal, including *Mancia* has been overruled.

[28] I do not accept this argument. First, as argued by the respondent, the decision in *Chu* is limited on its facts to the danger opinion process. Second, Rothstein J.A. referred to the Federal Court, Trial Division, decision in *Nadarajah* and not to the subsequent decision of the Federal Court of Appeal in the same case. In the Trial Division reasons in *Nadarajah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 112 F.T.R. 296 the Court framed the issue as follows [at paragraph 1]:

The issue in this judicial review is whether information on country conditions that was not in the applicants' immigration files, but is considered in a PDRCC risk assessment, constitutes extrinsic evidence requiring the Post-claim Determination Officer to inform the applicants that such information would be considered, and provide them with an opportunity to respond.

[29] The focus was on whether information on country conditions constituted extrinsic evidence. The Court concluded that having regard to the minimal duty

souligné la différence de contexte fondamentale existant entre la CDNRSRC et l'avis de danger, soit qu'une décision en matière de CDNRSRC ne facilite pas nécessairement le renvoi du demandeur. En conséquence, ayant distingué le processus d'avis de danger du processus applicable à la CDNRSRC, le juge McKeown a conclu qu'en ce qui a trait à l'obligation d'équité de l'ARRR, la démarche formulée dans l'arrêt *Mancia* s'applique toujours.

[27] Il ressort toutefois des motifs prononcés dans *Khanam* qu'un argument plus particulier invoqué par la demanderesse en l'espèce n'a pas été avancé dans cette affaire. La demanderesse soutient que l'affirmation du juge Rothstein dans l'arrêt *Chu*, selon laquelle l'arrêt *Nadarajah* a été écarté par les arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 3 (C.A.), signifie que les arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale, dont l'arrêt *Mancia*, ont été écartés.

[28] Je n'accepte pas cet argument. Premièrement, comme le défendeur l'a prétendu, l'arrêt *Chu* est limité de par les faits en cause au processus d'avis de danger. Deuxièmement, le juge Rothstein a fait référence à la décision que la Section de première instance de la Cour fédérale a rendue dans *Nadarajah*, et non pas à l'arrêt ultérieur de la Cour d'appel fédérale dans la même affaire. Dans les motifs prononcés par la Section de première instance dans *Nadarajah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 112 F.T.R. 296, la Cour a exposé ainsi la question [au paragraphe 1]:

La question soulevée dans la demande de contrôle judiciaire est de savoir si les renseignements relatifs aux conditions prévalant dans un pays qui ne figurent pas dans les dossiers d'immigration des requérants, mais qui sont pris en considération dans une évaluation du risque concernant la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada, constituent une preuve extrinsèque obligeant l'agent des revendications refusées à informer les requérants qu'il sera tenu compte de tels renseignements et à leur donner la possibilité de répondre.

[29] L'accent était mis sur la question de savoir si les renseignements relatifs aux conditions prévalant dans le pays constituent une preuve extrinsèque. La Cour a

of fairness according to *Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (F.C.A.) unless the country conditions information is not public and is material to the decision, the PCDO's failure to disclose the material prior to reaching a decision did not amount to a breach of the rules of procedural fairness.

[30] In *Bhagwandass*, a danger opinion case, Sharlow J.A. applied the reasoning of the Federal Court of Appeal in *Haghighi* stating at paragraph 22:

*Haghighi* also establishes that, in considering whether the duty of fairness requires advance disclosure of an internal Ministry report on which a decision maker will rely in making a discretionary decision, the question is not whether the report is or contains extrinsic evidence of facts unknown to the person affected by the decision, but whether the disclosure of the report is required to provide that person with a reasonable opportunity to participate in a meaningful manner in the decision-making process.

[31] For these reasons, Rothstein J.A.'s comments in *Chu* in my opinion, cannot be taken as having overruled *Mancia* but instead reflect Rothstein J.A.'s view that the analysis has changed. The test is no longer whether the evidence at issue is extrinsic evidence but whether disclosure is required to provide an individual with a meaningful opportunity to participate in the process.

[32] The applicant argues, however, that since *Mancia* predates the Supreme Court of Canada decision in *Baker*, which expanded the duty of fairness, it is no longer good law. In essence, the applicant submits that the duty of fairness now requires the disclosure to the applicant of the general country conditions documentation to be relied on in the PDRCC determination.

[33] The broad principle I take from *Mancia* is as follows. Extrinsic evidence must be disclosed to an

conclu que, compte tenu de l'obligation d'équité minimale dont il faut faire preuve conformément à la décision *Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (C.A.F.), à moins que ces renseignements ne soient pas publics et qu'ils soient importants quant à la décision, l'omission par l'ARRR de communiquer les documents avant de rendre sa décision n'équivalait pas à une violation des règles d'équité procédurale.

[30] Dans *Bhagwandass*, une affaire d'avis de danger, le juge Sharlow a appliqué le raisonnement suivi par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Haghighi*, déclarant au paragraphe 22 que:

L'arrêt *Haghighi* établit également que lorsqu'on cherche à déterminer si l'obligation d'équité exige la communication à l'avance d'un rapport interne du Ministère sur lequel le décideur s'appuiera pour rendre une décision discrétionnaire, la question ne consiste pas à savoir si le rapport constitue ou contient la preuve de faits inconnus de la personne touchée par la décision, mais bien à savoir si la communication du rapport est requise pour que cette personne ait une possibilité raisonnable de participer d'une manière significative au processus de prise de décision.

[31] C'est pour ces motifs qu'on ne peut pas, à mon avis, interpréter les observations faites par le juge Rothstein dans l'arrêt *Chu* comme ayant écarté l'arrêt *Mancia*, et que ces observations reflétaient plutôt l'opinion du juge que l'analyse avait changé. Le critère applicable ne consiste plus à savoir si les éléments de preuve en cause constituent une preuve extrinsèque, mais plutôt à savoir s'il doit y avoir communication pour que la personne ait une possibilité significative de participer au processus.

[32] La demanderesse avance toutefois que l'arrêt *Mancia* n'est plus valable en droit car il est antérieur à l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Baker*, qui a étendu l'obligation d'équité. Elle prétend essentiellement que l'obligation d'équité rend maintenant nécessaire la communication à la demanderesse des documents relatifs à la situation générale du pays sur lesquels la décision concernant la CDNRSRC sera fondée.

[33] Je tire le principe général suivant de l'arrêt *Mancia*. La preuve extrinsèque doit être communiquée

applicant. Fairness, however, will not require the disclosure of non-extrinsic evidence, such as general country conditions reports, unless it was made available after the applicant filed her submissions and it satisfies the other criteria articulated in that case.

[34] In my view, both of these “rules” share a single underlying rationale. Fairness requires that documents, reports, or opinions of which the applicant is not aware, nor deemed to be aware, must be disclosed.

[35] The underlying rationale for the rule established in *Mancia*, in my opinion, survives *Haghighi* and *Bhagwandass*. The principle of those cases, generally stated, is that the duty of fairness requires disclosure of a document, report or opinion, if it is required to provide the individual with a meaningful opportunity to fully and fairly present her case to the decision maker.

[36] Therefore, while it is clear that the distinction between extrinsic and non-extrinsic evidence is no longer determinative of whether the duty of fairness requires disclosure, the rationale behind the rule in *Mancia* remains. I arrive at this conclusion because even in recent jurisprudence, applying the post-*Baker* framework for defining the duty of fairness, the overriding concern with respect to disclosure is whether the document, opinion, or report is one of which the individual is aware or deemed to be aware.

[37] For example, in *Haghighi*, the Federal Court of Appeal held that an officer making a decision on an H&C application had an obligation to disclose that a risk opinion was obtained from a PCDO because the applicant did not know that such an opinion was being sought from another officer and did not have an opportunity to respond. Sharlow J.A. in *Bhagwandass* adopts the language from *Haghighi* to note that whether disclosure is required should be centred around the goal of ensuring that the person affected by the decision is afforded “a reasonable opportunity to participate in a

à la demanderesse. L'équité ne requiert toutefois pas la communication d'éléments de preuve non extrinsèques, comme les rapports sur la situation générale du pays, à moins que ces éléments n'aient été rendus accessibles après que la demanderesse eut déposé ses observations et à moins qu'ils respectent les autres critères formulés dans cet arrêt.

[34] D'après moi, ces deux «règles» reposent sur le même fondement. L'équité exige que les documents, les rapports et les avis dont la demanderesse n'a pas connaissance ou n'est pas présumée avoir connaissance soient communiqués.

[35] À mon avis, le fondement de la règle établie dans *Mancia* résiste aux arrêts *Haghighi* et *Bhagwandass*. Énoncé de façon générale, le principe qui sous-tend ces arrêts veut que l'obligation d'équité oblige la communication d'un document, d'un rapport ou d'un avis si cette communication est nécessaire pour fournir à la personne une possibilité significative et équitable de présenter l'ensemble de sa preuve au décideur.

[36] Par conséquent, même si la distinction entre la preuve extrinsèque et la preuve non extrinsèque n'est clairement plus déterminante quant à la question de savoir si l'obligation d'équité exige la communication, le fondement de la règle de l'arrêt *Mancia* demeure. J'en arrive à cette conclusion parce que même dans les arrêts récents, qui appliquent le cadre postérieur à l'arrêt *Baker* pour définir l'obligation d'équité, la préoccupation dominante relativement à la communication consiste à savoir si la personne a connaissance ou est présumée avoir connaissance du document, de l'avis ou du rapport.

[37] Par exemple, la Cour d'appel fédérale a conclu dans *Haghighi* que l'agent se prononçant sur une demande CH était tenue de révéler qu'un avis de danger avait été obtenu de la part d'un ARRR parce que le demandeur ne savait pas qu'elle avait sollicité un avis d'un autre agent et qu'il n'avait pas eu la possibilité de répondre. Dans l'arrêt *Bhagwandass*, le juge Sharlow a adopté les termes de l'arrêt *Haghighi* pour souligner que la réponse à la question de savoir s'il doit y avoir communication doit reposer sur l'objectif visant à garantir que la personne touchée par la décision ait «une

meaningful manner in the decision-making process”.

[38] Was the applicant in the present case afforded an opportunity to fully and fairly present her case to the PCDO? The applicant submits that she was denied this opportunity. In essence, the applicant wishes to challenge the reliability of the findings in the Burton Report. She argues that the report is not consistent with the other documentary evidence which was available to the PCDO and should not have been accorded the weight it was in her determination.

[39] Therefore, while the applicant framed her argument in the language of disclosure, her complaints with respect to the reliability of the documents and the inconsistencies among them are related to the degree of weight accorded to them by the PCDO, not to their disclosure.

[40] For example, the applicant’s written submissions state as follows:

The reliability of the sources of Dr. Burton’s information is highly questionable as are the other means by which he draws the conclusions reached in his report. We therefore submit that the report itself is unreliable and should not have been accorded the weight it was by the PCDO in the Decision.

[41] The applicant was offered an opportunity to address her concerns with the Burton Report in her submissions to the PCDO. The report was available both in public IRB documentation centres and on the IRB Web site. On the “Application for Consideration Under the Post-Determination Refugee Claimants in Canada Class”, the applicant is informed that:

With regard to the information on current conditions in the country of return, the officer may refer to the most recent material available at the Immigration and Refugee Board documentation centres, as well as to information available from other public sources.

[42] Therefore, the document that the applicant argues should have been disclosed to her is one of which she is deemed to have been aware. If the applicant was

possibilité raisonnable de participer d’une manière significative au processus de prise de décision».

[38] En l’espèce, la demanderesse a-t-elle eu la possibilité équitable de présenter l’ensemble de sa preuve à l’ARRR? La demanderesse prétend avoir été privée de cette possibilité. Essentiellement, la demanderesse désire contester la fiabilité des conclusions du rapport Burton. Elle avance que le rapport n’est pas compatible avec les autres éléments de preuve documentaire dont disposait l’ARRR et que cette dernière n’aurait pas dû lui accorder autant d’importance dans sa décision.

[39] Il s’ensuit donc que même si la demanderesse a formulé son argumentation en des termes relatifs à la communication, ses plaintes portant sur la fiabilité des documents et sur les contradictions entre eux ont trait au degré d’importance que l’ARRR a accordé à ces documents, et non pas à leur communication.

[40] Par exemple, les observations écrites de la demanderesse énoncent ce qui suit:

[TRADUCTION] La fiabilité des sources des renseignements du docteur Burton est fort douteuse de même que les autres moyens par lesquels il tire les conclusions dans son rapport. Nous soutenons donc que le rapport lui-même n’est pas fiable et que l’ARRR n’aurait pas dû lui accorder autant d’importance dans la décision.

[41] La demanderesse s’est vu offrir la possibilité de faire part de ses préoccupations concernant le rapport Burton au moyen des observations qu’elle a présentées à l’ARRR. Le rapport était accessible par l’entremise des centres de documentation publics de la CISR et du site Web de cette dernière. La «Demande d’admission à la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada» informe les demandeurs que:

Pour ce qui est de l’information concernant la situation actuelle dans le pays de renvoi, l’agent peut se référer aux documents les plus récents que l’on trouve dans les centres de documentation de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, ainsi qu’aux renseignements provenant d’autres sources publiques.

[42] Le document qui, selon la demanderesse, aurait dû lui être communiqué est donc un document dont elle est présumée avoir eu connaissance. Si la demanderesse

concerned about the unreliability of the Burton Report, she could have made submissions to the PCDO outlining those concerns and submitting that the PCDO should place little weight on the document.

[43] I cannot find, in these circumstances, that the applicant was denied a full and fair opportunity to present her case. The applicant was provided with the opportunity to make submissions in support of her application. The material in question was reasonably available to the applicant at the time she made her submissions.

[44] Therefore, as stated earlier, I do not accept the applicant's argument that *Chu* overrules *Mancia*, however, I do accept the argument that the approach to disclosure as articulated in the earlier jurisprudence has been altered by the Supreme Court of Canada decision in *Baker* and subsequent decisions of this Court. However, I am not satisfied that the principles of fairness as enunciated in *Baker*, *Haghighi* and *Bhagwandass* extend so far as to require disclosure in the circumstances of this case. In other words, the PCDO was not obligated to disclose publicly available documents describing general country conditions of which the applicant is deemed to have been aware in advance of rendering her decision.

[45] Accordingly, the application for judicial review is dismissed.

[46] The following questions submitted by counsel for the respondent, are certified as questions of general importance:

1. Is a Post Claim Determination Officer assessing an application for membership in the Post-Determination Refugee Claimants in Canada class under subsections 2(1) and 11.4 of the *Immigration Regulations*, SOR/78-172 required to disclose his or her risk assessment decision to the applicant, and provide the applicant with an opportunity to respond to the decision, prior to making a final decision on the application?
2. Is a Post Claim Determination Officer assessing an application for membership in the Post-Determination Refugee Claimants in Canada class under subsections 2(1) and 11.4 of the *Immigration Regulations*,

doutait de la fiabilité du rapport Burton, elle aurait pu présenter à l'ARRR des observations exposant ses préoccupations et indiquant que l'ARRR devrait accorder peu d'importance à ce document.

[43] Dans ces circonstances, je ne peux pas conclure qu'on a privé la demanderesse d'une possibilité équitable de présenter l'ensemble de sa preuve. La demanderesse a eu l'occasion de présenter des observations à l'appui de sa demande. Le document en question lui était raisonnablement accessible au moment où elle a présenté ses observations.

[44] Comme je l'ai dit précédemment, je n'accepte donc pas l'argument de la demanderesse selon lequel l'arrêt *Chu* écarte l'arrêt *Mancia*, mais j'accepte l'argument voulant que la démarche de communication formulée dans les arrêts antérieurs ait été modifiée par l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Baker* et par les décisions ultérieures de la Cour fédérale. Je ne suis toutefois pas convaincue que les principes d'équité énoncés dans les arrêts *Baker*, *Haghighi* et *Bhagwandass* vont jusqu'à exiger la communication dans les circonstances de la présente affaire. En d'autres termes, l'ARRR n'était pas tenue de communiquer avant de rendre sa décision les documents accessibles au public qui décrivent la situation générale du pays et dont la demanderesse est présumée avoir eu connaissance.

[45] En conséquence, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

[46] Les questions suivantes avancées par l'avocat du défendeur sont certifiées en tant que questions de portée générale:

1. L'agent de révision des revendications refusées qui évalue une demande sollicitant l'admission dans la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada en vertu du paragraphe 2(1) et de l'article 11.4 du *Règlement sur l'immigration*, DORS/78-172, est-il tenu de communiquer sa décision relative à l'évaluation du risque au demandeur et de fournir à celui-ci la possibilité de répondre à cette décision avant de rendre une décision finale sur la demande?
2. L'agent de révision des revendications refusées qui évalue une demande sollicitant l'admission dans la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada en vertu du paragraphe 2(1) et de

SOR/78-172 required to disclose publicly available country conditions documentation to the applicant, and provide the applicant with an opportunity to respond to the documentation, prior to making a final decision on the application?

l'article 11.4 du *Règlement sur l'immigration*, DORS/78-172, est-il tenu de communiquer au demandeur les documents sur la situation du pays qui sont accessibles au public et de fournir au demandeur la possibilité de répondre à ces documents avant de rendre une décision finale sur la demande?





# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ADMINISTRATIVE LAW

### JUDICIAL REVIEW

#### *Mandamus*

Application for *mandamus* to compel respondent to process Harmonized Sales Tax (HST) returns, provide corresponding credit returns—Applicant, 506913 N.B. Ltd. filing, but not receiving credit for August, September, October 2000 HST returns—Applicant Nautical Motors Inc. alleging, but respondent denying, still owed credit for May 1998 return—Applicants alleging, respondent denying applicants owed \$1.4 million in unpaid tax returns—(1) Preliminary motion to dismiss proceeding for mootness or because not within Court's jurisdiction to determine whether applicants properly assessed by Minister, dismissed—Excise Tax Act, s. 229 requiring Minister to pay any refund claimed in return to person "with all due dispatch after the return is filed"—Respondent has yet to make assessment as to amount of refund applicants entitled to receive—Issue as to amount of refund, if any, applicants entitled to receive still live issue—Court not asked to determine whether applicants properly assessed, but to determine whether applicants assessed at all—Court has jurisdiction to determine this question—(2) Application of eight-part test for *mandamus* in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.)—(i) S. 229 imposing public legal duty to act as Minister must make assessment to determine whether refund due—(ii) Duty owed to applicants as filed return claiming refund—(iii) Applicants satisfying conditions precedent giving rise to duty to process return claiming refund: application filed, available requested information provided, applicants made demands to have returns processed and that audits be completed, apparently sufficient length of time in which to returns filed in June 1998—(iv) Rules set out in fourth part of test not applicable as duty sought to be enforced not discretionary (respondent must process return to determine whether refund claimed payable, and in order to process return respondent must complete assessment)—(v) No other alternative remedy (eg. notice of objection or appeal to Tax

## ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

Court of Canada) existing until assessment available—(vi) Order requiring Minister to take steps necessary to process return, thus of practical effect—(vii) No equitable bar to prevent issuance of order—(viii) Balance of convenience favouring applicants in light of time elapsed since applications filed—Application for *mandamus* compelling respondent to process HST returns granted—Application for *mandamus* to order respondent to issue credit returns premature until assessment of account completed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 229 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12).

NAUTICA MOTORS INC. v. M.N.R. (T-172-01, 2002 FCT 422, O'Keefe J., order dated 12/4/02, 18 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

Application for judicial review of decision of adjudicator from Immigration and Refugee Board, Adjudication Division ordering release of respondent from immigration detention—Respondent citizen of Iran—CRDD determining respondent not Convention refugee—On August 6, 2000, immigration authorities placed respondent in immigration detention—Respondent posting required bond, released from immigration custody under adjudicator's order of December 8, 2000—Whether adjudicator committed reviewable error—Adjudicator considered respondent's actions, recognized lack of cooperation contributing to indefinite nature of detention—Whether unreasonable to count indefinite delay caused by respondent against applicant in such way respondent removed from detention, allowed to remain in Canada—In *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.), Rothstein J. stated list of four factors relevant to determination of when detention may become indefinite in context of detention review hearings—Factors applied herein favouring keeping respondent in detention—Given that Immigration officials required by law to deport respondent, could only deport respondent to Iran,

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

detention could end as soon as respondent decided to sign Iranian documents required to deport him to Iran, respondent sole cause of indefinite nature of detention—Adjudicator’s decision unreasonable—Application allowed.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. KAMAIL (IMM-6474-00, 2002 FCT 381, O’Keefe J., order dated 8/4/02, 14 pp.)

*Inadmissible Persons*

Judicial review of decision of Post-Claim Determination Officer (PCDO) decision applicant would not face reasonable possibility of risk if returned to Egypt—Applicant citizen of Egypt, practising Coptic Christian—Practising law since 1996—In 1998 represented Muslim woman in divorce proceedings—Night before final court appearance, assaulted, threatened by Muslim fundamentalists if did not withdraw from case—Although reported matter to police, ordered to leave police station—On day divorce granted, nearly struck by car as left court-house, threatened by phone—Left Cairo for hometown—Apartment, office vandalized and anti-Christian messages scrawled on walls—Chose not to contact police second time—Came to Canada—Refugee claim denied, not assessed for membership in post-determination refugee claimants in Canada class because not filing application on time—Pre-removal risk opinion conducted—PCDO’s conclusion motivated by: (1) applicant’s failure to show belonged to group at risk in Egypt; (2) evidence suggesting applicant could avail himself of protection from state but had not made sufficient attempts to seek such protection—Holding no link between applicant’s personal circumstances, country conditions—Application allowed—PCDO erred in concluding no link between harm feared by applicant, country conditions—Applicant belonging to particular social group i.e. lawyer engaged in activities perceived to be anti-Islamic by fundamentalists—Can be construed as persecution on basis of religion—Unreasonable to expect applicant to continue to seek protection—Furthermore PCDO failed to consider circumstances particular to applicant, i.e. that practising lawyer, and in position to know about likelihood of obtaining protection.

MOUSSA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2638-01, 2002 FCT 513, Rouleau J., order dated 7/5/02, 7 pp.)

*Removal of Visitors*

Application for stay of removal pending determination of judicial review of Enforcement Officer’s failure to defer removal pending disposition of Married Inland Spousal application—Applicant ethnic Hungarian, citizen of Romania—Entered Canada with false Hungarian passport in 1999—Claiming refugee status—In February 2001 married, and in May filed Married Inland Spousal Application for permanent

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

residence, type of application for landing from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds—Abandoned refugee application, relied on H&C application—In November wife gave birth to son—Because of abandonment of application for refugee status, conditional departure order became effective—Applicant no longer having work authorization, but could provide child care while wife works—Enforcement Officer noting discretion to defer removal limited to logistical problems, such as lack of documents, physical incapacity, statutory stays or moratoria on removals to certain countries—Holding if credible, objective evidence of risk of harm, had discretion to refer matter for assessment of risk of return—Concluded none of these factors applied—H&C application pending for 8 1/2 months—Open question whether Nadon J.’s comment in *Simoës v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 7 Imm. L.R. (3d) 141 (F.C.T.D.) that enforcement officer could consider outstanding H&C application made in timely fashion meaning Enforcement Officer must consider pending H&C application when dealing with request to defer removal—Satisfying requirement of serious issue to be tried—“Mere” family separation not irreparable harm—Only basis for assessing risk of return of applicant to Romania withdrawn application for refugee status—Insufficient factual basis to raise prospect of irreparable harm—If deported, Immigration Act, s. 55(1) will require applicant to obtain Minister’s written consent before being allowed to return to Canada, to repay any amounts Minister expended returning him to Romania—Also, current processing of application will cease, whole matter will be remitted to consular officials in Romania—Applicant arguing means loss of benefit of application—Immigration Manual contemplating Minister’s consent will be issued where H&C application successful—Where application approved after removal, Manual indicating local visa office advised of approval—Apparently processing continuing at original office—Case wherein loss of benefit of application because unlikely authorities to whom delivered upon removal would release applicant from custody in event of successful H&C application, distinguished—Here process simply becoming more cumbersome, expensive than if matter disposed of while applicant in Canada—Applicant will likely get benefit of application if successful—Irreparable harm not made out—Application for stay dismissed since all three factors must be present in order for stay to be granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 55(1).

RETTEGI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-473-02, 2002 FCT 153, Pelletier J., order dated 11/2/02, 10 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Appeal from Trial Division’s dismissal of application for judicial review of CRDD’s decision applicant not Convention

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

refugee—Refugee claim originally heard by two-member panel—At close of hearing, Board invited appellant to file further material, which he did—Board not taking into account additional evidence before dismissing application—Claim reopened—Second hearing before single Board member who had not been on original panel—Considering documents before Board at first hearing, Board's decision from first hearing, new evidence—At second hearing, appellant testified in detail about all aspects of refugee claim, called further evidence—Refugee claim rejected on ground evidence not showing even mere possibility applicant would face persecution if returned to Sierra Leone—Motions Judge holding applicant not curtailed in any way in presentation of claim, no reasonable apprehension of bias created as result of Board member reading first decision—Appeal dismissed—Appellant allowed to present case fully at second hearing—Nothing wrong with Board member at second hearing reading prior decision—No informed person who reviewed matter thoughtfully, realistically, practically would conclude Board member who conducted second hearing could not proceed with open mind only because had read first decision—Board member at second hearing clearly aware first decision based on incomplete information and permitted applicant to lead whatever further evidence wished—Mere reading of previous decision adverse to applicant cannot lead to reasonable apprehension of bias—No evidence second Board prejudged case on merits before hearing it, particularly as first rejection of claim based on lack of credibility but second decision based on insufficient evidence of even mere possibility of persecution.

LAHAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-532-00, 2002 FCA 119, Sexton J.A., judgment dated 25/3/02, 7 pp.)

**STATUS IN CANADA***Convention Refugees*

Application for judicial review of decision of Convention Refugee Determination Division (CRDD) Angela Marian (principal applicant), Liliana Cazak (second applicant) not Convention refugees—Applicants sisters born in Moldova, presently citizens of Romania—Convention refugee application based on well-founded fear of persecution due to membership in particular social group, specifically gender, arising from domestic abuse from principal applicant's husband—Upon moving to Romania, applicants joined rowing club where principal applicant met police officer, Marius Marian—Couple married in October 1998—Principal applicant alleging husband subjected her to sexual, physical, psychological abuse—Husband issued threats to both principal applicant, sister—Applicants came to Canada in August 1999 to participate in World Rowing Championships, did not return to Romania—CRDD determined applicants not Convention

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

refugees as insufficient credible, trustworthy evidence applicants would be persecuted—Central issue herein reasonableness of CRDD's plausibility findings—CRDD's decision based primarily on finding principal applicant not having real fear of persecution from husband—CRDD made unreasonable inferences based on speculation, stereotypes, misconceptions, not supported by evidence before it—CRDD's conclusions, negative inferences indicating misunderstanding of nature of domestic violence, how it affects victims—Inferences drawn, plausibility findings highly speculative, not reasonably open to CRDD—Application allowed.

CAZAK V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1110-01, 2002 FCT 390, Blanchard J., order dated 9/4/02, 10 pp.)

Judicial review of CRDD's decision applicant not Convention refugee—Applicant citizen of Romania—Claiming well-founded fear of persecution at hands of local police because of Roma ethnicity, involvement in Roma party, political organization—As issues raised related to fact, credibility, standard of review patent unreasonableness—CRDD decision based on finding applicant not of Roma ethnicity because not conforming to stereotypical profile of Roma—CRDD's general description of Roma including dark skin, large families, no education, unemployed, marrying young—Application allowed—CRDD's decision patently unreasonable—Roma profile of dark skin perverse on face of record—IRB's documentary evidence citing expert evidence Roma having variety of complexions because of intermarriage—Finding applicant lacked knowledge about Roma people patently unreasonable based on applicant's evidence about Roma culture, traditions—Finding applicant not member of Roma Party patently unreasonable in light of *viva voce*, documentary evidence including membership card—CRDD dismissing applicant's account of persecution as not credible because finding applicant not credible regarding ethnicity—In view of Court's finding, no valid finding on fear of persecution.

TUBACOS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1373-01, 2002 FCT 225, Kelen J., order dated 28/2/02, 7 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicants not Convention refugees—Applicant, 11-year old daughter citizens of Sri Lanka claiming refugee status on basis of race, perceived political opinion, membership in particular social group, i.e. Tamils from northern Sri Lanka—In *Vasquez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 160 F.T.R. 142 (F.C.T.D.), Rothstein J. held principle of *res judicata* applied where applicant made second refugee claim after first claim

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

dismissed—Sufficient to refer to *Vasquez* without doing analysis of why applicable in circumstances of case—Whether Board correct in not considering country conditions even though applicant found not credible—Board erred in assessment of evidence when stating no credible evidence—Adult applicant suffering from polio—Link between polio, change to country conditions requiring Board to assess whether this would lead to positive determination—Board had credible evidence that should have been looked at in connection with changed country conditions to determine whether applicant had objective fear—No analysis of linkage between credible evidence of polio, deteriorating country situation in Sri Lanka at time of Board hearing—Reviewable error, matter must be returned to differently constituted Board for redetermination—Application allowed.

JEYASEELAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2510-01, 2002 FCT 356, McKeown J., order dated 28/3/02, 6 pp.)

**COPYRIGHT****INJUNCTIONS**

Motion for order authorizing plaintiffs to seize before judgment products allegedly infringing their copyrighted works, AMAV brand arts and crafts products—AMAV Industries Limited (AMAV) manufacturing children's toys since 1979—AMAV's intellectual property including brand name, artistic works, trade-marks, distinctive AMAV packaging—Illustrations or photographs on package depicted what product, when assembled, would look like—Package design, construction done in-house by AMAV employees—Photographs, taken by commercial photographers retained by AMAV, and negatives remained AMAV's property—Saved on CD-Roms—Two sets of over 900 CD-Roms compiled, each containing catalogue of original artistic works belonging to AMAV, integral to product design, distinctive packaging of AMAV's arts and crafts line of products—In 1995 AMAV's assets, including copyrights, sold to ERO NY Acquisition Inc. (ERO NY) and ERO Canada Acquisition, Ltd. (ERO Canada)—By February 1996 ERO Canada changed name to AMAV Industries Ltd.—AMAV Industries Ltd. ceased operations, assets liquidated in 2000—Defendant purchased from AMAV Industries Ltd.'s liquidator part of company's inventory of raw materials relating to arts and crafts product line—Plaintiff Diamant purchased from AMAV Industries Ltd. all of rights, title, interests including intellectual property, and in turn conveyed them to plaintiff Solton, which granted Diamant licence to use assets—When Diamant took possession of AMAV Industries Ltd.'s assets, missing one set of over 900 CD-Roms, containing electronic copies of artistic work, and including photos, illustrations used on packaging material, layouts of packaging, instruction sheets provided with products—Plaintiffs alleging defendant in possession of

**COPYRIGHT—Continued**

missing set of CD-Roms, and that using CD-Roms, launched brand of arts and crafts products closely mimicking distinctive AMAV packaging, incorporating many of artistic works created by AMAV, for which plaintiffs holding copyright—Defendants not denying products identical to AMAV brand line of arts and crafts products, but asserting plaintiffs not establishing ownership of intellectual property—Motion allowed—Based on record, plaintiffs establishing ownership of intellectual property rights with respect to AMAV arts and crafts product line—Defendants not acquiring any intellectual property rights in regard to assets purchased—Copyright Act, s. 38(1)(b) permitting owner of copyright to take proceedings for seizure of copies as if copies property of copyright owner—Plaintiffs relying on s. 38(1)(b), submitting entitled to seizure before judgment of certain products—Establishing works constituting subject-matter of dispute “artistic works” as defined in Copyright Act, s. 2—Works created by individuals ordinarily resident in Canada who were employees of AMAV Industries Ltd. in ordinary course of employment—AMAV Industries Ltd. thus deemed to be first owner of copyright in work—AMAV also owner of copyright in photographs of works created by photographers retained by AMAV Industries Ltd. for that specific purpose—In reproducing plaintiffs' photographs on packaging, plaintiffs' drawings on written instructions accompanying play art products, and drawings as part of play art products, defendant infringed plaintiffs' copyright in works—Plaintiffs established *prima facie* case of copyright infringement—Consequently, Copyright Act, s. 38(1)(a), (b), in conjunction with Federal Court Rules, 1998, r. 377 allowing plaintiffs to seize before judgment all infringing copies of works in regard to which own copyright—If plaintiffs entitled to seizure before judgment, akin to seizure before judgment under Quebec Code of Civil Procedure, art. 734(1) then plaintiffs need not meet tripartite test applicable to interlocutory injunction applications: *Théberge v. Galeries d'Art Yves Laroché Inc.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 259 (Que. C.A.)—Regardless, tripartite test met: (1) *prima facie* case of copyright infringement; (2) plaintiffs not required to establish will suffer irreparable harm (in *International Business Machines Corporation et al. v. Ordinateurs Spirales Inc./Spirales Computers Inc.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 187 (F.C.T.D.), Reed J. stating degree of harm required to be proved in case where blatant copying not as high as that required in other cases of interlocutory injunction); (3) balance of convenience favouring plaintiffs, having established flagrant infringement: *75490 Manitoba Ltd. v. Meditables Inc.* (1989), 29 C.P.R. (3d) 89 (F.C.T.D.)—Order authorizing bailiff in Quebec to seize before judgment from defendant listed products and any other products bearing or containing any of plaintiffs' copyrighted works, along with any plates, CD-Roms and all other material associated therewith, and to remove such seized products—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “artistic works”, 38 (as am.

**COPYRIGHT—Concluded**

by S.C. 1997, c. 24, s. 20)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 377—Quebec Code of Civil Procedure, art. 734.

DIAMANT TOYS LTD. V. JOUETS BO-JEUX TOYS INC. (T-1676-01, 2002 FCT 384, Nadon J., order dated 5/4/02, 24 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Judicial review of decision denying applicant's request for waiver of interest, penalties pursuant to Excise Tax Act—Applicant sole director of Salmon Arm Jewellers Ltd., company liable for collection, payment of Goods and Services Tax (GST)—Company unable to pay GST assessed as owing for period from November 1, 1992 to December 31, 1996—As consequence of status as sole director, applicant personally assessed for payment of tax—Company's application for waiver of tax liability pursuant to fairness provisions denied at both first, second levels—Applicant's offer to pay \$20,000 in full settlement of tax liability upon waiver of balance of \$5,000 rejected—Tax Court of Canada dismissed applicant's appeal of personal assessment, but expressed astonishment at Revenue Canada's insensitivity in not accepting offer to settle—Applicant submitted application for "fairness ruling"—Canada Customs and Revenue Agency's denial of applicant's personal request for fairness ruling subject of judicial review application—Application allowed—Basis of request for waiver of penalty, interest of GST liability found in Excise Tax Act, s. 281.1, permitting Minister to waive, cancel interest, penalties payable—Subject to requirements of procedural fairness, exercise of such ministerial discretion will generally attract judicial restraint—Finding that applicant personally responsible for tax liability of company pursuant to s. 323 not overriding long-standing, well-recognized principle corporation distinct legal person, independent in law from directors, shareholders—Minister's delegate considered Collections Account Diary for company before entering recommendation on fairness application—Erred in law as took into consideration facts irrelevant to present application—Applicant's application different matter than that of company—While related, facts in one not applicable to facts of other—Applicant entitled to have his case considered on basis of record, without consideration of extraneous facts such as those contained in previous application of separate person—Applicant's application not assessed on own merits—Decision unreasonable—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 281.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 27, s. 127), 323 (as enacted by S.C. 1992, c. 45, s. 17).

ISAAC V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-698-01, 2002 FCT 410, Heneghan J., order dated 11/4/02, 11 pp.)

**EMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Tax Court of Canada (T.C.C.) decision holding respondent Insurance Corporation of British Columbia (ICBC) not responsible under Insurable Earnings and Collection of Premium Regulations (made under Employment Insurance Act, s. 108(1)(a), (f)) for withholding employment insurance premiums from amounts it transmitted to home care attendant—Home care attendant hired by insured motor vehicle accident victim to assist in day-to-day functions—Disbursements made as required, but ICBC did not withhold employment insurance premiums from amounts transmitted by it to home care attendant—Revenue Canada notified ICBC that, as employer, required to collect and remit employment insurance premiums—T.C.C. allowed appeal on basis ICBC could not be said to have "paid" home care attendant—Application dismissed—T.C.C. Judge gave unnecessarily narrow construction to word "paid" in Regulations, s. 10 when interpreted word to mean one only "pays" when one has legal obligation owed specifically to payee—Purpose of Regulations and statute authorizing them in part to facilitate collection of employment insurance premiums—Regulations, s. 10 and case law consistent with conclusion that "other person" can be considered to have "paid" someone else's employee without having legal obligation to that employee to do so—However, ICBC not subject to Regulations as created to carry on form of insurance business on behalf of Crown in right of British Columbia—Common law principle and Interpretation Act, s. 17 to effect statutes do not bind federal or provincial Crown unless specifically stated in statute—Here, as Regulations do not mention or refer to their application to provincial Crown, they cannot apply to Crown in right of British Columbia—Here, ICBC must be taken to have been acting as agent of government when providing compensation to insured, and funds it administered in making payments must be taken to be property of provincial government—Therefore, federal Regulations applicable herein cannot be applied so as to bind provincial Crown agent, ICBC, to collect and pay out of provincial Crown funds employment insurance premiums in respect of home care attendant—Would have been simple matter for Parliament to have extended, or authorized Governor General to extend, application of Regulations, s. 10 to such governmental agencies, but did not do so—In circumstances, Interpretation Act, s. 17 determinative and Regulations, s. 10 cannot be taken to bind ICBC—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17—Insurable Earnings and Collection of Premium Regulations, SOR/97-33, s. 10—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 108(1)(a), (f).

CANADA V. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA (A-658-00, 2002 FCA 104, Strayer J.A., judgment dated 14/3/02, 9 pp.)

Judicial review of Umpire's refusal of application for reconsideration—Employment Insurance Commission

**EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

informing applicant overpayment of benefits, of opinion applicant knowingly made false, misleading statements, presumably on reporting cards for which would be assessed penalty, and number of insurable hours needed to qualify for benefits in future would be increased—Board of Referees dismissing appeal therefrom—Commission not presenting as evidence reporting cards containing statements alleged to be knowingly false, misleading—Umpire allowing appeal, referring matter back to differently constituted Board which again dismissed appeal—Again Commission not adducing reporting cards as evidence—Umpire dismissed appeal—Applicant applied for reconsideration under Employment Insurance Act, s. 120 permitting rescission of decision if given without knowledge of, or based on mistake as to, some material fact—Umpire dismissed application for reconsideration—Decision not supported by reasons as Umpire not addressing argument decision made without knowledge of, or based on mistake as to, material fact, but not sufficient to set decision aside—Without reporting cards, no evidence as to questions asked, statements made—In order to discharge onus of proving allegation claimant knowingly made false or misleading statement on balance of probabilities, Commission must adduce evidence of both actual questions asked, questions answered: *Caverly v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2002 FCA 92; [2002] F.C.J. No. 312 (C.A.) (QL)—Some evidence applicant worked during specified period, but not capable of proving what questions asked, answers given—Record establishing Umpire's prior decision based on mistake as to material fact—Application for reconsideration should have been allowed—Application for judicial review allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 120.

BADRA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-420-01, 2002 FCA 140, Sharlow J.A., judgment dated 17/4/02, 9 pp.)

**INCOME TAX****CORPORATIONS**

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision ([2001] 2 C.T.C. 2260) allowing Citibank's appeal against assessment of income tax for 1990 taxation year—In 1990 Citibank acquired 25 "cumulative redeemable perpetual first preference shares" in capital stock of B.C. Gas Inc. at \$500,000 each, and 10 "cumulative redeemable convertible auction perpetual first preferred shares, series C" in capital stock of Le Groupe Vidéotron Ltée at \$1,000,000 each—At end of five-year initial term, B.C. Gas shares could be converted into common shares in accordance with formula, whereby initial share purchase price divided by greater of \$1 and current market price per common share—Thus when right to convert exercised, holder entitled to common shares that at time of conversion had same market value as face value of preferred shares—Same

**INCOME TAX—Continued**

conversion formula for Vidéotron shares—In 1990 Citibank included dividends received on shares in income, deducted amount equal to dividends under Income Tax Act, s. 112(1)—Minister denied deduction on ground preference shares "term preferred shares" excepted from normal deduction under s. 112(1)—Asserting conditions attached to preference shares granted Citibank right to convert such shares into common shares at ratio set at time of conversion, thus "guaranteeing" Citibank would receive common shares equal in value to fixed dollar amount without regard to market fluctuations, thus creating level of protection against loss—According to Minister, if conversion formula such that value of preference shares rose, fell with common shares, then preference shares not investment in "term preferred shares" taxed by s. 248(1)—Definition of "term preferred share" in s. 248(1): share of class of capital stock of issuing corporation if, under terms or conditions of share, issuing corporation providing any form of guarantee, security or similar indemnity or covenant with respect to share—T.C.C. applied *Québec (Communauté Urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3 to decide whether disputed words have ordinary meaning or more technical meaning—Held definition of "term preferred share" applies to relatively small community of sophisticated taxpayers, including publicly listed companies, financial institutions—Applied more technical meaning derived from law applicable to commerce, publicly listed companies to conclude conversion formulae falling short of any form of guarantee—Appeal dismissed—T.C.C. correctly applied interpretive directive in *Bon-Secours*: interpretation of tax legislation following ordinary rules of interpretation—Once ambiguity established, legislative provision should be given strict or liberal interpretation depending on purpose underlying provision—Purpose identified in light of context of statute, its objective, apparent legislative intent—Definition of "term preferred share" designed to combat particular activity prevalent among specific actors in specific setting, i.e. financing transactions between small group of specified financial institutions as defined in s. 248(1), and corporations unable to utilize interest deduction provisions—Arising from narrow, particular context, and applies to specific and sophisticated segment of taxpayers—T.C.C. correct to conclude legal or commercial understandings of disputed words appropriate contexts in which to interpret them—Words "any form of", "similar" in s. 248(1)(a)(iii) not indicating words "guarantee, security or indemnity" to be given broad, generic meaning—S. 248(1)(a)(iii) not contemplating guarantee may be provided by issuer—Parliament intending guarantee, which can only be given by person other than principal obligee, could be given only by "any other person or partnership"—"Covenant" more general, but scope limited by statutory context: must be promise similar to guarantee, security or indemnity, common feature of which that

**INCOME TAX—Concluded**

protections against loss—Parliament intended to tax debt arrangements—Present arrangement more closely resembling capital investment than debt financing arrangement—If after conversion, price of Citibank's shares falls, Citibank losing part of investment with no other avenue for recovery—Converse equally true—Balance weighing in favour of viewing transaction as share purchase financing—Instruments not constituting any form of guarantee, security of similar indemnity or covenant—Minister's argument ignoring commercial context, and would deem Citibank conversion formula to be impermissible simply because Minister viewing possibility of Citibank's recovery as being better than under another model—No such limitation can reasonably be attributed to words in definition—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 112, 248 "term preferred share".

CANADA V. CITIBANK CANADA (A-73-01, 2002 FCA 128, Malone J.A., judgment dated 5/4/02, 19 pp.)

**INCOME CALCULATION***Deductions*

Application for judicial review of decision by Canada Customs and Revenue Agency on February 15, 2001—Defendant did not make patently unreasonable decision by exercising discretion conferred by Income Tax Act, s. 152(4.2) when denied plaintiff right to deduct expenses to which he claimed to be entitled for using his vehicle in course of employment—Plaintiff employed by Canadian National from 1992 to 1999 as machine operator, crew labourer, track maintainer and truck driver—In course of employment plaintiff had to use vehicle to travel to regions of Quebec—Protected by collective agreement and received allowance which varied between \$0.12 kilometer in 1993 and \$0.15 in 1999—Claimed deduction for expenses incurred in using vehicle for work from 1993 to 1999—Defendant disallowed deductions—Standard of review in present circumstances that of patently unreasonable error—Defendant had no duty to meet with plaintiff so he could explain basis of his claim—Not defendant's function to scrutinize benefits of various employees in collective agreement—Payment of standard allowance which plaintiff did not have to include in income made to him for his travel—Defendant's decision not patently unreasonable, vitiated by errors of law or made in bad faith—Application dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152(4.2) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II s. 125(2)).

CHRÉTIEN V. CANADA (T-566-01, 2002 FCT 507, Beaudry J., order dated 3/5/02, 10 pp.)

**PAROLE**

Application for judicial review of National Parole Board Appeal Division's decision upholding Board's November 2,

**PAROLE—Continued**

2000 decision revoking plaintiff's full parole and granting day parole—Plaintiff argued Appeal Division erred when it decided Board not *functus officio* when it varied, on same day, first decision orally on November 2, 2000—Under Corrections and Conditional Release Act, s. 119.1, plaintiff eligible for day parole after serving one-sixth of term of imprisonment—Board granted plaintiff day parole—Plaintiff unlawfully at large for a little over seven years—Under Act, s. 128(1), offender not presumed to have served sentence when unlawfully at large—Board could either revoke plaintiff's parole, terminate it or cancel suspension of his parole—In Appeal Division's opinion, Board made no error in assessing risk presented by plaintiff—It concluded Board not *functus officio* when it varied first decision rendered orally on November 2, 2000—Board not *functus officio* when it varied initial decision, since no doubt there was error in expressing obvious intention—Appeal Division made no error in confirming Board's decision reasonable—This conclusion, that risk to society acceptable provided plaintiff remain in halfway house, reasonable—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 119.1 (as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 21), 128.

TRUDEAU V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-678-01, 2002 FCT 441, Nadon J., order dated 18/4/02, 16 pp.)

Application for judicial review of National Parole Board Appeal Division decision affirming National Parole Board (NPB) decision ordering continued detention of applicant and ordering applicant not be released from imprisonment before expiration of sentence—Applicant serving penitentiary sentence of 11.5 years for attempted murder, breaking and entering, assault, possession of weapon sexual assault—On February 12, 2001, NPB ordered applicant be detained until expiration of sentence on ground satisfied applicant likely, if released, to commit offence causing death of or serious harm to another person before expiration of sentence according to law—Moreover, NPB found no supervision programs available suited to needs of applicant and offering adequate protection to public from risk applicant presented—Appeal Division did not make patently unreasonable decision based on erroneous finding of fact by affirming finding by NPB that there were no supervision programs that would adequately protect public from risk offender might otherwise present if released until expiration of his sentence according to law—NPB may take into consideration or not, depending on appropriateness and relevance, availability of supervision programs that would offer adequate protection to public—It examined three aspects of applicant's appeal: reasonableness of decision, assessment of risk, and duty to act fairly—Appeal Division did not err by affirming NPB decision that there were no supervision programs available taking into consideration all relevant information provided by

**PAROLE—Concluded**

Correctional Service of Canada and applicant—Application dismissed.

DUPUIS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1184-01, 2002 FCT 508, Beaudry J., order dated 3/5/02, 14 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Motion for summary judgment dismissing patent infringement action—Action alleging patent infringement; counterclaim seeking declaration patent invalid—On November 28, 2000 patent reissued—Patent reissue added word “substantially” in claims 1, 9; deleted “bearing portion” from last sentence of same claims—Patent Act, s. 47(2) providing in so far as claims of original, reissued patents identical, surrender not affecting any action pending at time of reissue or abating any cause of action then existing—Defendant relying on *Stamicarbon B.V. v. Urea Casale S.A.*, [2001] 1 F.C. 172 (T.D.)—Submitted changes made upon reissue such that under s. 47(2) no claims under reissued patent identical to claims in original patent, leading to conclusion action under original patent abated under reissued patent—Plaintiffs submitting correct interpretation of claims beyond scope of summary judgment—On day motion for summary judgment argue, Federal Court of Appeal delivering judgment in *Stamicarbon* appeal ([2002] 3 F.C. 347)—Court of Appeal holding given apparent derivation of reissue provision, appropriate to consider American case law construing “identical”, and that approach taken by American courts preferred to strict literal interpretation—Thus need for expert evidence evident where parties dispute what is old, new in claim—Application dismissed—Test on motion for summary judgment whether genuine issue of material fact requiring trial: *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423—F.C.A. reasons for judgment in *Stamicarbon* determinative of this motion—Genuine issue of material fact for trial i.e. whether claims 1, 9 in reissued patent “identical” to claims 1, 9 in original patent—Expert evidence needed to determine whether scope of claims in reissued patent changed over original claims—If change in language not working substantive change in scope of claims, former claims identical to latter, even though language changed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 47.

M.T. BEAUTY CO. LTD. V. CLASSIC FURS CO. (T-1026-99, 2002 FCT 276, Kelen J., order dated 13/3/02, 9 pp.)

**PENSIONS**

Judicial review of Review Tribunal’s decision overpayment should be forgiven—Respondent entitled to benefits under widowed spouse’s allowance—Appealed overpayment, resulting because difference between reported, actual income, on ground applicant’s office provided wrong information—

**PENSIONS—Continued**

Subsequently informed cheques would be reduced to refund overpayment as no evidence erroneous advice given—At respondent’s request, applicant reconsidered decision, came to same result—Minister’s power to reconsider Old Age Security Act, s. 32 decision contained in Old Age Security Act, s. 27.1—S. 28(1) permitting appeal of reconsideration to Review Tribunal under Canada Pension Plan, s. 82—Respondent appealed applicant’s decision to Review Tribunal—Review Tribunal found respondent received erroneous advice from employee of applicant, on which respondent had relied to her detriment—Canada Pension Plan, s. 82 permitting person who is dissatisfied with Minister’s decision under Old Age Security Act, s. 27.1(1), (2) to appeal to Review Tribunal—Old Age Security Act, s. 32 requiring Minister to take remedial action where satisfied that, as result of erroneous advice or administrative error, any person denied benefit to which entitled—S. 37(4)(d) permitting Minister to remit all or portion of amount of benefit paid to which not entitled provided paid as result of erroneous advice or administrative error—Application dismissed—(1) Review Tribunal governed by Canada Pension Plan, s. 82—Based on legislative framework, Review Tribunal has jurisdiction to hear appeal of Minister’s reconsideration under Old Age Security Act, s. 32 as such decisions contemplated by s. 27.1—*Pincombe v. Canada (Attorney General)*, [1995] F.C.J. No. 1320 (QL) distinguished—(2) Decision by Minister made pursuant to s. 37(4) decision contemplated by s. 27.1—For same reasons, Review Tribunal has jurisdiction to review Minister’s decision made pursuant to paragraph 37(4)(d)—Wording of s. 27.1(1), 28(1) broad enough that no justification to carve out exceptions for discretionary decisions made pursuant to ss. 32, 37(4)(d)—Minister reconsidered original decision pursuant to s. 27.1, and Act clearly providing right of appeal of s. 27.1(2) reconsideration decisions—(3) Old Age Security Act, s. 32 dealing with erroneous advice or administrative error resulting in person not receiving as much benefit as entitled to—Present case dealing with respondent receiving greater benefit than entitled to receive because of erroneous advice—S. 37(4)(d) addressing payment of benefit to which person not entitled—Respondent wants to keep amount paid to her as result of erroneous advice—This gives her right to request reconsideration pursuant to Old Age Security Act, s. 27.1(1)—When that reconsideration not favourable, may appeal reconsidered decision to review tribunal pursuant to s. 28(1)—Under Canada Pension Plan, s. 82(11) Review Tribunal may take any action in relation to any of these decisions that might have been taken by Minister—One such decision would be to remit all or any portion of excess amount or excess of benefit payment (s. 37(4)(d))—This is what Review Tribunal ordered—Review Tribunal’s decision reasonable, one entitled to make pursuant to legislation—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 82 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45; S.C. 1995,



**PENSIONS—Concluded**

c. 33, s. 35; 2000, c. 12, s. 60)—Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 27.1 (as enacted by S.C. 1995, c. 33, s. 16; 1997, c. 40, s. 100), 28 (as am. by S.C. 1995, c. 40, s. 16; 1997, c. 40, s. 101), 32 (as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 18), 37(4)(d) (as am. *idem*, s. 23).

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) V. TUCKER (T-1711-00, 2002 FCT 492, O’Keefe J., order dated 30/4/02, 16 pp.)

**PRACTICE**

Directions—Motion to quash “order”, “order or directions”, “directions” of prothonotary granting leave to defendants to bring motion to strike action—Request for direction asking Court to select date for hearing argument on two motions—Neither referring to nor requesting leave to bring motions—Wording of direction capable of two interpretations: direction granting leave as well as fixing return dates, filing dates; or simply granting leave to have motions heard on particular day and fixing hearing date—Only latter interpretation consistent with request—Only interpretation consistent with context that reference to leave in direction referring only to hearing date, not to leave to bring motions themselves—(1) Plaintiff arguing party cannot file motion to strike when in default under Rules—R. 8(1) permitting Court, on motion, to extend, abridge period provided by Rules—R. 8(2) permitting motion for extension of time to be brought before or after end of period sought to be extended—Nothing in r. 8 indicating that until such extension obtained, no further step can be taken—Such interpretation inconsistent with r. 3, requiring interpretation, application of Rules so as to secure just, most expeditious, least expensive determination of every proceeding on its merits—Clearly where party in default, as here, in filing statement of defence, and also anxious to challenge validity of document instituting proceeding, most expeditious, least expensive method of proceeding to determination on merits, to join together motion to strike, and in alternative, motion for extension of time—(2) Plaintiff submitting direction made on basis of letter without any formal opportunity for submissions—Procedure consistent with r. 35, permitting informal request for special hearing dates to Judicial Administrator—Again r. 3 relied upon, as well as standard practice of Court for Judicial Administrator to informally delegate to individual who will be hearing motion responsibility for fixing date convenient to parties and to self—Direction clearly discretionary power of Court—(3) Plaintiff questioning prothonotary’s authority to issue such directions—R. 47 permitting Court to exercise discretionary power of own initiative—Court including prothonotary—(4) Plaintiff raising issue of prothonotary’s jurisdiction where liberty interest at stake—R. 50(1)(f) permitting prothonotary to make necessary orders relating to any motion other than motion relating to liberty of person—Speaking only to

**PRACTICE—Continued**

motions, resulting orders by prothonotary—Here dealing not with motion, order, but with direction in proper sense of that term, given in response to informal request—Directions of Court neither orders, nor judgments, but guiding instructions for taking procedural steps—Even if dealing with order, liberty interest of person that might be at issue so remote as not to invoke exception to prothonotary’s authority provided in r. 50(1)(f)—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 8, 35, 47, 50(1)(f).

FROMM V. CANADA (T-2040-01, 2002 FCT 461, Gibson J., order dated 24/4/02, 7 pp.)

**AFFIDAVITS**

Motion for leave to file supplementary affidavit, extension of time to file notice of application—Application for judicial review seeking to set aside decision of Warden of Drumheller Institution in Alberta to transfer applicant on involuntary basis to Stony Mountain Institution in Manitoba, and order requiring applicant’s return to institution in Alberta—Notice of application filed May 16, 2001, but in breach of Federal Court Rules, 1998, r. 301(c)(ii) as failed to set out date of decision under review, date on which first communicated to applicant—After filing application, applicant moved for interim order requiring return to institution in Alberta—Respondents objecting to application for judicial review on ground filed more than nine months after expiry of 30-day time limit for challenging such decisions prescribed by Federal Court Act, s. 18.1(2)—Motion for interim relief dismissed—On June 1 respondents filing certified record, including institutional file relating to impugned decision to transfer—Applicant filing affidavit in support of application for judicial review on June 15 but only evidence relevant to issue of timely commencement of application for judicial review statement that not given formal notice of decision—On July 18 respondents filed affidavit of parole officer stating told applicant of decision to proceed with transfer on July 4 and personally served final notice of transfer on applicant on July 14—Copies of visitor logbook, records in offender management system, Institution Transfer (Involuntary) Referral Decision Sheet attached to affidavit as exhibits—Nine days before hearing, applicant filing motion requesting leave to file additional affidavit, extension of time for filing of notice of application—Additional affidavit silent on when decision communicated to applicant, when formed intent to bring application for judicial review, whether ever waived in that intent, explanation for delay—(1) Leave for filing supplemental affidavit refused—Principles governing exercise of Court’s discretion set out in *Wayzhushk Onigum Nation v. Kakeway* (2000), 182 F.T.R. 100 (F.C.T.D.): while general test whether additional evidence will serve interests of justice, assist Court, not seriously prejudice other side, important that any supplementary affidavit not deal with material which

**PRACTICE—Continued**

could have been made available at earlier date; motion to file reply affidavit evidence ought to be brought promptly—Evidence relevant to timeliness of application could, should have been made available earlier—Applicant knowing respondents' position application out of time since May 24—Once respondents' record served on September 24, motion to file evidence in reply should have been brought promptly—Given its nature, failure to deal with timeliness, proposed evidence neither serving interests of justice nor assisting Court—(2) Extension of time refused—Although knew of decision to transfer him by at least August 2000, applicant not commencing this proceeding until May 16, 2001—After quoting principles governing exercise of discretion to extend time articulated in *Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.); *Council of Canadians v. Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act)* (1997), 212 N.R. 254 (F.C.A.) stating applicant must display due diligence—Justice not requiring extension of time given applicant's failure to display due diligence: no evidence as to intent to commence proceedings; no explanation for delay in commencing proceedings; length of delay; weak merits of underlying application for judicial review—As to latter, Warden entitled to weigh factor in Corrections and Conditional Release Act, s. 28(b)(i) (accessibility to person's home community and family) alongside safety, security concerns of penitentiary; evidence of compliance with Regulations, s. 12(b); some basis in evidence for Warden's decision applicant presented security risk; evidence applicant given notice of final decision, containing reasons therefor—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 301(c)(ii), 369—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 28(b)(i)—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 12.

MARSHALL V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-834-01, 2002 FCT 168, Dawson J., order dated 14/2/02, 19 pp.)

**COSTS**

Action for alleged infringement of patent by defendants' use, reproduction, harvesting, sale of genes, cells containing plaintiffs' patented gene insert in canola seeds, plants without consent, licence—Defendants contested allegation of infringement, validity of patent on basis Patent Act not providing for patent of subject-matter of plaintiffs' patent (for insertion of gene in plant variety or life form)—Further urging by enactment of Plant Breeders' Rights Act, Parliament indicating intent intellectual property rights pertaining to new plant varieties governed by Act—Judgment upholding patent validity, finding infringement of certain claims, enjoining further infringement, awarding payment to plaintiffs of profits

**PRACTICE—Continued**

earned by defendants, dismissing claims for punitive, general damages—Plaintiffs seeking higher than usual costs on three grounds: unaccepted offer to settle, difficulty of case, defendants' failure to admit fact patented gene present in crops—R. 420(1) providing where plaintiff making written offer to settle, obtaining judgment as or more favourable than terms of offer, plaintiff entitled to double party-and-party costs after service of offer—Offer contained elements of compromise—While offer to settle apparently qualifying under r. 420(1), Court should rule otherwise than directing doubling of party-and-party costs—Until resolved by trial, conflicting evidence and views of significance of, presence of patented cells or genes in defendants' crop—Further, by nature of invention, investigative process to establish its use by defendant more elaborate, required more human, other resources than many other sorts of inventions might require—Higher than usual volume of work, complexity of legal issues not warranting higher than normal party-and-party costs represented in Tariff B, column III—That volume of work higher than usual, actual expenses greater than recoverable under column III, necessary consequence of nature of patent—Costs reflecting these consequences should not be borne by defendants, but are aspect of plaintiffs' overall business expenses—Defendants, by not admitting presence of patented gene in 1998 canola crop, not doing any more than requiring plaintiffs to prove case—Again, nature of patent dictated requirement for sampling, analysis to establish infringement—Not factor to be weighed adversely against defendants—Defendants submitting Court should fix costs as lump sum—Submitting case dealt with novel matter, not previously considered in Canadian courts, i.e. enforcement of patent rights for genetically modified food crops, involving balancing rights of public, those of patent holder—Arguing case involving legal issues, resolution of which providing guidance in future to farmers, plant biotechnology companies owning patents for genetically modified genes, plants—Further argued test case, with defendants selected by plaintiffs from among many farmers under investigation—In this sense, action serving corporate purposes other than claim against defendants whose operations selected as example for others, with widespread importance for plaintiffs, public in general—Citing *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [1997] B.C.J. No. 2694 (S.C.) (QL) as such a case, wherein B.C.S.C. declining to award costs to successful plaintiff, and each party left to bear own costs—Defendants referring to other cases where court in exercise of discretion awarded no costs in disposing of novel issues (*Senecal v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 169 (T.D.); *Emerson v. Canada*, [1986] F.C.J. No. 160 (C.A.) (QL)); where both parties considered case to be test case (*Brown v. Durham (Regional Municipality) Police Force* (1996), 2 O.T.C. 28 (Gen. Div.)); or where they agreed important issue had implications for others (*Zaretski v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)* (1997), 156

**PRACTICE—Continued**

Sask. R. 23 (Q.B.)—Further, defendants submitting costs awarded should bear some reasonable relationship to amount recovered—Submitting claim to award of costs at more than \$220,000 unreasonable, excessive, in relation to amount recovered (\$19,832) for profits earned on 1998 canola crop—Court noting other relief (injunction) also awarded to plaintiffs—Defendants submitting plaintiffs not concerned with monetary considerations, but with conveying message to any person growing canola with patented gene without licence—Defendant's claim to limited resources available to pay costs, when compared to those of plaintiffs, irrelevant—Fixing costs avoiding expense to both parties of assessment of costs by taxing officer under directions of Court—Moreover, since any direction or fixed amount likely to be challenged in course of appeals by both parties, costs may now best be resolved by fixed award that if unacceptable, may be varied, or alternative of directions to assessment officer may be ordered, on appeal—Factors relied upon to conclude fixed costs appropriate set out in Federal Court Rules, 1998, r. 400(3): result of proceeding, relief claimed, importance and complexity of issues, in particular novelty of issues and difficulties of proof; written offer to settle, amount of work—Factors warranting costs at less than norm including importance of litigation to plaintiffs, fact defendants selected among farmers whose practices investigated as means of testing effectiveness of plaintiffs' patent, licensing regime, nature of patent in this case with inherent complexities for improving infringement—Award of costs reducing counsel fees by two-thirds, allowable disbursements by one-third, setting maximum for GST paid on taxable items—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 400, 420.

MONSANTO CANADA INC. v. SCHMEISER (T-1593-98, 2002 FCT 439, MacKay J., supplementary judgment dated 17/4/02, 17 pp.)

Application for judicial review dismissed with costs—Amount of \$541 to photocopy respondent's affidavit, application record not opposed, but left to discretion of assessment officer—No evidence to support expense—Costs of photocopies allowable disbursement only if essential to conduct of proceedings—Respondent claiming sum of \$1,849.20 to obtain copy of transcript of cross-examination of F. G. Brown—Applicants' counsel opposing payment of expense for number of reasons—Issue raising important principles—Respondent's bill of costs assessed, allowed in amounts of \$1,320 for assessable services, \$2,586.95 for disbursements—Certificate of assessment issued in amount of \$3,906.95.

MURPHY v. M.N.R. (A-27-00, 2002 FCA 160, Pilon A.O., assessment of costs dated 29/4/02, 6 pp.)

Respondent awarded costs of judicial review—Bill of costs presented at \$1,607.66—Applicants argued, further to Federal

**PRACTICE—Continued**

Court Rules, 1998, r. 409 that costs should be reduced to nominal amount because litigation addressed matter of public interest relevant for all Band Councils across Canada, i.e. whether honoraria paid to Councillors earnings for purposes of Unemployment Insurance Regulations, s. 57(1)—“Nominal” defined as “existing in name only in distinction to *real* or *actual*; merely named, stated, or expressed, without reference to reality or fact”: The *Compact Edition of the Oxford English Dictionary*, 1987, Vol. I, at p. 1936; relative to “price or amount”, as “trifling, esp. as compared to what would be expected”: *Black's Law Dictionary*, 7th Ed., 1999, at p. 1071—Costs awarded here by judgment not full indemnity, but substantive reflection of principle of partial indemnity captured in tariffs of superior courts of record—R. 409 permitting consideration of factors in r. 400(3), but not authorizing exercise of r. 400(1) discretion—R. 400(1) reserving discretion for nominal costs to Court, but not to assessment officers—Bill of costs assessed, allowed at \$1,607.66—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 400, 409—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 57(1).

WILSON v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-531-00, 2002 FCA 87, Stinson T.O., assessment of costs dated 28/2/02, 3 pp.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS***Undue Delay*

Case management conference to explain why eight-year-old action, on which nothing substantive happening since examinations for discovery in 1997, should not be dismissed for delay—Action challenging Minister's decision duty owed on importation of goods to Canada—Two approaches to dismissal for delay, want of prosecution—Classic test set out in *Nichols v. Canada* (1990), 36 F.T.R. 77 (F.C.T.D.): whether inordinate delay, whether delay inexcusable, whether defendants likely to be seriously prejudiced by delay—Although *Nichols* decided before 1998 changes to Federal Court Rules, *Ruggles v. Fording Coal Ltd.* (1998), 152 F.T.R. 96 (F.C.T.D.) holding classic test applied under post-1998 Rules, reflecting r. 167 concept of dismissal for undue delay—Reasons given by defendant for delay: illness, both plaintiff's own and in family, and death in family—While inordinate delay, and delay not explained, only view of counsel for defendant as to difficulty in now finding witnesses—After such long delay, prejudice often presumed—Second approach more apt in case of lay litigant—Employed in *Grovit v. Doctor*, [1997] 1 W.L.R. 640 (H.L.): if lay litigant engaging in wholesale disregard for time limits provided in rules of court, breach should be looked at not only from viewpoint of prejudice to litigants, but also in light of abuse, prejudice to due administration of justice—In *Arbuthnot Latham Bank Ltd.*

**PRACTICE—Continued**

*v. Trafalgar Holdings Ltd.*, [1998] 1 W.L.R. 1426 (C.A.), Court of Appeal of view such abuse of process separate ground for striking out action, not requiring defendant to demonstrate prejudice—Lack of reasonable plan to bringing action to conclusion indicating plaintiff having no real interest in doing so—Action, as conducted, constituting abuse—Unfair to defendant, to Court whose resources limited, to taxpayers who must pay Court's bills, to other litigants who look to Court for reasonably quick resolution of disputes—Action dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 167.

SEITZ V. CANADA (T-806-94, 2002 FCT 456, Hargrave P., order dated 22/4/02, 11 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Defendant seeking to quash action under Federal Court Rules, 1998, r. 221(1)(a) (failure to disclose reasonable cause of action)—Action based on defendant's failure to follow its Policy on Claims and Ex Gratia Payments—Policy not having force of law—According to case law, administrative policy not enforceable (*Girard v. Canada* (1994), 79 F.T.R. 219 (F.C.T.D.))—Statement of claim quashed as disclosing no reasonable cause of action—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a).

BYER V. CANADA (T-1191-01, 2002 FCT 518, Tremblay-Lamer J., order dated 7/5/02, 3 pp.)

**PRELIMINARY DETERMINATION OF QUESTION OF LAW**

Effect to be given to Mutual Release given by parties in another action arising out of same factual nexus—Plaintiff Gearbulk entered into voyage note agreement with defendants by which 10 transformers to be shipped from Sorel, Quebec, to Antwerp, Belgium aboard vessel *Thuleland*—When first crated transformer being brought aboard, fell to ground and damaged—Fact other 9 crates identical to first leading to conclusion crates not suitable for loading—*Thuleland* sailed without transformers—Owners of damaged transformer brought action seeking damages for damage to their property (Cargo Action)—Cargo Action settled by means of Mutual Release signed by all parties to action—Subsequently, Gearbulk brought present action on voyage agreement note seeking damages for lost freight (Freight Action)—Defendants raising Mutual Release as defence to action—Proceeding herein appeal from Prothonotary's decision Mutual Release not bar to plaintiff's claim, and ordering matter on to trial—Plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which Court actually required by parties to form opinion and pronounce judgment, but to every point which properly belonged to subject of litigation and which parties, exercising reasonable diligence, might have brought

**PRACTICE—Continued**

forward at time: *Ostapowich v. Bank of Montreal* (1998), 165 Sask. R. 231 (Q.B.)—However, in multi-party, multi-transaction, multi-recourse universe, before release can be extended to all possible claims between two parties, must be some evidence parties intended to achieve that result—Here, express terms of documents limit releases granted to claims arising out of damage to cargo—Nothing to do with voyage note agreement between Gearbulk and defendants—In absence of evidence of claim between Gearbulk and defendants, Court not in position to hold that Mutual Release acts as release of claims which Gearbulk could have but did not advance against defendants—Significant possibility record before Prothonotary defective—Applying standard of correctness, on basis of record before him, Prothonotary's decision correct and not subject to review.

GEARBULK POOL LTD. V. SCAC TRANSPORT CANADA INC. (T-447-01, 2002 FCT 353, Pelletier J., order dated 27/3/02, 8 pp.)

**REPRESENTATION BY ATTORNEY OR SOLICITOR**

Motion to allow sole officer, shareholder to represent company in judicial review proceedings—R. 120 requiring company to be represented by solicitor unless special circumstances persuading Court to allow officer to represent company—*Kobetek Systems Ltd. v. The Queen*, [1998] 1 C.T.C. 308 (T.D.) setting out factors to consider when lay person applies to represent company—(1) Neither company nor proposed representative can afford lawyer—(2) Proposed representative cannot avoid acting both as advocate, witness—Only person with any knowledge of facts—Often analogy between lawyers acting as witnesses and lay persons acting as witnesses—*S.A.R. Group Relocation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 99; [2002] F.C.J. No. 367 (C.A.) (QL), recognizing dual role of representative and witness “militating” (making strong argument or influence) against allowing lay representative, officer of corporation, to act as representative when that person might be a witness—That dual role less than absolute bar consistent with r. 120 by which Court, in special circumstances, may grant officer of company privilege of representing that company as advocate—Narrower view rendering r. 120 exception meaningless in many circumstances and certainly meaningless in case of incorporated sole proprietorship—(3) May look to affidavit material, record to determine complexity—Affidavit not addressing issue, but record dealing with complexity by inference in that applicant referring to extensive documentary evidence—With reasonable effort to understand Federal Court Rules, and research into nature of judicial review, proposed representative, who has produced understandable but wordy application, likely able to deal with issues—(4) Material presented on motion coherent, reasonably presented—

**PRACTICE—Continued**

Proposed representative will have to put some effort into fully understanding time lines set out in Rules, procedure, nature of judicial review—To deny applicant representation by sole officer would deny company day in court—Thus special circumstances required by r. 120 exist—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 120.

ARTEMIS HOLDINGS LTD. V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (T-433-02, 2002 FCT 504, Hargrave P., order dated 30/4/02, 9 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Motion to extend time within which to file initial extension of time material, by which, in turn, to file appeal materials in proper form—Syndic, Polish trustee in bankruptcy, acting for estate of Gryf Deep Sea Fishing Company (Gryf)—On December 10, 2001 Syndic submitting three notices of appeal: (1) of indefinite adjournment of challenge to apparently non-existent motion of claimant to sale proceeds; (2) of order denying request both that Court appoint *pro bono* counsel for estate in bankruptcy of Gryf and that Syndic be released from any costs in proceeding; (3) of November 19, 2001 order striking out affidavit of claim—Because material in unacceptable form, December 17, 2001 direction issued, accepting documents for filing subject to conditions i.e. Syndic to provide affidavits of service; if material not filed within time required, Syndic must apply for extension of time; Syndic to authorize Registry to delete references to “Appeal Division” so that appeals might be directed to judge of Trial Division; Syndic to advise all counsel whether appeals to be spoken to or to be dealt with as motions in writing—Directions including procedure for obtaining extension of time, indicating motion in writing must be based on proper evidentiary record, referring to need for affidavits—Conditions precedent to be complied with by January 25, 2002—On January 18 Syndic forwarding to Court, counsel motion for extension of time to file notices of appeal and order dispensing with filing of motion record—Referring to affidavit in support, which was never received—Motion returnable January 23—On January 23, Syndic sending second similar motion, accompanied by affidavit of service, returnable on January 28—On January 28, no one having appeared for Syndic, and motions being bare motions, directions issued giving Syndic until February 1 to fax affidavit in support, written representations—Syndic then providing motion record containing bare motion, dated February 4, 2002, seeking reconsideration of January 28 direction, specifically as to February 1 deadline for service of material in support of Syndic’s time extension motion—Grounds set out in motion: Syndic’s e-mail equipment in Poland not compatible with that of Federal Court of Canada and January 28 direction not received in timely manner;

**PRACTICE—Concluded**

Syndic not present for longer time in Szczecin, being registered place of business; only Syndic able to sign material related to these proceedings; Syndic away until February 11; affidavits must be sworn at Canadian Embassy in Warsaw, which requires time—February 8 direction authorizing acceptance of February 4 motion, to be dealt with as motion in writing February 15—Motion denied as conditions precedent to acceptance of notices of appeal not met—Such unsworn grounds should not be given any weight—That Syndic failing to retain counsel unfortunate but not itself bar to Syndic taking further steps—While motion record normally containing affidavit material, that requirement not necessarily absolute where facts on record providing basis for allowing motion—Absent affidavit material, adequate written representations to explain where to find facts in Court’s record expected—Written reply representations filed by Syndic not evidence, not referring to material forming part of record of Court, but rather argument or material which, if in affidavit form, would invite cross-examination—That Syndic failed both to file affidavit material, written representations in support of motion to detriment of all, perhaps to prejudice of some, but not fatal—Inadequate material in support of motion not preventing consideration of motion on merits, looking at grounds set out in motion, for while may be difficult to understand some of material, cope with inadequate or non-existing material, no ambush—*Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.) setting out tests for time extension—(1) Must be continuing intention to pursue present motion—No evidence from Syndic as to continuing intention to pursue motion for time extension—Measure of intent lack of effort put into filing material in support of motion—Thin, missing, unsubstantiated material in support indication of no real continuing intent to pursue motion—Delay, without explanation, in perfecting motions of appeal, also indicative of lack of both interest, intent—(2) Application must have some merit—Of three underlying appeals, first doomed to failure; second resting on unstable grounds as possible estoppel preventing Syndic from seeking public funds in Canada by which to seek representation as funds already paid out of estate, and fact no absolute right to counsel at common law; third could not succeed as no material indicating why decision might be incorrect—Nothing showing appeals have some merit—(3) Must be no prejudice to other side—Delay of three months in appealing order prejudicial to all parties, claimants—Should priorities hearing have to be adjourned, could be many months before hearing could be rescheduled—(4) Must be reasonable explanation for delay—Grounds for motion unacceptable excuse—Leaves unanswered why Syndic unable to meet fairly generous initial deadline—Syndic failed to establish exercise due diligence.

GLOBAL ENTERPRISES INTERNATIONAL INC. V. AQUARIUS (THE) (T-16-01, 2002 FCT 193, Hargrave P., order dated 21/2/02, 21 pp.)

**TRADE-MARKS****REGISTRATION**

Appeal from decision respondent's trade-mark in use in Canada in association with men's suits and pants, and men's shirts and jackets during relevant period—Hearing officer deleted balance of wares listed in registration—Respondent owner of trade-mark "Le Collezioni (Tradizioni) di Successo", registered in 1977 for use in association with men's suits, jackets, vests and pants; and men's shirts, ties, socks, coats and jackets—Trade-marks Act, s. 45 permitting Registrar to require registered owner of trade-mark to furnish affidavit with respect to each of wares specified in registration showing whether trade-mark in use in Canada during three-year period immediately preceding date of notice—Whether respondent provided evidence of use of subject mark in association with men's suits, pants, shirts, jackets during relevant period—Appeal dismissed—To demonstrate use, maintain trade-mark on register, party must show assertions of fact showing use as opposed to mere assertions of use, but threshold for use not "stringent"—S. 2 defining "use" as any use deemed by s. 4 to be use in association with wares or services—S. 4 deeming trade-mark used in association with wares if marked on wares themselves or on packages or so associated with wares that notice of association then given to person to whom property or possession transferred—Practical test comparison of trade-mark as registered with trade-mark as used to determine whether differences so unimportant that unaware purchaser likely to infer that both identify goods having same origin: *Registrar of Trade Marks v. Compagnie Internationale pour l'Informatique CII Honeywell Bull*, [1985] 1 F.C. 406 (C.A.)—Hearing officer, on behalf of Registrar, finding as fact label affixed to wares displays mark in design form followed by words "par/by Moores"—Words "par/by Moores" considered to be distinct from mark in design form on label—Issue treated as one of "distinctiveness"—Finding not unreasonable—Examination of label supporting respondent's position words "par/by Moores" not part of mark as in different font, outside design in which subject mark depicted, and in different language—Reasonable argument words "par/by Moores" not part of mark "Le Collezioni (Tradizioni) di Successo" used on label affixed to wares—Non-use mixed question of fact, law—Hearing officer not making any error—Although Court may have reached different conclusion, should defer to expertise of Registrar—Evidence supporting hearing officer's finding: sales for wares sold in association with mark exceeding 18 million dollars from 1994 to 1998; promotional flyers showing Moores advertised, distributed wares in association with subject mark—Respondent manufactured wares to which labels with subject mark affixed by respondent, sold exclusively by Moores—Transfer of property happened in usual course of trade—Constitutes evidence of use—Applying standard of reasonableness

**TRADE-MARKS—Concluded**

*simpliciter*, hearing officer's finding reasonable, supported by evidence—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45.

SWABEY OGILVY RENAULT V. GOLDEN BRAND CLOTHING (CANADA) LTD. (T-2387-00, 2002 FCT 458, Martineau J., order dated 23/4/02, 11 pp.)

**TRANSPORTATION**

Determination of issues—Applicant and National Harbours Board (legal predecessor to respondent) entered into agreement in 1982 whereby applicant leased two shipping berths located at Roberts Bank, man-made island in Delta, British Columbia—Roberts Bank Crown land forming part of Port of Vancouver—Applicant constructing, operating bulk coal loading facility where coal received, handled, stored—Respondent agent of Crown—Rates freely negotiated by applicant, respondent—Lease agreement providing rates to be increased every three years—According to applicant, rates more than tripling since 1982 and since 1982 has paid three times total capital costs of constructing Roberts Bank and more than six times capital costs of constructing portion of property applicant's coal terminal occupies—Furthermore, applicant invested over \$200 million of own money for improvements, including trackage, buildings, coal-loading equipment—Commenced judicial review proceedings in respect of respondent's refusal to reduce lease payments on grounds payments unfair, unreasonable, discriminatory, pursuant to Canada Marine Act, ss. 49(3), 50—S. 49(3) requiring rates fixed by port authority to be fair, reasonable—S. 50(1) prohibiting port authority from unjustly discriminating among users, classes of users of port—(1) Lease rates not fees within meaning of Canada Marine Act—S. 2(1) defining "fees" as including harbour dues, berthage, wharfage, as well as duties, tolls, rates, other charges—*Ejusdem generis*, canon of construction that when general word, phrase following list of specific persons or things, general word, phrase will be interpreted to include only persons, things of same type as those listed, relevant to interpretation of word "fees"—Common feature between items enumerated that all constitute charges traditionally fixed by port authority for services provided to those who use port—All of these charges not negotiated between port authority, users but "imposed" by way of tariff, and users have no say in establishment of charges—Rates payable under lease agreement have nothing in common with items enumerated in s. 2(1)—Further lease rates freely negotiated, not unilaterally imposed—Support for this view also found in French version, other relevant sections of statute—(2) S. 49, permitting port authority to fix fees, applying to lease rates—Ss. 44 to 48 under heading "Property" while ss. 49 to 53 under heading "Fees"—Thus Parliament making distinction between port authority's power to lease property, fix "fees" under s. 49(1)—Power to manage federal real property derives from letters

**TRANSPORTATION—Continued**

patent issued by Minister—Act not placing any restriction on port authority with respect to amount of rent may collect under negotiated leases—“Fees” dealt with in ss. 49 to 53 completely different than leases which might be entered into by port authority pursuant to s. 45(3)—Ss. 44 to 48, coupled with letters patent, constituting complete code governing port authority’s power with respect to leasing of federal property in port under authority’s jurisdiction—Rent not being paid in respect of any rights or privilege conferred by respondent in respect of Port of Vancouver, but pursuant to lease agreement—S. 49(3) requiring fairness, reasonableness only in respect of those “fees” fixed by port authority—Fairness, reasonableness not required, either with respect to payments negotiated or with respect to lease payments made under freely negotiated lease agreements—Had Parliament intended to include lease payments in definition of “fees” would have expressly stated intention—Parliament’s silence can only mean not intending to include lease payments in definition of “fees”—S. 53, permitting port authority to agree by contract to accept fees different from fixed fees, clearly applies only to fees which port authority has power to fix under s. 49(1)—Close examination of predecessor statutes supporting this interpretation—(3) As rents payable under lease agreement not “fees”, s. 50 not applying to lease rates—Even though not referring to “fees”, s. 50(1) only applying to subject-matter of ss. 49 to 53 i.e. fees fixed by port authority under s. 49(1)—S. 50(1) must be read with s. 52(1), permitting interested person to file complaint with Canadian Transportation Agency on grounds fee fixed by port authority under s. 49(1) discriminatory—Discrimination in regard to which person may file complaint discrimination in regard to fees fixed by port authority under s. 49(1)—(4) Common law governing “practical monopolies” not imposing any duties upon respondent in respect of lease rates—Common law principle: obligation of public utility or other body having practical monopoly to supply product to all who seek it for reasonable price, without unreasonable discrimination between those who are similarly situated or who fall into one class of consumers: *Chastain et al. v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1972), 32 D.L.R. (3d) 443 (B.C.S.C.)—As neither evidence nor authority suggesting Crown subject to common-law monopoly rules, respondent, as agent for Crown, not subject to common-law monopoly principles when leasing Crown land—If common-law obligation imposed on port authorities, then that duty codified by enactment of ss. 49, 50—But those sections not applicable to payments under lease agreement—(5) Court having jurisdiction to grant relief if

**TRANSPORTATION—Concluded**

if satisfied sufficient grounds to intervene—If lease rates “fees”, Court has jurisdiction to provide remedy—Canada Marine Act, S.C. 1998, c. 10, ss. 2(1) “fees”, 44, 45, 49, 50, 52, 53.

WESTSHORE TERMINALS LTD. V. VANCOUVER PORT AUTHORITY (T-68-00, 2002 FCT 195, Nadon J., order dated 22/2/02, 30 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Unpire’s decision Employment and Immigration Commission could not rely on 72-month deadline in *Unemployment Insurance Act*, s. 43(6) because had not discharged burden of proving claimant knowingly made false statements—“False statement” at issue apparently record of employment issued by employer on July 2, 1991 and attached by claimant to claim for benefits filed on July 31, 1991—Umpire misdirected himself when imposed on Commission, pursuant to s. 43(6), burden of proving claimant knowingly made false statements—In s. 43(6), Parliament merely requiring Commission be of opinion false or misleading statement has been made—Appeared from very wording of s. 43 that review procedure allowing Commission to change its mind in one direction or another: review may equally lead to reimbursement of overpayment by claimant as to payment by Commission of benefits hitherto denied or payment by Commission of additional benefits—Wording of s. 43(6) applicable whether overpayment or reimbursement in question—Neither wording of s. 43(6), nor legislative background nor purpose of extending review deadline provide basis for limiting possibility of extension only to cases in which statement at issue made by claimant himself—Court’s function to decide whether Umpire could conclude Board of Referees had come to conclusion in patently unreasonable way that Commission discharged burden of proving there was false statement—S. 43(6) part of exceptional system, departure from ordinary law and must be strictly construed—Umpire made no reviewable error when concluded patently unreasonable for Commission and Board of Referees to consider in circumstances of case at bar that there was false statement simply on basis of decision rendered by Revenue Canada—Application dismissed—Unemployment Insurance Act, R.S.C. 1985, c. U-1, s. 43.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. LANGELIER (A-140-01, 2002 FCA 157, Décary J.A., judgment dated 26/4/02, 10 pp.)





# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg*

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du juge-arbitre qui a conclu que la Commission de l'emploi et de l'immigration ne pouvait se prévaloir du délai de 72 mois prévu à l'art. 43(6) de la Loi sur l'assurance-chômage parce qu'elle ne s'était pas déchargée de son fardeau de prouver que le prestataire avait sciemment fait des fausses déclarations—La «fausse déclaration» en litige serait un relevé d'emploi émis par un employeur le 2 juillet 1991 et joint par le prestataire à la demande de prestations qu'il présentait le 31 juillet 1991—Le juge-arbitre a fait fausse route lorsqu'il a imposé à la Commission, en vertu de l'art. 43(6), le fardeau de prouver que le prestataire avait sciemment fait des fausses déclarations—Tout ce qu'exige le législateur à l'art. 43(6), c'est que la Commission estime qu'une déclaration fautive ou trompeuse ait été faite—Il appert des termes mêmes de l'art. 43 que le réexamen est une procédure qui permet à la Commission de se raviser dans un sens ou dans l'autre: le réexamen peut mener aussi bien à un remboursement par le prestataire d'un trop-payé qu'au paiement par la Commission de prestations jusqu'alors refusées ou au paiement par la Commission de prestations additionnelles—Le texte de l'art. 43(6) s'applique qu'il s'agisse de trop-payé ou de remboursement—Ni le texte de l'art. 43(6), ni le contexte législatif ni l'effet recherché de la prolongation du délai de réexamen ne permettent de restreindre la possibilité d'une prolongation aux seuls cas où la déclaration en litige émane du prestataire lui-même—Il s'agissait de décider si le juge-arbitre pouvait en arriver à la conclusion que le conseil arbitral avait de façon manifestement déraisonnable conclu que la Commission s'était déchargée de son fardeau de prouver qu'il y avait eu fausse déclaration—L'art. 43(6) fait partie d'un régime d'exception, qui est exorbitant du droit commun et doit être interprété restrictivement—Le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en concluant qu'il était manifestement déraisonnable de la part de la Commission et du conseil arbitral d'estimer, dans les circonstances de l'espèce, qu'il y avait eu fausse déclaration sur la seule foi de

## ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

la décision rendue par Revenu Canada—Demande rejetée—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 43.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LANGELIER  
(A-140-01, 2002 CAF 157, juge Décary, J.C.A., jugement  
en date du 26-4-02, 10 p.)

## ASSURANCE-EMPLOI

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) qui a décidé que la défenderesse, Insurance Corporation of British Columbia (ICBC), n'était pas tenue, en vertu du Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations (adopté en vertu de l'art. 108(1)a) et f) de la Loi sur l'assurance-emploi, de retenir les cotisations d'assurance-emploi sur les montants qu'elle transmettait à une aide aux soins personnels à domicile—Une aide aux soins personnels à domicile a été engagée afin d'aider une victime d'un accident de véhicule automobile dans les tâches quotidiennes en général—Les déboursés ont été faits tel qu'exigé, mais ICBC n'a pas retenu les cotisations d'assurance-emploi sur les montants qu'elle avait transmis à l'aide aux soins personnels à domicile—Revenu Canada a avisé ICBC que celle-ci était considérée comme employeur aux fins de l'exigence de percevoir et de verser les cotisations d'assurance-emploi—La C.C.I. a accueilli l'appel au motif qu'on ne pouvait pas dire qu'ICBC avait «payé» l'aide aux soins personnels à domicile—Demande rejetée—Le juge de la C.C.I. a inutilement donné une interprétation stricte au mot «payé» dans l'art. 10 du Règlement lorsqu'il a interprété le mot comme signifiant que quelqu'un ne «paye» que lorsqu'il a une obligation juridique de le faire à l'égard précisément du bénéficiaire—Le but du Règlement et de la loi l'autorisant consiste, en partie, à faciliter la perception des cotisations d'assurance-emploi—L'art. 10 du Règlement et la jurisprudence sont compatibles avec la conclusion que l'«autre personne» peut être considérée avoir «payé» l'employé de quelqu'un d'autre sans avoir

**ASSURANCE-EMPLOI—Suite**

d'obligation juridique à cet effet envers ledit employé— Toutefois, ICBC n'est pas assujettie au Règlement puisque'elle a été constituée afin d'exploiter une forme d'entreprise dans le domaine de l'assurance au nom de la Couronne de la Colombie-Britannique—Les principes de common law et l'art. 17 de la Loi d'interprétation prévoient que les lois ne lient pas la Couronne tant fédérale que provinciale, à moins de dispositions expresses à cet effet—En l'espèce, comme le Règlement ne mentionne pas son application à la Couronne provinciale et n'y réfère pas, il ne peut s'appliquer à Sa Majesté du chef de la Colombie-Britannique—En l'espèce, ICBC doit être considérée comme une mandataire du gouvernement dans le but d'indemniser ses assurés, et les fonds qu'elle administrait en effectuant les paiements doivent être considérés comme des biens du gouvernement provincial—Par conséquent, ce règlement fédéral ne peut s'appliquer de manière à obliger une mandataire de la Couronne provinciale, ICBC, à percevoir et à déboursier, sur les fonds de la Couronne provinciale, les cotisations d'assurance-emploi relatives à une aide aux soins personnels à domicile—Il aurait été facile pour le Parlement d'étendre, ou d'autoriser le gouverneur général à étendre, l'application de l'art. 10 du Règlement à de tels organismes gouvernementaux provinciaux, mais il ne l'a pas fait—Dans les circonstances, l'art. 17 de la Loi d'interprétation est déterminant, et l'art. 10 du Règlement ne peut être considéré comme liant la ICBC—Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17—Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations, DORS/97-33, art. 10—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 108(1*a*), *f*).

CANADA C. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA (A-658-00, 2002 CAF 104, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 14-3-02, 9 p.)

Contrôle judiciaire du refus par un juge-arbitre d'une demande de réexamen—La Commission de l'assurance-emploi a avisé le demandeur qu'il avait reçu des prestations en trop et qu'elle était d'avis qu'il avait délibérément fait des déclarations fausses ou trompeuses, sans doute dans ses cartes de déclaration, en raison de quoi on lui imposerait une pénalité à cause de laquelle le nombre d'heures assurables nécessaires pour être admissible aux prestations serait à l'avenir augmenté—Un conseil arbitral a rejeté l'appel interjeté de cette décision—La Commission n'a pas déposé en preuve les cartes de déclaration contenant les déclarations qui étaient censées être délibérément fausses ou trompeuses—Le juge-arbitre a fait droit à l'appel interjeté et a renvoyé l'affaire devant un conseil arbitral constitué différemment qui a lui aussi rejeté l'appel du demandeur—La Commission n'a encore une fois pas produit en preuve les cartes de déclaration—Le juge-arbitre a rejeté l'appel—Le demandeur a formulé

**ASSURANCE-EMPLOI—Fin**

une demande afin que le juge-arbitre examine de nouveau sa décision en vertu de l'art. 120 de la Loi sur l'assurance-emploi qui permet l'annulation d'une décision si elle a été rendue avant que soit connu un fait essentiel ou a été fondée sur une erreur relative à un tel fait—Le juge-arbitre a rejeté la demande de réexamen—La décision n'était pas justifiée par les motifs donnés puisque le juge-arbitre n'a pas abordé l'argument selon lequel la décision a été rendue sans la connaissance d'un certain fait essentiel ou était fondée sur une erreur à ce sujet, mais cela ne suffit pas pour que la décision puisse être infirmée—Sans les cartes de déclaration, il n'y avait aucune preuve quant à savoir quelles questions avaient été posées ou quelles déclarations avaient été faites—Pour s'acquitter de la charge de prouver, suivant la prépondérance de la preuve, qu'un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse, la Commission doit produire la preuve des questions effectivement posées ainsi que la preuve des réponses données: *Caverly c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2002 C.F.A. 92; [2002] A.C.F. n° 312 (C.A.) (QL)—Certains éléments de preuve indiquent que le demandeur a travaillé pendant la période déterminée, mais ne peuvent toutefois pas prouver quelles questions ont été posées et quelles réponses ont été données—Le dossier établit que la décision antérieure du juge-arbitre était fondée sur une erreur au sujet d'un fait essentiel—La demande de réexamen aurait dû être accueillie—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 120.

BADRA C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-420-01, 2002 CAF 140, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 17-4-02, 9 p.)

**BREVETS****PRATIQUE**

Requête visant à obtenir un jugement sommaire rejetant l'action en contrefaçon de brevet—Dans leur action, les demandeurs allèguent la contrefaçon d'un brevet et la demande reconventionnelle vise à obtenir une déclaration portant que le brevet est invalide—Le brevet a été redéveloppé le 28 novembre 2000—Le brevet redéveloppé a ajouté le mot «*substantially*» (dans l'ensemble) aux revendications 1 et 9 et a supprimé les deux mots «*bearing portion*» (partie recouverte) de la dernière phrase des mêmes revendications—L'art. 47(2) de la Loi sur les brevets prévoit que dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redéveloppé sont identiques, un tel abandon n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant—La défenderesse s'est fondée sur l'affaire *Stamincarbone B.V. c. Urea Casale S.A.*, [2001] 1 C.F. 172 (1<sup>re</sup> inst.)—Il est allégué que les modifications apportées au brevet au moment de la redélivrance sont

**BREVETS—Fin**

telles qu'aux termes de l'art. 47(2), aucune revendication figurant dans le brevet délivré n'est identique à celles du brevet original, ce qui mène à la conclusion que l'action intentée en vertu du brevet original est annulée aux termes du brevet redélivré—Les demandeurs ont fait valoir que la juste interprétation des revendications se situe au-delà de la portée d'un jugement sommaire—Le jour où la requête en jugement sommaire a été plaidée, la Cour d'appel fédérale a rendu son jugement dans l'appel interjeté dans *Stamicarbon* ([2002] 3 C.F. 347)—La Cour d'appel a statué qu'étant donné que les dispositions relatives à la redélivrance semblent dériver de la loi américaine, il semblerait logique pour l'interprétation du mot «identique» de considérer la jurisprudence américaine, et que l'approche adoptée par les tribunaux américains doit être préférée à une stricte interprétation littérale de ce mot— La nécessité d'une preuve d'expert est d'autant plus évidente lorsque les parties débattent ce qui est ancien et ce qui est nouveau dans la revendication—Demande rejetée—Le critère qu'il convient d'appliquer à une requête visant à obtenir un jugement sommaire consiste à savoir s'il y a ou non une véritable question de fait importante qui requiert la tenue d'un procès: *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423—Les motifs de la C.A.F. dans *Stamicarbon* sont déterminants pour la présente requête—Il existe une véritable question de fait importante qui requiert la tenue d'un procès en l'espèce, c.-à-d. la question de savoir si les revendications 1 et 9 du brevet redélivré sont «identiques» aux revendications 1 et 9 du brevet original—Il faut des témoignages d'experts pour établir si la portée des revendications du brevet redélivré a été modifiée par rapport aux revendications du brevet original—Si la modification du texte n'a pas apporté une modification de fond à la portée des revendications, les revendications antérieures doivent être considérées comme identiques aux revendications ultérieures, même si la formulation a été modifiée—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 47.

M.T. BEAUTY CO. C. CLASSIC FURS CO. (T-1026-99, 2002 CFPI 276, juge Kelen, ordonnance en date du 13-3-02, 11 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI**

Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre de la section du statut de réfugié ordonnant la mise en liberté du défendeur, qui était détenu par l'Immigration—Le défendeur est citoyen iranien—La SSR a conclu que le défendeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le 6 août 2000, les autorités de l'Immigration ont mis le défendeur sous garde—Le défendeur a fourni le cautionnement nécessaire et il a été mis en liberté conformément à l'ordonnance de l'arbitre du

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

8 décembre 2000—Question de savoir si l'arbitre a commis une erreur susceptible de révision—L'arbitre a tenu compte des actions du défendeur et a reconnu que son manque de coopération contribuait à la nature indéterminée de la détention—Question de savoir s'il était déraisonnable d'imputer au demandeur le retard indéfini occasionné par le défendeur, de façon que ce dernier soit mis en liberté et qu'on lui permette de rester au Canada—Dans *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Rothstein a énoncé quatre facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer à quel moment une période de détention peut devenir indéfinie dans le contexte de l'audition de l'examen des motifs de garde—L'application des facteurs en l'espèce montrait que la garde devait se prolonger—Étant donné que les représentants de l'Immigration étaient tenus d'expulser le défendeur en vertu de la loi, qu'ils pouvaient uniquement expulser le défendeur en Iran et que la détention pouvait prendre fin dès que le défendeur décidait de signer les documents iraniens nécessaires pour permettre son expulsion en Iran, le défendeur était lui-même l'artisan de sa propre infortune—La décision de l'arbitre était déraisonnable—Demande accueillie.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. KAMAIL (IMM-6474-00, 2002 CFPI 381, juge O'Keefe, ordonnance en date du 8-4-02, 14 p.)

*Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente de révision des revendications refusées (ARRR) a conclu que le demandeur ne serait pas confronté à une possibilité raisonnable de risque s'il retournait en Égypte—Le demandeur est citoyen de l'Égypte et chrétien copte pratiquant—Il exerce le droit depuis 1996—En 1998, il a représenté une musulmane dans une action en divorce—Dans la soirée précédant sa dernière comparution devant le tribunal, des intégristes musulmans l'ont agressé et l'ont menacé de représailles s'il ne se retirait pas du dossier—Bien qu'il ait signalé l'incident à la police, le demandeur s'est vu ordonner de quitter le poste de police—Le jour où le divorce a été prononcé, le demandeur a failli être happé par une voiture et a reçu des menaces au téléphone—Il a quitté Le Caire pour se rendre dans sa ville natale—Son appartement et son bureau ont été saccagés et des slogans anti-chrétiens ont été griffonnés sur les murs—Le demandeur a choisi de ne pas contacter la police une deuxième fois—Il est venu au Canada—Sa revendication du statut de réfugié a été refusée et on n'a pas examiné s'il pouvait être classé dans la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada parce qu'il n'a pas déposé sa demande en temps voulu—On a procédé à l'évaluation des risques avant le renvoi—La conclusion de l'ARRR a été motivée par deux éléments: 1) le

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

demandeur n'a pas réussi à démontrer qu'il appartenait à un groupe vulnérable en Égypte; 2) des éléments de preuve permettaient d'affirmer que le demandeur pouvait se prévaloir de la protection de l'État et qu'il ne s'était pas vraiment efforcé de demander cette protection—L'agente a estimé qu'il n'y avait aucun lien entre la situation personnelle du demandeur et la situation dans le pays—Demande accueillie—L'ARRR a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait aucun lien entre le tort redouté par le demandeur et la situation existant dans le pays—Le demandeur appartient à un groupe social, c'est-à-dire qu'il est un avocat impliqué dans des activités qui sont perçues comme anti-islamiques par les intégristes—Cela peut être considéré comme de la persécution du fait de la religion—Il était déraisonnable de s'attendre à ce que le demandeur continue de demander la protection—De plus, l'ARRR a omis d'examiner la situation personnelle du demandeur, c'est-à-dire qu'il était avocat en exercice et qu'il était en mesure d'évaluer ses chances d'obtenir une protection.

MOUSSA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2638-01, 2002 CFPI 513, juge Rouleau, ordonnance en date du 7-5-02, 6 p.)

*Renvoi de visiteurs*

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi pendant la contestation de la décision par laquelle l'agent d'exécution a refusé de reporter le renvoi du demandeur dans l'attente du règlement de sa demande de conjoint marié au Canada—Le demandeur est un citoyen de Roumanie d'origine ethnique hongroise—Il est entré au Canada avec un faux passeport hongrois en 1999—Il a revendiqué le statut de réfugié—Il s'est marié en février 2001 et, en mai de la même année, il a déposé une demande de conjoint marié au Canada en vue d'obtenir le statut de résident permanent, un type de demande d'établissement faite à partir du Canada et fondée sur des raisons d'ordre humanitaire (demande CH)—Il a retiré sa demande du statut de réfugié, confiant que sa demande CH pourrait lui assurer le droit de rester au Canada—En novembre 2001, sa femme a donné naissance à un garçon—En raison du retrait de sa demande du statut de réfugié, la mesure d'interdiction de séjour conditionnelle le visant est devenue exécutoire—Le demandeur n'a plus l'autorisation de travailler, mais il pourrait toutefois s'occuper de l'enfant pendant que sa conjointe travaille—L'agent d'exécution a déclaré que son pouvoir pour différer un renvoi se limitait à des problèmes logistiques comme l'absence de document, l'incapacité physique, les sursis prévus par la loi ou les moratoires touchant les renvois dans certains pays—En cas de preuve crédible et objective d'un risque de préjudice, l'agent d'exécution estimait qu'il jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour renvoyer l'affaire afin qu'elle fasse l'objet d'une évaluation du risque—L'agent a conclu qu'aucun de ces

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

facteurs ne s'appliquait en l'espèce—La demande CH du demandeur est pendante depuis huit mois et demi—Le fait que, dans la décision *Simoës c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 7 Imm. L.R. (3d) 141 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Nadon ait mentionné qu'un agent d'exécution pouvait tenir compte d'une demande CH pendante déposée en temps opportun signifie-t-il que l'agent doit tenir compte d'une demande CH pendante lorsqu'il tranche une demande de report de renvoi?—Cette question satisfait aux exigences de la question sérieuse à juger—Une «simple» séparation de famille ne constitue pas un préjudice irréparable—Le retrait de la demande du statut de réfugié est le seul indice permettant d'évaluer le risque lié au retour du demandeur en Roumanie—Les faits sont insuffisants pour soulever la possibilité d'un préjudice irréparable—Si le demandeur est expulsé, il sera tenu, en vertu de l'art. 55(1) de la Loi sur l'immigration, d'obtenir l'autorisation écrite du ministre avant de pouvoir revenir au Canada et de rembourser tous les frais imputables à son retour en Roumanie—De plus, le traitement de sa demande sera interrompu et tout le dossier sera remis aux agents consulaires en Roumanie—Le demandeur allègue qu'il perdra les avantages rattachés à sa demande—Le Guide de l'immigration prévoit que l'autorisation du ministre sera accordée si la demande CH est acceptée—Dans le cas des demandes acceptées après le renvoi, le guide précise que le bureau des visas de l'endroit sera avisé de l'acceptation—Il semble qu'il soit prévu que le traitement se poursuivra au bureau d'origine—La présente affaire se distingue de celle où la perte des avantages rattachés à la demande était absolue parce qu'il était peu probable que les autorités auxquelles le demandeur aurait été remis l'auraient libéré advenant l'acceptation de sa demande CH—En l'espèce, il s'agit plutôt du risque que le processus devienne plus lourd et plus coûteux que si l'affaire avait été tranchée pendant que le demandeur était au Canada—Il est probable que le demandeur bénéficiera des avantages rattachés à sa demande si elle est acceptée—Le volet du préjudice irréparable n'a pas été prouvé—La demande de sursis échoue parce que les trois facteurs doivent être présents pour qu'un sursis soit accordé—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 55(1).

RETTEGI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-473-02, 2002 CFPI 153, juge Pelletier, ordonnance en date du 11-2-02, 10 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Appel contre le rejet par la Section de première instance de la demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR portant que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Revendication du statut de réfugié initialement entendue par un tribunal de deux membres—À la clôture de l'audience, la Commission a invité l'appelant à déposer

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

d'autres documents, ce qu'il a fait—La Commission n'a pas tenu compte de cette preuve additionnelle avant de rejeter la demande—Réouverture de la revendication—La deuxième audience s'est déroulée devant un seul commissaire qui ne faisait pas partie de la formation initiale—Examen de documents devant la Commission lors de la première audience, de la décision de la Commission à la première audience, de nouveaux éléments de preuve—À la deuxième audience, l'appelant a témoigné en détail relativement à tous les aspects de sa revendication du statut de réfugié et produit d'autres éléments de preuve—Rejet de la revendication du statut de réfugié au motif que la preuve ne montrait pas la simple possibilité que le demandeur serait confronté à la persécution s'il était retourné à la Sierra Leone—Le juge des requêtes a conclu que la présentation de la revendication du demandeur n'avait été amoindrie en aucune façon et qu'il n'existait pas de crainte raisonnable de partialité en raison de la lecture de la première décision par le commissaire—Appel rejeté—Appelant autorisé à présenter pleinement ses arguments à la deuxième audience—Il n'y a rien de mal à ce que le commissaire président à la deuxième audience lise la décision antérieure—Une personne avertie qui a examiné l'affaire d'une manière réfléchie, réaliste et pratique ne pourrait pas conclure que le commissaire qui a tenu la seconde audition ne pouvait pas procéder avec un esprit ouvert seulement parce qu'il avait lu la première décision—Le commissaire qui a tenu la seconde audience était clairement conscient que la première décision était fondée sur des renseignements incomplets et a permis à l'appelant de produire tout autre élément de preuve qu'il désirait—La simple lecture d'une décision antérieure défavorable à l'appelant ne peut donner lieu à une crainte raisonnable de partialité—Il n'existe aucune preuve que la deuxième formation a préjugé l'affaire sur le fond avant de procéder à l'audition, particulièrement puisque le premier rejet de la revendication était fondé sur l'absence de crédibilité, alors que le deuxième reposait sur une preuve insuffisante quant à l'existence de même une simple possibilité de persécution.

LAHAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-532-00, 2002 CAF 119, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 25-3-02, 7 p.)

**STATUT AU CANADA***Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié (SSR) selon laquelle Angela Marian (la demanderesse principale) et Liliana Cazak (la deuxième demanderesse) n'étaient pas des réfugiées au sens de la Convention—Les demanderesses sont deux sœurs, nées en Moldova, actuellement citoyennes de la Roumanie—La

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

revendication du statut de réfugié au sens de la Convention s'appuie sur une crainte fondée de persécution en raison de l'appartenance à un groupe social, à savoir le sexe—Cette crainte découle de la violence familiale que leur faisait subir l'époux de la demanderesse principale—Lorsque les demanderesses sont démenagées en Roumanie, elles se sont jointes à un club d'aviron où la demanderesse principale a rencontré un policier, Marius Marian—Ils se sont épousés en octobre 1998—La demanderesse principale a soutenu que son époux lui avait fait subir de la violence sexuelle, physique et psychologique—L'époux a proféré des menaces de mort à l'endroit de la demanderesse principale et de sa sœur—Les demanderesses sont arrivées au Canada en août 1999 pour participer au Championnat mondial d'aviron et ne sont pas retournées en Roumanie—La SSR a décidé que les demanderesses n'étaient pas des réfugiées au sens de la Convention parce qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles ou dignes de foi établissant que les demanderesses seraient persécutées—La question principale en l'espèce concerne le caractère raisonnable des conclusions de la SSR portant sur la vraisemblance—La décision de la SSR est fondée principalement sur sa conclusion selon laquelle la demanderesse principale ne craignait pas réellement d'être persécutée par son époux—La SSR a tiré des inférences déraisonnables qui étaient fondées sur des spéculations, des stéréotypes et des idées fausses qui n'étaient pas appuyées par la preuve déposée devant elle—Les conclusions et les inférences défavorables tirées par la SSR indiquent que cette dernière a fondamentalement mal compris la nature de la violence familiale et la façon dont celle-ci touche ses victimes—Les inférences tirées et les conclusions formulées quant à la vraisemblance étaient très spéculatives et il n'était pas loisible à la SSR de le faire—Demande accueillie.

CAZAK C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1110-01, 2002 CFPI 390, juge Blanchard, ordonnance en date du 9-4-02, 10 p.)

Contrôle judiciaire à l'égard de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a statué que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur est un citoyen de la Roumanie et soutient craindre avec raison d'être persécuté par la police locale en raison de son origine rom et du rôle qu'il a joué dans le parti politique rom—Étant donné que les questions en litige sont liées aux faits et à la crédibilité, la norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable—La décision de la SSR est fondée sur la conclusion selon laquelle le demandeur n'était pas d'origine rom, parce qu'il ne correspondait pas au profil typique d'un Rom—Selon la description générale de la SSR, les personnes d'origine rom sont des personnes à la peau

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

foncée qui ont des familles nombreuses, ne poursuivent pas d'études, sont sans emploi et se marient jeunes—La demande est accueillie—La décision de la SSR est manifestement déraisonnable—La description des Roms comme des personnes ayant la peau foncée est abusive à la lumière du dossier—D'après la preuve documentaire provenant de la CISR, la couleur de la peau peut être différente d'un Rom à l'autre en raison des intermariages—La conclusion de la SSR selon laquelle le demandeur n'avait pas suffisamment de connaissances concernant les Roms est manifestement déraisonnable, compte tenu du témoignage du demandeur au sujet de la culture et des traditions des Roms—La conclusion de la SSR selon laquelle le demandeur n'était pas membre du parti rom est manifestement déraisonnable, compte tenu du témoignage qu'il a présenté et de la preuve documentaire, qui comprenait la carte de membre—La SSR a rejeté les explications du demandeur au sujet des risques de persécution auxquels il était exposé, parce qu'elle a statué que la preuve qu'il avait présentée relativement à son origine ethnique n'était pas crédible—Compte tenu de la conclusion à laquelle la Cour en est arrivée, la décision de la SSR ne comporte aucune conclusion valable en ce qui a trait à la crainte de persécution du demandeur.

TUBACOS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1373-01, 2002 CFPI 225, juge Kelen, ordonnance en date du 28-2-02, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle les demanderessees n'étaient pas des réfugiées au sens de la Convention—La demanderesse et sa fille de 11 ans sont des citoyennes du Sri Lanka qui revendiquent le statut de réfugiées du fait de leur race, des opinions politiques qui leur sont imputées et de leur appartenance à un groupe social, soit les Tamouls du Nord du Sri Lanka—Dans la décision *Vasquez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 160 F.T.R. 142 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Rothstein a déclaré que le principe de l'autorité de la chose jugée s'appliquait lorsque le demandeur présentait une deuxième revendication du statut de réfugié après que la première eut été rejetée—Il est suffisant de renvoyer à la décision *Vasquez* sans qu'une analyse des motifs pour lesquels elle s'applique aux circonstances de l'espèce ne soit faite—La Commission a-t-elle raison, même si la demanderesse n'a pas été jugée digne de foi, de ne pas prendre en compte la situation du pays?—La Commission a commis une erreur dans l'évaluation de la preuve lorsqu'elle a déclaré qu'il n'existait pas d'éléments de preuve dignes de foi—La demanderesse adulte souffre de poliomyélite—La Commission doit évaluer le lien entre la poliomyélite et les changements dans la situation du pays afin d'établir s'il devrait l'amener à conclure

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

favorablement—La Commission disposait d'éléments de preuve dignes de foi à l'égard des changements dans la situation du pays dont elle aurait dû tenir compte pour établir si la demanderesse avait une crainte objective—Il n'y a pas eu d'analyse du lien entre l'élément de preuve digne de foi quant à la poliomyélite et la situation du pays qui se détériorait au moment de l'audience devant la Commission—Il s'agit d'une erreur susceptible de contrôle et l'affaire doit être renvoyée à un tribunal différemment constitué pour qu'il statue à nouveau sur l'affaire—Demande accueillie.

JEYASEELAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2510-01, 2002 CFPI 356, juge McKeown, ordonnance en date du 28-3-02, 7 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Contrôle judiciaire de la décision rejetant la demande faite par le demandeur en vue d'obtenir une annulation des intérêts et des pénalités imposés en vertu de la Loi sur la taxe d'accise—Le demandeur est l'administrateur unique de Salmon Arm Jewellers Ltd., une société qui était responsable de la perception et du paiement de la taxe sur les produits et services (TPS)—La société était incapable de payer la TPS pour laquelle elle avait fait l'objet d'une cotisation due pour la période allant du 1<sup>er</sup> novembre 1992 au 31 décembre 1996—En conséquence du statut d'administrateur unique, le demandeur a fait personnellement l'objet d'une cotisation pour le paiement de la taxe—La demande de la société d'une annulation de cette obligation fiscale en vertu des dispositions d'équité a été rejetée tant au premier qu'au deuxième niveau—L'offre du demandeur de payer la somme de 20 000 \$ en règlement complet de l'obligation fiscale à la condition que le solde de 5 000 \$ soit annulé a été rejetée—La Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel du demandeur relativement à la cotisation personnelle, mais elle a exprimé sa stupéfaction devant l'insensibilité de Revenu Canada n'acceptant pas l'offre de règlement—Le demandeur a présenté une demande visant à obtenir une «décision équitable»—Le rejet, par l'Agence des douanes et du revenu du Canada, de la demande personnelle du demandeur visant à obtenir une décision en matière d'équité fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire—Demande accueillie—Le fondement de la demande visant à faire annuler les pénalités et les intérêts sur cette dette de TPS se trouve à l'art. 281.1 de la Loi sur la taxe d'accise, permettant au ministre d'annuler les intérêts et la pénalité payables—Sous réserve des exigences de l'équité procédurale, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire conféré au ministre fait généralement l'objet de retenue judiciaire—Conclusion selon laquelle le demandeur est personnellement responsable de la dette fiscale

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

de la société fondée sur l'art. 323 qui ne prime pas sur le principe bien établi qu'une société représente une entité juridique distincte, indépendante en droit de ses administrateurs et de ses actionnaires—La représentante du ministre a tenu compte du journal des opérations de recouvrement pour la société avant de faire sa recommandation concernant la demande d'équité—A erré en droit lorsqu'elle a tenu compte de faits qui ne sont pas pertinents à la présente demande—La demande du demandeur constitue une affaire différente de celle de la société—Bien qu'ils soient liés, les faits dans une affaire ne sont pas applicables aux faits dans l'autre affaire—Le demandeur avait le droit de faire examiner sa cause en se fondant sur le dossier indépendamment des faits extérieurs comme ceux contenus dans la demande antérieure d'une personne distincte—La demande du demandeur n'a pas été examinée selon son bien-fondé—Décision déraisonnable—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 281.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 27, art. 127), 323 (édicte par L.C. 1992, ch. 45, art. 17).

ISAAC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-698-01, 2002 CFPI 410, juge Heneghan, ordonnance en date du 11-4-02, 11 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF**

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

*Mandamus*

Demande de *mandamus* enjoignant au défendeur de traiter certaines déclarations de taxe de vente harmonisée (TVH) et de verser les soldes créditeurs correspondants—La demanderesse, 506913 N.B. Ltd., a produit ses déclarations de TVH pour août, septembre et octobre 2000, mais n'a reçu aucun remboursement—La demanderesse Nautica Motors Inc. allègue, mais le défendeur le nie, qu'un crédit impayé lui est dû relativement à la déclaration produite pour mai 1998—Les demanderesses allèguent, mais le défendeur le nie, que le défendeur leur doit environ 1,4 million de dollars en remboursement de taxes non versées—1) La requête préliminaire en vue d'obtenir le rejet de l'instance en raison de son caractère théorique ou parce que la Cour n'a pas compétence pour déterminer si les demanderesses ont fait l'objet de cotisations en bonne et due forme de la part du ministre est rejetée—L'art. 229 de la Loi sur la taxe d'accise oblige le ministre à faire le remboursement à la personne qui le demande dans sa déclaration «dans un délai raisonnable après la production de la déclaration»—Le défendeur n'a pas encore évalué le montant du remboursement que les demanderesses ont le droit de recevoir—La question du montant du remboursement, s'il y en a un, que les demanderesses ont le droit de recevoir est actuellement en

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

litige—La Cour n'est pas priée de déterminer si les cotisations visant les demanderesses ont été correctement établies, mais plutôt si les demanderesses ont bien fait l'objet de cotisations—La Cour a compétence pour trancher cette question—2) Application du critère en huit volets qui a été exposé dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.) pour l'obtention d'un *mandamus*—(i) L'art. 229 impose une obligation légale d'agir à caractère public puisque le ministre doit établir une cotisation pour déterminer si un remboursement est dû ou non—(ii) L'obligation existe envers les demanderesses puisqu'elles ont produit une demande de remboursement—(iii) Les demanderesses ont rempli toutes les conditions nécessaires pour que naisse l'obligation d'examiner la déclaration dans laquelle un remboursement est demandé: la demande de remboursement a été produite et tous les renseignements demandés qui étaient disponibles ont été fournis; les demanderesses ont fait plusieurs demandes pour que l'on procède au traitement des déclarations et pour que les vérifications se terminent; un délai assez long s'est écoulé pour traiter les déclarations produites en juin 1998—(iv) Les règles énoncées dans la quatrième partie du critère ne s'appliquent pas puisque l'obligation dont on demande l'exécution n'est pas de nature discrétionnaire (le défendeur doit examiner la déclaration pour déterminer si le remboursement réclamé est effectivement payable et pour procéder au remboursement, et doit établir une cotisation)—(v) Il ne peut y avoir aucun autre recours approprié tant qu'il n'y a pas une cotisation (p. ex. un avis d'opposition ou un appel devant la Cour canadienne de l'impôt)—(vi) L'ordonnance exige que le ministre prenne les mesures nécessaires pour que la déclaration soit traitée et elle a donc une incidence sur le plan pratique—(vii) Rien n'empêche, en vertu de l'équité, que soit rendue une ordonnance—(viii) La balance des inconvénients penche en faveur des demanderesses compte tenu du temps qui s'est écoulé depuis que les déclarations ont été produites—La demande visant à obtenir un *mandamus* enjoignant au défendeur de traiter les déclarations de TVH est accueillie—Il serait prématuré d'accorder une ordonnance de *mandamus* enjoignant au défendeur de procéder au remboursement des soldes créditeurs dus aux demanderesses avant que l'établissement de la cotisation ne soit terminé—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 229 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12).

NAUTICA MOTORS INC. C. M.R.N. (T-172-01, 2002 CFPI 422, juge O'Keefe, ordonnance en date du 12-4-02, 22 p.)

**DROIT D'AUTEUR**

## INJONCTIONS

Requête visant à obtenir une ordonnance autorisant les demanderesses à saisir avant jugement les produits qui, selon

**DROIT D'AUTEUR—Suite**

elles, contrefont leurs œuvres protégées par le droit d'auteur, savoir les produits d'artisanat AMAV—La compagnie AMAV Industries Limited (AMAV) fabrique des jouets d'enfants depuis 1979—La propriété intellectuelle d'AMAV comprenait le nom commercial, des œuvres artistiques, des marques de commerce ainsi que l'emballage distinctif AMAV—L'emballage comportait des illustrations ou photographies montrant le produit une fois assemblé—La conception et la construction de l'emballage étaient faites sur place par les employés d'AMAV—Les photographies, faites par des photographes commerciaux dont les services étaient retenus par AMAV, et les négatifs demeuraient la propriété d'AMAV—Ils étaient sauvegardés sur des CD-Roms—Deux séries de plus de 900 CD-Roms ont été compilées, chacune contenant un catalogue d'œuvres artistiques originales appartenant à AMAV et faisant partie intégrante de la conception du produit et de l'emballage distinctif de la ligne de produits d'artisanat d'AMAV—En 1995, les actifs d'AMAV, y compris ses droits d'auteur, ont été vendus à ERO NY Acquisition Inc. (ERO NY) et ERO Canada Acquisition, Ltd. (ERO Canada)—En février 1996, ERO Canada a changé sa dénomination pour AMAV Industries Ltd.—AMAV Industries Ltd. a cessé ses activités et ses biens ont été liquidés en 2000—La défenderesse a acheté du liquidateur d'AMAV Industries Ltd. une partie de l'inventaire de matériaux bruts de la compagnie se rattachant à la ligne de ses produits d'artisanat—La demanderesse Diamant a acheté d'AMAV Industries Ltd. tous les droits, titres et intérêts, incluant les droits de propriété intellectuelle, et les a cédés à la demanderesse Soltron, laquelle lui a accordé une licence pour utiliser ces biens—Quand Diamant a pris possession des actifs d'AMAV Industries Ltd., elle n'a pu trouver l'une des séries de plus de 900 CD-Roms contenant des exemplaires électroniques d'œuvres artistiques, y compris des photographies et illustrations utilisées sur le matériel d'emballage, la forme de l'emballage et les feuillets d'instructions fournis avec les produits—Les demanderesses prétendent que la défenderesse possède la série manquante de CD-Roms et qu'en utilisant les CD-Roms, elle a lancé une marque de produits d'artisanat qui imite de près l'emballage distinctif d'AMAV et incorpore de nombreuses œuvres artistiques créées par AMAV, sur lesquelles les demanderesses possèdent un droit d'auteur—La défenderesse n'a pas contesté que ses produits sont pratiquement identiques à la ligne de produits d'artisanat de la marque AMAV, mais elle soutient que les demanderesses n'ont pas démontré qu'elles possèdent la propriété intellectuelle—Requête accueillie—D'après le dossier, les demanderesses ont démontré qu'elles possèdent les droits de propriété intellectuelle sur la ligne de produits d'artisanat AMAV—La défenderesse n'a pas acquis les droits de propriété intellectuelle sur les actifs achetés—L'art. 38(1)b) de la Loi sur le droit d'auteur prévoit que le titulaire du droit

**DROIT D'AUTEUR—Suite**

d'auteur peut engager des procédures de saisie avant jugement des exemplaires contrefaits comme s'il en était le propriétaire—Se fondant sur l'art. 38(1)b), les demanderesses soutiennent avoir droit de saisir avant jugement certains produits—Elles ont démontré que les œuvres en litige sont des «œuvres artistiques» selon la définition de l'art. 2 de la Loi sur le droit d'auteur—Les œuvres ont été créées par des personnes qui résidaient habituellement au Canada et qui l'ont fait dans le cours normal de leur emploi dans la société AMAV Industries Ltd.—En conséquence, AMAV Industries Ltd. est réputée être la première titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre—AMAV est également titulaire de droit d'auteur sur les photographies des œuvres créées par les photographes engagés précisément par AMAV Industries Ltd. à cette fin—En reproduisant les photographies des demanderesses sur l'emballage utilisé, les dessins des demanderesses sur les instructions écrites accompagnant ses jeux artistiques ainsi que les dessins de certains jeux artistiques des demanderesses, la défenderesse a violé le droit d'auteur des demanderesses sur les œuvres—Les demanderesses ont démontré un cas *prima facie* de violation du droit d'auteur—En conséquence, l'art. 38(1)a) et b) de la Loi sur le droit d'auteur, conjointement avec l'art. 377 des Règles de la Cour fédérale (1998), permettent aux demanderesses de saisir avant jugement tous les exemplaires contrefaits des œuvres sur lesquelles elles possèdent un droit d'auteur—Si elles ont droit à la saisie avant jugement, similaire à la saisie avant jugement en vertu de l'art. 734(1) du Code de procédure civile du Québec, les demanderesses n'ont alors pas à satisfaire au critère tripartite applicable aux demandes d'injonction interlocutoire: *Théberge c. Galeries d'Art Yves Laroche Inc.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 259 (C.A. Qc)—De toute façon, ce critère est satisfait: 1) il s'agit d'un cas *prima facie* de violation du droit d'auteur; 2) les demanderesses n'ont pas à démontrer qu'elles subiraient un préjudice irréparable (dans *International Business Machines Corporation et al. c. Ordinateurs Spirales Inc./Spirales Computers Inc.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 187 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Reed a dit que le préjudice dont il faut établir la preuve dans un cas où le plagiat est flagrant n'est pas aussi important qu'il l'est dans d'autres affaires d'injonction interlocutoire); 3) la prépondérance des inconvénients penche en faveur des demanderesses qui ont présenté une preuve flagrante de violation: *75490 Manitoba Ltd. c. Meditables Inc.* (1989), 29 C.P.R. (3d) 89 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La Cour rend une ordonnance autorisant un huissier de la province de Québec à procéder à une saisie avant jugement contre la défenderesse des produits énumérés ainsi que de tout autre produit portant la marque ou contenant des œuvres des demanderesses protégées par le droit d'auteur, ainsi que de toute planche, CD-Rom et tout autre matériel se rattachant aux produits susmentionnés, et à faire enlever lesdits produits—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C.



**DROIT D'AUTEUR—Fin**

(1985) ch. C-42, art. 2 «œuvres artistiques», 38 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 377—Code de procédure civile du Québec, art. 734.

DIAMANT TOYS LTD. C. JOUETS BO-JEUX TOYS INC.  
(T-1676-01, 2002 CFPI 384, juge Nadon, ordonnance en date du 5-4-02, 25 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

*Déductions*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue le 15 février 2001 par l'Agence des douanes et du revenu du Canada—La défenderesse n'a pas rendu une décision manifestement déraisonnable en exerçant son pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 152(4.2) de la Loi de l'impôt sur le revenu en refusant au demandeur le droit de déduire les frais auxquels il prétend avoir droit pour avoir utilisé son véhicule dans le cadre de son emploi—Le demandeur était au service du Canadien National de 1992 à 1999, à titre de conducteur de machine, manoeuvre-équipe, agent d'entretien de la voie et conducteur de camion—Dans le cadre de son emploi, le demandeur devait se servir de son véhicule pour voyager dans les régions du Québec—Il était protégé par une convention collective et il a reçu une indemnité qui a varié entre 0,12 \$ le kilomètre en 1993 et 0,15 \$ en 1999—Il a réclamé une déduction pour les années 1993 à 1999 de ses coûts réels pour l'utilisation de son véhicule aux fins de son travail—La défenderesse a refusé les déductions—La norme de contrôle en l'espèce est celle de l'erreur manifestement déraisonnable—La défenderesse n'avait aucune obligation de rencontrer le demandeur pour qu'il puisse expliquer la base de sa réclamation—Ce n'est pas son rôle de scruter les avantages de certains employés dans des conventions collectives—Un paiement à titre d'indemnité fixe que le demandeur n'avait pas à inclure dans son revenu lui a été fait pour ses déplacements—La décision de la défenderesse n'était pas manifestement déraisonnable, entachée d'erreurs de droit, ou rendue de mauvaise foi—Demande rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 152(4.2) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. 11, art. 125(2)).

CHRÉTIEN C. CANADA (T-566-01, 2002 CFPI 507, juge Beaudry, ordonnance en date du 3-5-02, 10 p.)

## SOCIÉTÉS

Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) ([2001] 2 C.T.C. 2260) qui a accueilli l'appel de Citibank à l'encontre d'une cotisation d'impôt sur le revenu

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

pour l'année d'imposition 1990—En 1990, Citibank a acquis 25 «actions privilégiées perpétuelles de premier rang, rachetables et à dividende cumulatif,» faisant partie du capital-actions de B.C. Gas Inc. à un prix unitaire de 500 000 \$, et 10 «actions privilégiées perpétuelles de premier rang à taux du marché, convertibles, rachetables et à dividende cumulatif, série C,» du capital-actions du Groupe Vidéotron Ltée à un prix unitaire de 1 000 000 \$—Passé le terme initial de cinq ans, les actions B.C. Gas pouvaient être converties en actions ordinaires conformément à une formule en vertu de laquelle le prix d'achat initial des actions est divisé par le plus élevé des montants suivants: 1 \$ ou le cours unitaire des actions ordinaires—Ainsi, lorsqu'il se prévalait de son droit de conversion, le détenteur avait droit aux actions ordinaires qui, au moment de la conversion, possédaient la même valeur marchande que la valeur nominale des actions privilégiées—La formule de conversion était la même pour les actions Vidéotron—En 1990, Citibank a inclus dans le calcul de son revenu les dividendes reçus au titre des actions et a déduit de son revenu un montant égal aux dividendes en se fondant sur l'art. 112(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le ministre a refusé la déduction pour le motif que les actions privilégiées représentaient des «actions privilégiées à terme» et une exception à la déduction normale autorisée en vertu de l'art. 112(1)—Les conditions associées aux actions privilégiées ont accordé à Citibank le droit de les convertir en actions ordinaires à un taux établi au moment de la conversion, «garantissant» ainsi que Citibank recevrait des actions ordinaires d'une valeur égale à un montant fixe sans égard aux fluctuations du marché, créant ainsi pour le détenteur un certain niveau de protection contre les pertes—Selon le ministre, si la formule de conversion était telle que la valeur des actions privilégiées augmentait ou diminuait en fonction de celle des actions ordinaires, alors les actions privilégiées ne constitueraient pas un placement en «actions privilégiées à terme» fiscalisé par l'art. 248(1)—Définition d'«action privilégiée à terme» à l'art. 248(1): action d'une catégorie du capital-actions de l'émettrice si, en vertu des caractéristiques de l'action, l'émettrice fournit ou peut être tenue de fournir toute forme de garantie, d'indemnité ou d'engagement semblable relativement à l'action—La C.C.I. a appliqué l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, pour trancher la question de savoir si les mots en litige avaient leur sens ordinaire ou un sens plus technique—Elle a conclu que la définition d'«action privilégiée à terme» s'applique à un groupe relativement restreint de contribuables avertis, comprenant des sociétés cotées ainsi que des institutions financières—Elle a appliqué à ces mots un sens plus technique lié à la Loi et à son application aux activités commerciales et aux sociétés cotées pour conclure que la formule de conversion ne représente aucune forme de garantie—Appel rejeté—La C.C.I. a correctement appliqué la directive

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

d'interprétation établie dans l'arrêt *Bon-Secours*: l'interprétation d'une loi fiscale se fait selon les règles ordinaires d'interprétation—Lorsque l'ambiguïté devient une question en litige, la disposition législative devrait être interprétée de manière stricte ou libérale, selon le but qui sous-tend la disposition—Ce but doit être déterminé à la lumière du contexte de la loi, de son objet et de l'intention apparente du législateur—La définition d'«action privilégiée à terme» a été conçue de façon à contrecarrer une activité particulière à laquelle prenaient part des acteurs précis dans un endroit particulier, à savoir les transactions financières effectuées au sein d'un petit groupe d'institutions financières précises définies à l'art. 248(1) et de sociétés qui étaient incapables de recourir aux dispositions relatives à la déduction des intérêts—Cette définition s'applique dans un contexte étroit et particulier et à des catégories précises de contribuables avertis—La C.C.I. a eu raison de conclure que les sens juridique ou commercial des mots en litige représentent les contextes appropriés en vertu desquels les interpréter—Les mots «toute forme de» et «semblable» à l'art. 248(1)a(iii) n'indiquent pas que les mots «garantie», «*security*» ou «indemnité» doivent recevoir un sens large et général—L'art. 248(1)a(iii) ne prévoit pas qu'une garantie peut être fournie par l'émettrice—Le législateur souhaitait qu'une garantie, qui ne peut être fournie que par une personne autre que le créancier obligataire principal, ne puisse être fournie que par «toute autre personne ou société de personnes»—Le terme «engagement» est plus général, mais sa portée est limitée par le contexte législatif: il doit s'agir d'une promesse semblable à une garantie ou à une indemnité, l'aspect commun de ces mots résidant dans le fait qu'il s'agit de mesures de protection contre des pertes—Le législateur souhaitait fiscaliser des arrangements relatifs à une créance—Le présent arrangement se rapproche davantage d'un investissement de capitaux que d'un arrangement financier relatif à une créance—Si, après la conversion, le prix des actions de Citibank chute, cette dernière perd une partie de son investissement, sans possibilité de recours—Le contraire est également vrai—La balance penche en faveur d'un financement de l'achat d'actions—Les titres en l'espèce ne constituent aucune forme de garantie, d'indemnité ou d'engagement semblable—L'interprétation proposée par le ministre ne tient pas compte du contexte commercial et ferait en sorte que la formule de conversion de Citibank ne serait pas permise simplement parce qu'il envisage la possibilité que la récupération de Citibank serait meilleure qu'en vertu d'un autre modèle—Une telle limitation ne peut être raisonnablement attribuée aux mots de la définition—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 112, 248 «action privilégiée à terme».

CANADA C. CITIBANK CANADA (A-73-01, 2002 CAF 128, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 5-4-02, 22 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles confirmant la décision du 2 novembre 2000 de la section de première instance, qui avait révoqué la libération conditionnelle totale du demandeur afin de lui accorder une semi-liberté—Le demandeur a d'abord prétendu que la section d'appel a erré lorsqu'elle a décidé que la Section de première instance n'était pas *functus officio* lorsqu'elle a modifié, le même jour, la première décision rendue oralement le 2 novembre 2000—Selon l'art. 119.1 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, le demandeur devenait admissible à la semi-liberté après avoir purgé un sixième de sa peine d'emprisonnement—Dans un premier temps, la section de première instance octroyait au demandeur une semi-liberté—Celui-ci a été en liberté illégale pendant un peu plus de sept ans—Selon l'art. 128(1) de la Loi, un délinquant n'est pas présumé avoir purgé sa peine d'emprisonnement lorsqu'il est en liberté illégale—La Commission pouvait soit révoquer la libération conditionnelle du demandeur, y mettre fin, ou annuler la suspension de sa libération conditionnelle—Selon la section d'appel, la section de première instance n'avait commis aucune erreur relativement à l'évaluation du risque présenté par le demandeur—Elle a conclu que la section de première instance n'était pas *functus officio* lorsqu'elle a modifié la première décision rendue oralement le 2 novembre 2000—La section de première instance n'était pas *functus officio* lorsqu'elle a modifié sa décision initiale, puisqu'il ne peut faire de doute qu'il y avait erreur dans l'expression de son intention manifeste—La section d'appel n'a commis aucune erreur en confirmant que la décision de la section de première instance était raisonnable—Cette conclusion, selon laquelle le risque pour la société était acceptable dans la mesure où le demandeur séjournait en maison de transition, était raisonnable—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 119.1 (édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 21), 128.

TRUDEAU C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-678-01, 2002 CFPI 441, juge Nadon, ordonnance en date du 18-4-02, 16 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a confirmé la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) de maintenir en incarcération le demandeur et d'interdire sa mise en liberté avant l'expiration de sa peine—Le demandeur purge une peine de pénitencier de 11,5 ans pour tentative de meurtre, introduction par effraction, voies de fait, possession d'arme et agression sexuelle—Le 12 février 2001, la CNLC a rendu une décision ordonnant le maintien en incarcération du demandeur

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

jusqu'à l'expiration de sa peine au motif qu'elle était convaincue que le demandeur commettrait une infraction causant la mort ou un dommage grave à une autre personne s'il était mis en liberté avant l'expiration légale de cette peine—De plus, la CNLC n'a trouvé aucun programme de surveillance adapté aux besoins du demandeur et de nature à protéger suffisamment le public contre le risque qu'il représente—La section d'appel a confirmé la décision de la CNLC—Elle n'a pas rendu une décision manifestement déraisonnable fondée sur une conclusion de fait erronée en confirmant la conclusion de la CNLC selon laquelle il n'y avait pas de programmes de surveillance de nature à protéger le public contre le risque que représenterait le demandeur s'il était mis en liberté jusqu'à l'expiration légale de sa peine—La CNLC peut ou non, selon l'utilité et la pertinence, prendre en compte l'existence de programmes de surveillance de nature à protéger suffisamment la société—Elle a étudié les trois éléments de l'appel du demandeur: le caractère raisonnable de la décision, l'évaluation du risque et l'obligation d'agir équitablement—La section d'appel a confirmé la décision de la CNLC selon laquelle le demandeur représente un haut degré de risque, au point qu'aucun programme de surveillance ne peut protéger suffisamment la société—La section d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en confirmant la décision de la CNLC concernant l'absence de programmes de surveillance en tenant compte de toute l'information pertinente fournie par le Service correctionnel du Canada et le demandeur—Demande rejetée.

DUPUIS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1184-01, 2002 CFPI 508, juge Beaudry, ordonnance en date du 3-5-02, 14 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appel d'une décision portant que la marque de commerce de la défenderesse était employée au Canada au cours de la période pertinente en liaison avec des costumes et des pantalons pour hommes et avec des chemises et des blousons pour hommes—L'agent d'audience a radié le reste des marchandises visées par l'enregistrement—La défenderesse est la propriétaire de la marque de commerce «Le Collezioni (Tradizioni) di Successo», enregistrée en 1977 pour un emploi en liaison avec des costumes, des vestons sport, des vestes et des pantalons pour hommes et des chemises, des cravates, des chaussettes, des manteaux et des blousons pour hommes—L'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce permet au registraire de demander au propriétaire inscrit de la marque de commerce de fournir, à l'égard de chacune des marchandises que spécifie l'enregistrement, un affidavit indiquant si la marque de commerce a été employée au Canada à un moment

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

quelconque au cours des trois ans précédant la date de l'avis—Il s'agit de déterminer si la défenderesse a fourni une preuve d'emploi de la marque visée en liaison avec des costumes et pantalons pour hommes et avec des chemises et blousons pour hommes au cours de la période pertinente—Appel rejeté—Pour établir l'emploi d'une marque de commerce et la conserver au registre des marques de commerce, la partie doit alléguer des faits qui témoignent de l'usage et ne pas se contenter de simples allégations d'emploi, mais le critère de preuve n'est pas «sévère»—Selon l'art. 2, «emploi» ou «usage» s'entend de tout emploi qui, selon l'art. 4, est réputé un emploi en liaison avec des marchandises ou services—L'art. 4 prévoit qu'une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels elles sont distribuées, ou si elle est liée aux marchandises à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée—Le critère pratique à appliquer consiste à comparer la marque de commerce enregistrée et la marque de commerce employée et à déterminer si les distinctions existant entre ces deux marques sont à ce point minimales qu'un acheteur non averti conclurait, selon toute probabilité, qu'elles identifient toutes deux des marchandises ayant la même origine: *Registraire des marques de commerce c. Compagnie Internationale pour l'Informatique CII Honeywell Bull*, [1985] 1 C.F. 406 (C.A.)—L'agent d'audience a considéré, au nom du registraire, que l'étiquette apposée sur les marchandises présente la marque sous la forme d'un dessin suivi des mots «par/by Moores»—Les mots «par/by Moores» ont été considérés distincts de la marque sous sa forme de dessin sur l'étiquette—L'agent a traité la question comme une question reliée au caractère distinctif—Cette conclusion n'est pas déraisonnable—L'examen de l'étiquette milite en faveur de la position de la défenderesse selon laquelle les mots «par/by Moores» ne font pas partie de la marque puisqu'ils sont dans une police différente, à l'extérieur du dessin où se trouve représentée la marque visée, et qu'ils sont dans une autre langue—Il est raisonnable de soutenir que les mots «par/by Moores» ne font pas partie de la marque «Le Collezioni (Tradizioni) di Successo» employée sur l'étiquette apposée sur les marchandises—Le non-emploi est une question mixte de fait et de droit—L'agent d'audience n'a pas commis d'erreur—Même si elle aurait pu tirer d'autres conclusions, la Cour doit s'en remettre à l'expertise du registraire—Les éléments de preuve produits appuient les conclusions de l'agent d'audience: les chiffres de ventes annuelles des marchandises vendues en liaison avec la marque visée excèdent 18 millions de dollars pour la période de 1994 à 1998; des circulaires promotionnelles indiquent que Moores a annoncé et distribué des marchandises en liaison avec la marque visée—La défenderesse a fabriqué les marchandises auxquelles elle a

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

apposé les étiquettes portant la marque visée et les a vendues en exclusivité à Moores—Le transfert de la propriété s'est fait dans la pratique normale du commerce—Ces faits constituent une preuve d'emploi—Par l'application du critère du caractère raisonnable *simpliciter*, la décision de l'agent d'audience est raisonnable et s'appuie sur la preuve au dossier—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45.

SWABEY OGILVY RENAULT C. GOLDEN BRAND CLOTHING (CANADA) LTD. (T-2387-00, 2002 CFPI 458, juge Martineau, ordonnance en date du 23-4-02, 11 p.)

**PENSIONS**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le tribunal de révision a statué que le demandeur devait renoncer à toute somme versée en trop—La défenderesse a droit au versement de l'allocation au survivant—La défenderesse a porté la décision du demandeur en appel au motif que le versement excédentaire, résultant de la différence entre son revenu déclaré et son revenu réel, découlait d'un avis erroné qui lui avait été donné par le bureau du demandeur—La défenderesse a par la suite été avisée que ses chèques d'allocation allaient être réduits aux fins de remboursement de la somme versée en trop puisqu'aucune preuve d'un avis erroné n'avait été trouvée—À la demande de la défenderesse, le demandeur a révisé sa décision et a confirmé la décision initiale—Le pouvoir du ministre de réviser sa décision prise en vertu de l'art. 32 de la Loi sur la sécurité de la vieillesse se trouve à l'art. 27.1 de cette Loi—La décision révisée du ministre peut être portée en appel devant un tribunal de révision en vertu de l'art. 28(1) de ladite Loi—La défenderesse a formé un appel devant le tribunal de révision à l'égard de la décision du demandeur—Le tribunal de révision a conclu que la défenderesse avait reçu un avis erroné d'un employé du demandeur et qu'elle s'était fiée à cet avis erroné à son détriment—L'art. 82(1) du Régime de pensions du Canada permet à une personne qui se croit lésée par une décision du ministre rendue en application de l'art. 27.1(1) et (2) de la Loi d'interjeter appel de cette décision auprès du tribunal de révision—L'art. 32 de la Loi exige du ministre qu'il prenne des mesures s'il est convaincu que, par suite d'un avis erroné ou d'une erreur administrative, une personne s'est vu refuser tout ou partie d'une prestation à laquelle elle avait droit—L'art. 37(4)d) de la Loi permet au ministre de faire remise de tout ou partie des montants versés indûment ou en excédent, s'il est convaincu que la créance résulte d'un avis erroné ou d'une erreur administrative—Demande rejetée—1) Le tribunal de révision est constitué et régi par l'art. 82 du Régime de pensions du Canada—Compte tenu du contexte législatif, le tribunal de révision a compétence pour entendre l'appel visant la décision prise par le ministre relativement à une demande de révision de sa décision prise en vertu de l'art. 32, les

**PENSIONS—Fin**

décisions prises en application de cet article étant des décisions rendues en application de la Loi au sens de l'art. 27.1(1)—Une distinction a été faite d'avec l'arrêt *Pincombe c. Canada (Procureur général)*, [1995] A.C.F. n° 1320 (QL)—2) Une décision prise par le ministre en application de l'art. 37(4) est une décision visée par l'art. 27.1(1)—Pour les mêmes motifs, le tribunal de révision a compétence pour entendre l'appel d'une décision prise par le ministre en vertu de l'art. 37(4)d)—Le libellé des art. 27.1(1) et 28(1) est suffisamment large pour ne pas exclure les décisions discrétionnaires prises en vertu des art. 32 ou 37(4)d)—Le ministre a révisé la décision initiale en application de l'art. 27.1, et la Loi accorde clairement un droit d'appel à l'égard des décisions révisées en vertu de l'art. 27.1(2)—3) L'art. 32 traite d'un avis erroné ou d'une erreur administrative qui a pour effet de priver une personne de tout ou partie de la prestation à laquelle elle avait droit—En l'espèce, la défenderesse a reçu une prestation plus élevée que celle à laquelle elle avait droit par suite d'un avis erroné—L'art. 37(4)d) s'intéresse au versement d'une prestation à laquelle la personne n'avait pas droit—La défenderesse souhaite conserver la somme qui lui a été versée par suite de l'avis erroné—La défenderesse est donc en droit de demander une révision en vertu de l'art. 27.1(1)—Si la décision révisée ne lui est pas favorable, elle peut porter cette décision en appel devant le tribunal de révision en vertu de l'art. 28(1)—En vertu de l'art. 82(1) du Régime de pensions du Canada, le tribunal de révision peut prendre toute mesure que le ministre aurait pu prendre à l'égard de ces décisions—Le ministre aurait pu décider de faire remise de tout ou partie des montants versés indûment ou en excédent (art. 37(4)d))—C'est ce que le tribunal de révision a ordonné—La décision du tribunal de révision était donc une décision raisonnable que celui-ci était habilité à prendre en vertu de la législation—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 82 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1995, ch. 33, art. 35; 2000, ch. 12, art. 60]—Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 27.1 (édicte par L.C. 1995, ch. 33, art. 16; 1997, ch. 40, art. 100), 28 (mod. par L.C. 1995, ch. 40, art. 16; 1997, ch. 40, art. 101), 32 (mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 18), 37(4)d) (mod., *idem*, art. 23).

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. TUCKER (T-1711-00, 2002 CFPI 492, juge O'Keefe, ordonnance en date du 30-4-02, 16 p.)

**PRATIQUE**

Instructions—Requête visant à obtenir l'annulation de l'«ordonnance», de l'«ordonnance d'instructions» ou des «instructions» du protonotaire autorisant les défendeurs à soumettre une requête en annulation de l'action—La demande

**PRATIQUE—Suite**

d'instructions avait pour but de demander à la Cour de fixer une date pour entendre le plaidoyer relatif à deux requêtes—Nulle part il n'est question dans ces requêtes d'une autorisation de les présenter ou de solliciter une autorisation à cette fin—L'instruction est susceptible de deux interprétations, l'une étant qu'elle donne l'autorisation et fixe en même temps les dates de présentation et de dépôt, et l'autre, qu'elle autorise simplement que les requêtes soient instruites à un jour et à une date déterminés—Seule cette dernière interprétation est compatible avec la requête—La seule interprétation compatible avec le contexte de l'instruction est qu'elle vise uniquement la date de l'audience et non la présentation des requêtes elles-mêmes—1) Le demandeur a soutenu qu'une partie ne peut déposer une requête lorsqu'elle se trouve en défaut au regard des Règles—L'art. 8(1) des Règles autorise la Cour, sur requête, à proroger ou abrégier tout délai prévu par les Règles—L'art. 8(2) des Règles permet qu'une requête visant la prorogation d'un délai soit présentée avant ou après l'expiration des délais—Rien dans l'art. 8 des Règles n'indique que l'on ne peut prendre une autre mesure tant que la prorogation n'est pas accordée—Une telle interprétation ne s'accorde pas avec l'art. 3 des Règles qui prévoit que les Règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible—Il est clair que lorsqu'une partie est en défaut, comme c'est le cas en l'espèce pour avoir omis de déposer une défense, mais souhaite vivement contester la validité du document introductif de l'instance, la façon la plus expéditive et la plus économique d'apporter une juste solution au litige consiste à réunir les deux requêtes en radiation et, subsidiairement, en prorogation de délai—2) Le demandeur soutient que l'instruction a été établie à partir d'une simple lettre sans lui donner l'occasion de présenter formellement des observations—La procédure est conforme à l'art. 35 des Règles qui permet de présenter une demande d'audience sans formalité à l'administrateur judiciaire pour fixer les dates d'audition—L'art. 3 des Règles est encore une fois invoqué de même que la pratique courante de la Cour voulant que l'administrateur judiciaire confie officieusement à la personne qui instruit la requête le soin de fixer une date qui convienne aux parties comme à elle-même—L'instruction relève entièrement du pouvoir discrétionnaire de la Cour—3) Le demandeur a remis en question le pouvoir du protonotaire d'établir de telles instructions—L'art. 47 des Règles permet à la Cour d'exercer, de sa propre initiative, son pouvoir discrétionnaire—La définition du mot Cour inclut le protonotaire—4) Le demandeur a soulevé la question de la compétence d'un protonotaire lorsque la liberté d'une personne est en jeu—L'art. 50(1)f) des Règles autorise le protonotaire à rendre les ordonnances nécessaires se rapportant à une requête, à l'exception des requêtes concernant la mise en liberté ou

**PRATIQUE—Suite**

l'incarcération d'une personne—Il n'y est question que des requêtes et des ordonnances y afférentes rendues par un protonotaire—En l'espèce, il ne s'agit pas d'une requête ou d'une ordonnance, mais bien d'une instruction dans le vrai sens du terme, donnée en réponse à une demande informelle—Les directives de la Cour ne sont ni des ordonnances ni des jugements, mais plutôt des instructions visant à orienter les mesures à prendre en matière de procédure—Même si on avait affaire à une ordonnance, la question de liberté qui pourrait être en cause en l'espèce est tellement étrangère à l'instruction que l'on ne peut invoquer l'exception à l'autorité d'un protonotaire visée par l'art. 50(1)f) des Règles—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 8, 35, 47, 50(1)f).

FROOM C. CANADA (T-2040-01, 2002 CFPI 461, juge Gibson, ordonnance en date du 24-4-02, 8 p.)

**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

La défenderesse cherche à mettre fin à une action conformément à la règle 221(1)a) des Règles de la Cour fédérale (1998) (absence de cause d'action valable)—L'action se fonde sur le fait que la défenderesse n'a pas suivi sa Politique sur les réclamations et paiements à titre gracieux—Une politique n'a pas force de loi—Selon la jurisprudence, une politique administrative n'a pas force exécutoire (*Girard c. Canada* (1994), 79 F.T.R. 219 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.))—La déclaration est radiée parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action valable—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221(1)a).

BYER C. CANADA (T-1119-01, 2002 CFPI 518, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 7-5-02, 3 p.)

**AFFIDAVITS**

Requête visant à obtenir l'autorisation de déposer un affidavit complémentaire ainsi qu'une prorogation du délai applicable au dépôt de l'avis de demande de contrôle judiciaire—Demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir une ordonnance annulant le transfèrement (non sollicité) du demandeur par le directeur de l'établissement de Drumheller à l'établissement de Stony Mountain, au Manitoba, ainsi qu'une ordonnance exigeant son retour à un établissement de l'Alberta—L'avis de demande a été déposé le 16 mai 2001, mais ne respectait pas les exigences de la règle 301c)(ii) des Règles de la Cour fédérale (1998), puisqu'il ne comportait aucune mention de la date de la décision sous examen ni de la date à laquelle celle-ci a été communiquée pour la première

**PRATIQUE—Suite**

fois au demandeur—Après avoir déposé la demande, le demandeur a présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance provisoire exigeant son retour à un établissement de l'Alberta—Les défendeurs se sont opposés à la demande de contrôle judiciaire au motif que celle-ci avait été déposée plus de neuf mois après l'expiration du délai de 30 jours fixé par l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale—La requête visant à obtenir une mesure de redressement provisoire a été rejetée—Le 1<sup>er</sup> juin, les défendeurs ont déposé un dossier certifié comprenant le dossier institutionnel relatif au transfèrement contesté—L'affidavit à l'appui de la demande de contrôle judiciaire a été déposé le 15 juin, mais la seule preuve concernant la question du respect du délai relatif au dépôt de la demande en question est la déclaration du demandeur selon laquelle il n'avait pas reçu l'avis de décision formel—Le 18 juillet, les défendeurs ont déposé un affidavit dans lequel un agent de libération conditionnelle a déclaré que, le 4 juillet, il a informé le demandeur que celui-ci serait transféré et que, le 14 juillet, il a personnellement remis audit demandeur l'avis final de transfèrement—Des copies du registre des visiteurs, d'extraits des registres que comporte le système de gestion des détenus ainsi que de la Feuille de recommandation et de décision relative au transfèrement (non sollicité) ont été jointes à l'affidavit comme pièces—Neuf jours avant l'audience, le demandeur a déposé un avis de requête en vue d'obtenir l'autorisation de déposer un affidavit complémentaire ainsi qu'une prorogation du délai relatif au dépôt de l'avis de demande—L'affidavit complémentaire ne fait pas état de la date à laquelle la décision a été communiquée au demandeur ou de la date à laquelle celui-ci a formé l'intention de présenter la demande de contrôle judiciaire; le demandeur n'y indique pas non plus s'il a eu des hésitations à ce sujet et ne donne aucune explication au sujet du retard—1) La demande visant à obtenir l'autorisation de déposer l'affidavit complémentaire est refusée—Les principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour ont été énoncés dans *Nation Wayzhushk Onigum c. Kakeway* (2000), 182 F.T.R. 100 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.): bien que le critère général consiste à déterminer si la preuve additionnelle va dans le sens des intérêts de la justice, aidera la Cour et ne causera pas un préjudice sérieux à la partie adverse, il importe aussi que les affidavits complémentaires ne traitent pas d'une preuve qui aurait pu être présentée avant; une requête pour déposer un affidavit en réponse doit être présentée dans les meilleurs délais—La preuve concernant le respect du délai relatif au dépôt de la demande aurait pu et aurait dû être disponible plus tôt—Le demandeur était au courant de la position des défendeurs au sujet du délai depuis le 24 mai—Après avoir reçu le dossier des défendeurs le 24 septembre, le demandeur aurait dû déposer sans délai toute requête visant à produire des éléments de preuve en réponse—Compte tenu de sa nature et du fait qu'elle ne comporte aucun renseignement au sujet du

**PRATIQUE—Suite**

respect des délais, la preuve proposée n'irait pas dans le sens des intérêts de la justice ni n'aiderait la Cour—2) La demande de prorogation est refusée—Même s'il était au courant depuis août 2000, si ce n'est avant, du transfèrement qui avait été décidé à son sujet, ce n'est que le 16 mai 2001 qu'il a engagé la présente demande—Après avoir cité les principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de prorogation qui ont été énoncés dans les arrêts *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.), et *Conseil des Canadiens c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence)* (1997), 212 N.R. 254 (C.A.F.), la Cour a souligné que le demandeur doit établir qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable—Il n'est pas nécessaire d'accorder une prorogation au nom de la justice, étant donné que le demandeur n'a pas fait preuve de diligence raisonnable, qu'il n'existe aucun élément de preuve concernant l'intention de sa part d'engager des procédures, qu'aucune explication n'a été donnée au sujet du retard relatif au dépôt de la demande, qu'il s'agit d'un long retard et que le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire est contestable—En ce qui a trait à celle-ci, le directeur avait le droit d'évaluer le facteur mentionné à l'art. 28b) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (facilité d'accès à la collectivité à laquelle la personne appartient et à sa famille) au regard des préoccupations liées à la sécurité de l'établissement; la preuve indique que l'art. 12b) du Règlement a été respecté; certains éléments de preuve appuient la décision du directeur de l'établissement selon laquelle le demandeur constituait un risque pour la sécurité; il appert de la preuve que le demandeur a été informé de la décision définitive, laquelle faisait état des motifs sous-jacents—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 301c)(ii), 369—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 28b)—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 12.

MARSHALL C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)  
(T-834-01, 2002 CFPI 168, juge Dawson, ordonnance en date du 14-2-02, 20 p.)

**DÉCISION PRÉLIMINAIRE SUR UN POINT DE DROIT**

Effet à donner à une libération mutuelle accordée par les parties dans une autre instance qui découle des mêmes faits—La demanderesse Gearbulk a conclu un accord de transport avec les défenderesses en vertu duquel dix transformateurs devaient être transportés de Sorel (Québec) à Anvers (Belgique) à bord du navire *Thuleland*—Alors que l'on procédait au chargement du premier des dix transforma-

**PRATIQUE—Suite**

teurs, celui-ci est tombé au sol et a été endommagé —Le fait que les neuf autres caisses étaient identiques à la première a amené à conclure que les caisses n'étaient pas adéquates pour le chargement—Le *Thuleland* a appareillé sans les transformateurs—Les propriétaires du transformateur endommagé ont intenté un recours afin de réclamer des dommages-intérêts pour les dommages qui ont été causés à leur bien (instance relative à la cargaison)—L'instance relative à la cargaison a été réglée au moyen d'une libération mutuelle signée par toutes les parties à l'instance—Par la suite, Gearbulk a intenté la présente instance en dommages-intérêts concernant l'accord de transport pour perte de cargaison (instance relative au chargement)—Les défenderesses ont invoqué la libération générale comme défense dans la poursuite intentée—La procédure en l'espèce constitue un appel de la décision du protonotaire selon laquelle la libération mutuelle ne constituait pas un obstacle à la réclamation de la demanderesse et ordonnant que l'affaire soit renvoyée à procès—Le principe de la chose jugée s'applique, à moins de circonstances exceptionnelles, non seulement aux éléments sur lesquels les parties ont expressément demandé à la cour de se prononcer, mais aussi à chacun des éléments qui font logiquement partie de l'objet du litige et que les parties auraient pu soulever à l'époque si elles avaient fait preuve de diligence raisonnable: *Ostapowich c. Bank of Montreal* (1998), 165 Sask. R. 231 (B.R.)—Cependant, dans un univers impliquant de nombreuses parties, de nombreuses transactions, de nombreux recours, avant qu'une libération ne puisse être étendue à toutes les réclamations possibles entre les parties, il faut apporter la preuve que les parties avaient l'intention de parvenir à ce résultat—En l'espèce, les clauses expresses du document limitent les libérations accordées aux réclamations découlant des dommages à la cargaison—Cela n'avait rien à voir avec l'accord de transport conclu entre Gearbulk et les défenderesses—À défaut de prouver une réclamation entre Gearbulk et les défenderesses, le tribunal n'est pas en mesure de décider que la libération mutuelle agit comme libération des réclamations que Gearbulk pouvait avoir, mais qu'elle n'a pas présentées contre les défenderesses—Risque important que le dossier soumis au protonotaire ait été défectueux—Appliquant la norme de la rectitude en fonction du dossier dont il était saisi, le protonotaire a rendu une décision juste qui n'est pas susceptible de révision.

GEARBULK POOL LTD. C. SCAC TRANSPORT CANADA INC. (T-447-01, 2002 CFPI 353, juge Pelletier, ordonnance en date du 27-3-02, 8 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Action intentée pour une présumée violation découlant de l'utilisation, la reproduction, la récolte et la vente par les défendeurs de gènes et de cellules contenant l'insert des

**PRATIQUE—Suite**

demandereses dans des graines et des plants de canola, sans consentement ou licence—Les défendeurs ont contesté l'allégation de violation et la validité du brevet en se basant sur le fait que la Loi sur les brevets ne prévoit pas de brevet relatif au sujet du brevet des demandereses (pour l'insertion d'un gène dans une variété de plant, une forme de vie)—Ils ont en outre soutenu que, par l'adoption de la Loi sur la protection des obtentions végétales, le Parlement a indiqué son intention que les droits de propriété intellectuelle se rapportant aux nouvelles variétés de plants soient régis par cette loi—Le jugement rendu a confirmé la validité du brevet, a conclu à la violation de certaines revendications du brevet, a interdit toute violation additionnelle, a accordé le paiement aux demandereses des profits générés par les défendeurs et a rejeté les réclamations de dommages-intérêts punitifs et de dommages-intérêts généraux—Les demandereses ont prétendu pour trois motifs avoir droit à des dépens plus élevés: une offre de règlement qui n'a pas été acceptée, la difficulté de la cause, le défaut des défendeurs d'admettre le fait que le gène breveté est présent dans leurs récoltes—L'art. 420(1) des Règles prévoit que lorsque le demandeur qui présente par écrit une offre de règlement obtient un jugement aussi avantageux ou plus avantageux que les conditions de l'offre, il a droit au double des dépens partie-partie après la date de la signification de l'offre—L'offre contenait des éléments de compromis—Bien que l'art. 420(1) des Règles semble s'appliquer à l'offre de règlement, la Cour devrait décider autrement que de donner des directives afin de doubler les dépens partie-partie—Jusqu'à ce que cela soit résolu par le procès, il y avait des éléments de preuve et des opinions contradictoires concernant l'importance de la présence des cellules ou des gènes brevetés dans la récolte des défendeurs —De plus, de par la nature de l'invention, le processus d'enquête pour établir son utilisation par les défendeurs était plus élaboré et a nécessité plus de ressources humaines ou autres que de nombreux autres genres d'inventions peuvent exiger—Le volume de travail plus grand que d'habitude dans une affaire soulevant des questions juridiques plus importantes et complexes ne justifie pas des dépens plus élevés que les dépens partie-partie normaux qui sont représentés par la colonne III dans le tarif B—Le fait que le volume de travail était plus grand que d'habitude et que les dépenses réelles étaient beaucoup plus importantes que ce qui est recouvrable en vertu de la colonne III était une conséquence de la nature du brevet—Les frais reflétant ces conséquences ne devraient pas être assumés par les défendeurs puisqu'ils constituent un aspect des dépenses d'entreprise des demandereses—En faisant défaut d'admettre la présence du gène breveté dans leur récolte de canola de 1998, les défendeurs n'ont pas fait plus que d'exiger que les demandereses fassent la preuve de leur cause—Encore une fois, la nature du brevet lui-même dictait une grande partie des exigences d'échantillonnage et d'analyse, s'il y avait une

**PRATIQUE—Suite**

violation à établir—Il ne s'agit pas d'un facteur pouvant avoir une valeur négative contre les défendeurs—Les défendeurs ont soutenu que la Cour devrait fixer les dépens en tant que somme globale—Ils ont prétendu que la cause traite d'un sujet nouveau, qui n'a jamais été examiné par les tribunaux canadiens, c.-à-d. l'application de droits de brevet pour les récoltes d'aliments génétiquement modifiés, impliquant l'équilibre entre les droits du public et ceux du titulaire du brevet—Ils ont soutenu que la cause impliquait de nombreuses questions juridiques, dont la résolution fournira, à l'avenir, des indications pour les agriculteurs et les sociétés de biotechnologie végétale possédant des brevets pour les gènes et les plantes génétiquement modifiées—Ils ont en outre affirmé qu'il s'agissait d'un cas type puisque les défendeurs ont été choisis par les demanderesse parmi de nombreux agriculteurs faisant l'objet d'une enquête—En ce sens, l'action a servi à des fins corporatives autres que la réclamation contre les défendeurs dont les opérations ont été choisies comme un exemple pour d'autres, ce qui revêt une importance générale tant pour les demanderesse que pour le public en général—On a soutenu que la décision *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [1997] B.C.J. n° 2694 (C.S.) (QL), où la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé d'adjudger des dépens à la demanderesse qui a eu gain de cause et où chaque partie a dû supporter ses propres frais, constitue une cause de cette nature—Les défendeurs ont renvoyé à de nombreuses autres décisions dans lesquelles le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, n'a pas adjugé de dépens en décidant de questions nouvelles (*Senecal c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 169 (1<sup>re</sup> inst.); *Emerson c. Canada*, [1986] A.C.F. n° 160 (C.A.) (QL)); où les deux parties considéraient la cause comme un cas type (*Brown v. Durham (Regional Municipality) Police Force* (1996), 2 O.T.C. 28 (Div. gén.)); ou encore, où elles ont convenu qu'une question importante avait des implications pour d'autres (*Zaretski v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)* (1997), 156 Sask. R. 23 (B.R.))—De plus, les défendeurs ont soutenu que les dépens adjugés devraient avoir un lien raisonnable avec le montant récupéré—Ils ont prétendu qu'une réclamation pour une attribution de dépens de plus de 220 000 \$ était déraisonnable et excessive eu égard au montant récupéré (19 832 \$) pour les profits que les défendeurs ont faits sur leurs récoltes de canola en 1998—La Cour a également fait remarquer qu'une autre réparation (injonction) avait également été accordée aux demanderesse—Les défendeurs ont soutenu que les demanderesse n'étaient pas préoccupées par des considérations monétaires, mais qu'elles voulaient transmettre un message à toute personne cultivant du canola ayant le gène breveté mais ne possédant pas de licence—La prétention des défendeurs au sujet des ressources limitées pour payer les dépens, lorsqu'elles sont comparées à celles des demanderesse, n'est pas pertinente—

**PRATIQUE—Suite**

Fixer les dépens en l'espèce permet d'éviter la dépense qu'engageraient les deux parties lors d'une taxation des dépens par un officier taxateur selon les directives de la Cour—De plus, puisque toute directive ou tout montant fixé serait susceptible d'être contesté au cours des appels anticipés de la part des deux parties, la meilleure façon de résoudre la question des dépens consiste à en fixer le montant qui, s'il est inacceptable, peut être modifié ou, subsidiairement, faire l'objet d'une ordonnance de directives à un officier taxateur en appel—Les facteurs invoqués pour conclure qu'il y a lieu de fixer les dépens sont énoncés à l'art. 400(3) des Règles de la Cour fédérale (1998): le résultat de l'instance, les sommes réclamées, l'importance et la complexité des questions en litige, en particulier la nouveauté des questions et les difficultés de la preuve, l'offre écrite de règlement, la charge de travail—Parmi les facteurs justifiant des dépens moindres que la norme en l'espèce, il y a l'importance du litige pour les demanderesse, le fait que les défendeurs ont été choisis parmi des agriculteurs qui ont fait l'objet d'enquêtes comme moyen de tester l'efficacité du brevet et du régime de licences des demanderesse ainsi que la nature du brevet en l'espèce comportant des complexités inhérentes pour prouver la violation—L'attribution des dépens prévoit que les honoraires d'avocats sont réduits des deux tiers et les débours admissibles sont réduits d'un tiers, et elle fixe le montant maximum de la TPS payée sur les éléments taxables—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 400, 420.

MONSANTO CANADA INC. C. SCHMEISER (T-1593-98, 2002 CFPI 439, juge MacKay, jugement supplémentaire en date du 17-4-02, 20 p.)

Demande de contrôle judiciaire rejetée avec dépens—Le montant de 541 \$ se rapportant aux photocopies de l'affidavit du défendeur et au dossier de la demande n'a pas été contesté, mais il a été laissé à l'appréciation de l'officier taxateur—Il n'existait aucune pièce à l'appui de cette dépense—Les frais relatifs aux photocopies constituent un débours admissible uniquement s'ils sont essentiels à la conduite de l'instance—Le défendeur réclamait la somme de 1 849,20 \$ se rapportant à l'obtention d'une copie de la transcription du contre-interrogatoire de F. G. Brown—L'avocat du demandeur s'opposait au remboursement de cette dépense, et ce, pour un certain nombre de raisons—Cette question soulève des principes importants—Le mémoire de frais du défendeur a été taxé, un montant de 1 320 \$ étant accordé pour les services taxables et un montant de 2 586,95 \$ étant accordé pour les débours—Un certificat de taxation au montant de 3 906,95 \$ a été délivré.

MURPHY C. M.R.N. (A-27-00, 2002 CFA 160, officier taxateur Pilon, taxation des dépens en date du 29-4-02, 6 p.)



**PRATIQUE—Suite**

Le défendeur a obtenu les dépens de la demande de contrôle judiciaire—Le mémoire de frais a été présenté au montant de 1 607,66 \$—Les demandeurs ont souligné que, conformément à la règle 409 des Règles de la Cour fédérale (1998), les dépens devraient être réduits à un montant nominal, parce que le litige portait sur une question d'intérêt public touchant tous les conseils de bande de l'ensemble du Canada, soit la question de savoir si les honoraires versés à des conseillers constituent une rémunération aux fins de l'art. 57(1) du Règlement sur l'assurance-chômage—Dans le dictionnaire intitulé *The Compact Edition of the Oxford English Dictionary*, 1987, volume I, à la page 1936, le mot «*nominal*» est défini comme suit: [TRADUCTION] «. . . 4. Qui existe en théorie seulement plutôt que dans les faits ou dans la réalité; simplement nommé, déclaré ou exprimé, sans mention de la réalité ou des faits»; De plus, dans la septième édition du *Black's Law Dictionary*, 1999, à la page 1077, le mot «*nominal*» est défini comme suit relativement à un prix ou montant: [TRADUCTION] «insignifiant, surtout comparativement aux attentes»—Les dépens qui ont été attribués en l'espèce dans le jugement ne constituent pas un dédommagement complet, mais traduisent assez bien le principe de l'indemnité partielle qui caractérise les tarifs des tribunaux d'archives supérieurs—La règle 409 autorise l'officier taxateur à tenir compte des facteurs prévus à la règle 400(3), mais non à exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 400(1)—La règle 400(1) permet seulement à la Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire relatif aux dépens nominaux et non aux officiers taxateurs—Le mémoire de frais, qui s'élevait au montant de 1 607,66 \$, est taxé pour ce montant—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 400, 409—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 57(1).

WILSON C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (A-531-00, 2002 CAF 87, officier taxateur Stinson, taxation des dépens en date du 28-2-02, 3 p.)

**MODIFICATION DES DÉLAIS**

Requête en vue d'obtenir un délai supplémentaire pour la production des documents relatifs à la première demande de prorogation en ce qui a trait au dépôt des documents d'appel en la forme prescrite—Le syndic de faillite est polonais et représente l'actif de Gryf Deep Sea Fishing Company (Gryf)—Le 10 décembre 2001, le syndic a présenté trois avis d'appel: 1) un avis d'appel relatif à l'ajournement indéfini d'une mesure visant à contester ce qui semblait être une requête inexistante d'un créancier à l'égard du produit de la vente; 2) un appel d'une ordonnance rejetant à la fois une demande de nomination par la Cour d'un avocat *pro bono* pour l'actif de la faillite de Gryf et une demande de protection du syndic à l'égard des dépens découlant de l'instance; 3) un

**PRATIQUE—Suite**

appel de l'ordonnance du 19 novembre 2001 portant radiation de l'affidavit de réclamation—Étant donné que ces documents étaient présentés sous une forme inacceptable, ils ont donné lieu à une directive en date du 17 décembre 2001, selon laquelle le dépôt des documents serait accepté sous réserve des conditions suivantes: le syndic devait fournir des affidavits de signification; si les documents n'étaient pas signifiés dans le délai imparti, le syndic devrait demander une prorogation de délai; le syndic devait autoriser le greffe à supprimer des documents les renvois à la «Section d'appel», de façon que les appels puissent être portés devant un juge de la Section de première instance; le syndic devait préciser à tous les avocats s'il s'agissait d'appels qui seraient plaidés verbalement ou traités comme des requêtes devant être jugées sur dossier—Les directives comportaient une description de la procédure à suivre pour obtenir une prorogation de délai et précisaient qu'une requête à juger sur dossier doit être fondée sur une preuve suffisante, notamment des affidavits—Les conditions préalables devaient être respectées au plus tard le 25 janvier 2002—Le 18 janvier 2002, le syndic a fait parvenir à la Cour et aux avocats concernés une requête visant à obtenir une prorogation du délai relatif au dépôt de ses avis d'appel ainsi qu'une ordonnance le dispensant de l'obligation de déposer un dossier de la requête—Ledit avis de requête renvoie à un affidavit à l'appui, qui n'a jamais été reçu—La requête devait être présentée le 23 janvier—À cette date, le syndic a fait parvenir une deuxième requête similaire accompagnée d'un affidavit de signification, laquelle requête devait être présentée le 28 janvier—Personne n'ayant comparu au nom du syndic et les requêtes n'étant appuyées d'aucun document, la Cour a enjoint au syndic, le 28 janvier, d'envoyer par télécopieur au greffe, au plus tard le 1<sup>er</sup> février, l'affidavit à l'appui ainsi que les prétentions écrites—Le syndic a alors présenté un dossier de la requête comportant une simple requête en date du 4 février 2002 en vue de faire réexaminer la directive du 28 janvier, notamment quant à la date limite du 1<sup>er</sup> février qui avait été fixée pour la signification de tout document au soutien de la requête en prorogation de délai du syndic—Les motifs énoncés dans la requête sont les suivants: l'équipement de courrier électronique que le syndic utilise en Pologne n'est pas compatible avec celui de la Cour fédérale du Canada et la directive du 28 janvier n'a pas été reçue en temps opportun; le syndic se trouve depuis quelque temps à l'extérieur de Szczecin, où est situé son bureau principal; seul le syndic est en mesure de signer les documents concernant ces procédures; le syndic sera absent jusqu'au 11 février; les affidavits doivent être faits sous serment à l'ambassade du Canada à Varsovie, ce qui demande du temps—Dans une directive datée du 8 février, la Cour a autorisé le dépôt de la requête en date du 4 février 2002, en précisant que celle-ci serait examinée à titre de requête à juger sur dossier le 15 février—Étant donné que

**PRATIQUE—Suite**

les conditions préalables à l'acceptation des trois avis d'appel n'ont pas été respectées, la requête est rejetée—Aucune importance ne devrait être accordée à ces motifs non allégués sous serment—L'omission de la part du syndic de retenir les services d'un avocat est malheureuse; toutefois, elle ne constitue pas un obstacle en soi à la poursuite de ses démarches—Même si un dossier de la requête renferme habituellement une preuve par affidavit, cette exigence n'est pas nécessairement absolue lorsqu'il existe des faits au dossier qui permettent à la Cour de faire droit à une requête—En l'absence de preuve par affidavit, il serait normal de s'attendre à ce que la partie dépose des prétentions écrites satisfaisantes afin d'indiquer les endroits du dossier de la Cour où se trouvent les faits—Les prétentions écrites que le syndic a déposées à titre de réponse ne constituent pas des éléments de preuve ni ne renvoient à des éléments faisant partie du dossier de la Cour; il s'agit plutôt d'arguments ou d'éléments qui, s'ils étaient présentés sous forme d'affidavits, susciteraient un contre-interrogatoire—L'omission du syndic de déposer une preuve par affidavit et des prétentions écrites au soutien de sa requête est déplorable du point de vue de toutes les parties et nuit peut-être à quelques-unes d'entre elles, mais ne constitue pas un obstacle fatal—L'insuffisance des éléments présentés au soutien de la requête n'empêche pas l'examen du fond de celle-ci, c'est-à-dire des moyens invoqués car, même s'il est difficile de comprendre une partie des documents et d'évaluer une preuve documentaire laconique, voire inexistante, il n'y a pas d'embûche—Les critères à établir pour obtenir une prorogation de délai sont énoncés dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (C.A.F.)—1) Le demandeur doit prouver une intention constante de poursuivre la présente requête—Aucun élément de preuve en ce sens n'a été présenté de la part du syndic quant à la requête en prorogation—Le manque d'efforts déployés pour déposer des documents au soutien de la requête est un indice de cette intention—La faiblesse générale des documents déposés au soutien de la requête indique l'absence d'intention constante réelle de poursuivre la requête—Le retard, non expliqué, à mettre en état les requêtes indique également un manque d'intérêt et d'intention—2) La demande doit être fondée jusqu'à un certain point—Le premier des trois appels en cause semble être voué à l'échec—Le deuxième est fondé sur un motif très précaire, étant donné l'existence possible d'une fin de non-recevoir qui empêcherait le syndic de demander des deniers publics au Canada pour représenter l'entreprise puisque des fonds ont déjà été versés à l'actif, et l'absence d'un droit absolu aux services d'un avocat selon les règles de common law; le troisième appel ne peut réussir, en raison de l'absence de document indiquant pourquoi la décision serait mal fondée—Aucun élément n'indique que les appels sont fondés jusqu'à un certain point—3) Aucun préjudice ne doit avoir été causé à l'autre partie—Un retard de

**PRATIQUE—Suite**

trois mois à interjeter appel d'une ordonnance cause un préjudice à toutes les parties et à tous les créanciers—Si l'audience relative à l'ordre de priorité devait être reportée, il faudrait peut-être attendre plusieurs mois avant de pouvoir fixer une autre date d'audience—4) Une explication raisonnable doit être donnée au sujet du retard—Les motifs invoqués au soutien de la requête constituent une excuse inacceptable et ne répondent pas à la question de savoir pourquoi le syndic n'a pu respecter le délai initial assez généreux—Le syndic n'a pas démontré qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable.

GLOBAL ENTERPRISES INTERNATIONAL INC. C.  
*AQUARIUS* (L') (T-16-01, 2002 CFPI 193, protonotaire  
Hargrave, ordonnance en date du 21-2-02, 22 p.)

**REJET DE L'INSTANCE***Retard injustifié*

Conférence téléphonique sur la gestion de l'instance afin d'expliquer pourquoi l'action vieille de huit ans, pour laquelle rien d'important n'est survenu depuis les interrogatoires préalables de 1997, ne devrait pas être rejetée pour cause de retard—L'action contestait la décision du ministre concernant les droits dus sur l'importation de marchandises au Canada—Il existe deux approches en ce qui concerne le rejet pour cause de retard ou pour défaut de poursuivre—Le critère classique a été établi dans la décision *Nichols c. Canada* (1990), 36 F.T.R. 77 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.): le retard est-il excessif, le retard est-il inexcusable, les défendeurs sont-ils susceptibles de subir un préjudice grave en raison du retard?—Même si la décision *Nichols* a été rendue avant que les modifications de 1998 aient été apportées aux Règles de la Cour fédérale, la décision *Ruggles c. Fording Coal Ltd.* (1998), 152 F.T.R. 96 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) a reconnu que le critère classique appliqué en vertu des Règles mises en vigueur après 1998 reflète le concept de l'art. 167 des Règles prévoyant le rejet pour retard injustifié—Raisons données par le défendeur pour expliquer le retard: sa maladie et celle de sa famille ainsi que des décès au sein de sa famille—Bien qu'il y ait eu un retard indu qui n'a pas été expliqué, la Cour ne dispose que de l'avis de l'avocate de la défenderesse quant à la difficulté de trouver maintenant des témoins—Après un si long retard, l'existence d'un préjudice est souvent présumée—La deuxième approche est plus appropriée dans le cas d'une partie se trouvant dans la situation du demandeur—Elle a été employée dans la décision *Grovit v. Doctor*, [1997] 1 W.L.R. 640 (H.L.): si un plaideur ne tient absolument aucun compte des délais prévus dans les règles de la Cour, ce défaut sera jugé non seulement à la lumière du préjudice causé à des plaideurs, mais aussi du préjudice causé à la justice—Dans l'affaire *Arbuthnot Latham Bank Ltd. v. Trafalgar Holdings Ltd.*, [1998] 1 W.L.R. 1426 (C.A.), la Cour d'appel a estimé qu'un tel abus de la

**PRATIQUE—Suite**

procédure constituait un motif distinct de radiation d'une action, motif n'ayant rien à voir avec le préjudice que pourrait éventuellement invoquer un défendeur—L'absence de plan raisonnable pour conclure l'instance permet de conclure que le demandeur n'avait pas d'intérêt réel à voir conclure l'instance—L'action, ainsi qu'elle est menée, constitue un abus—Elle est injuste pour la défenderesse, pour la Cour dont les ressources sont limitées, pour les contribuables qui doivent payer les notes de la Cour et pour les autres plaideurs qui s'adressent à la Cour pour obtenir une résolution rapide de leurs litiges—Action rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 167.

SEITZ C. CANADA (T-806-94, 2002 CFPI 456, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 22-4-02, 12 p.)

**REPRÉSENTATION PAR AVOCAT**

Requête visant à permettre à l'unique dirigeant et actionnaire de l'entreprise de représenter celle-ci dans une demande de contrôle judiciaire—L'art. 120 des Règles prévoit qu'une société doit être représentée par un avocat à moins que la Cour ne soit persuadée qu'il existe des circonstances particulières qui permettent à un dirigeant de représenter la société—La décision *Kobetek Systems Ltd. c. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 308 (1<sup>re</sup> inst.) énonce les facteurs pertinents à considérer lorsqu'un profane demande à représenter une société—1) Ni l'entreprise ni le représentant proposé ne peuvent s'offrir les services d'un avocat—2) Le représentant proposé ne peut éviter d'agir comme avocat et comme témoin—Il est la seule personne possédant une certaine connaissance des faits—On fait parfois une analogie entre les avocats qui agissent comme témoins et les représentants profanes qui agissent comme témoins—Dans l'arrêt *S.A.R. Group Relocation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 99; [2002] A.C.F. n° 367 (C.A.) (QL) le juge Strayer de la Cour d'appel a reconnu que le double rôle de représentant et de témoin «milité» (émettre de bonnes raisons ou exercer une influence) contre le fait de permettre à un représentant profane, à un dirigeant d'une société d'agir comme représentant lorsque cette personne peut agir comme témoin—Ce double rôle n'étant pas frappé d'une interdiction absolue est conforme à l'art. 120 des Règles en vertu duquel la Cour peut, dans des circonstances particulières, accorder à un dirigeant le privilège de représenter sa société comme avocat—Adopter un point de vue plus étroit priverait l'exception prévue à l'art. 120 des Règles de son sens dans le cas d'une entreprise individuelle constituée en personne morale—3) Pour déterminer la complexité de l'affaire, on peut examiner l'affidavit et le dossier—L'affidavit n'a rien à voir avec la question de la complexité, mais le dossier en traite par inférence car la demanderesse se réfère à une preuve documentaire abondante—En faisant un effort raisonnable

**PRATIQUE—Fin**

pour comprendre les Règles de la Cour fédérale applicables et en effectuant un peu de recherche quant à la nature du contrôle judiciaire, on peut conclure que le représentant proposé, qui a déposé une demande compréhensible bien que brève, devrait être capable de discuter des questions—4) Les documents déposés en rapport avec la requête sont cohérents et ont été raisonnablement présentés—Le représentant proposé devra faire des efforts sérieux afin de comprendre parfaitement non seulement les délais mentionnés dans les Règles, mais aussi la procédure pertinente et la nature du contrôle judiciaire—Refuser à la demanderesse de se faire représenter comme avocat par son seul dirigeant équivaldrait à lui refuser de défendre sa cause en cour—Par conséquent, il s'agit d'une cause dans laquelle la disposition relative aux circonstances particulières de l'art. 120 des Règles entre en jeu—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 120.

ARTEMIS HOLDINGS LTD. C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (T-433-02, 2002 CFPI 504, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 30-4-02, 9 p.)

**TRANSPORTS**

Détermination des questions en litige—En 1982, la demanderesse et le Conseil des ports nationaux (le prédécesseur juridique de la défenderesse) ont conclu un accord par lequel la demanderesse a loué deux postes d'accostage à Roberts Bank, qui est une île artificielle située à Delta, en Colombie-Britannique—Roberts Bank est une terre de Sa Majesté qui fait partie du port de Vancouver—La demanderesse a construit et exploite à cet endroit une installation de chargement de charbon en vrac, où le charbon est reçu, manipulé et emmagasiné—La défenderesse est un mandataire de Sa Majesté—La demanderesse et la défenderesse ont négocié le taux de location sans contrainte—Le bail prévoyait que le loyer augmenterait tous les trois ans—Selon la demanderesse, les taux de location ont plus que triplé depuis 1982 et, depuis cette date, elle a versé à la défenderesse des montants équivalant au triple du total du coût d'investissement relatif à la construction de l'installation de Roberts Bank et à plus de six fois le coût d'investissement se rapportant à la construction de la partie de la propriété que son terminal occupe—De plus, la demanderesse a elle-même investi une somme de plus de 200 000 000 \$ pour apporter des améliorations, y compris des voies, des immeubles et de l'équipement de chargement—Westshore Terminals Ltd. (la demanderesse) a engagé une demande de contrôle judiciaire à l'égard du refus par la défenderesse d'abaisser les paiements de location, soutenant que les paiements en question sont inéquitables, déraisonnables et discriminatoires au sens des art. 49(3) et 50 de la Loi maritime du Canada—Selon l'art. 49(3), les droits que fixe l'administration portuaire

**TRANSPORTS—Suite**

doivent être équitables et raisonnables—L'art. 50(1) interdit à l'administration portuaire de faire montre de discrimination injustifiée entre les utilisateurs ou catégories d'utilisateurs du port—1) Les taux de location ne constituent pas des droits au sens de la Loi maritime du Canada—Selon la définition qui figure à l'art. 2(1) de la Loi, le mot «droits» s'entend de toute forme de taxes, droits, péages, contributions ou prix et comprend les droits d'amarrage, les droits d'accostage et les droits de port—La règle *ejusdem generis*, qui est un principe d'interprétation selon lequel, lorsqu'un mot ou une expression général suit une liste de personnes ou de choses précises, le mot ou l'expression sera interprété de façon à comprendre uniquement les personnes ou les choses du même type que ceux qui figurent sur la liste, est pertinente quant à l'interprétation du mot «droits»—Il existe une caractéristique commune à tous les éléments énumérés dans la définition, soit le fait qu'ils constituent dans tous les cas des frais qu'exige habituellement une administration portuaire à l'égard des services fournis à ceux qui utilisent le port—Ces frais ne sont pas négociés entre l'administration portuaire et ses utilisateurs, mais «imposés» au moyen d'un tarif et les utilisateurs du port ne participent nullement à l'établissement de ces frais—Les taux que la demanderesse doit payer en vertu du bail n'ont rien à voir avec les éléments énumérés à l'art. 2(1) de la Loi—Les taux de location ont été négociés sans contrainte et n'ont pas été imposés unilatéralement—La version française de cette disposition ainsi que d'autres articles de la Loi appuient également cette interprétation—2) L'art. 49 de la Loi, qui permet à l'administration portuaire de fixer des droits, s'applique aux taux de location—Les art. 44 à 48 de la Loi figurent sous la rubrique «Biens», tandis que les art. 49 à 53 apparaissent sous la rubrique «Droits»—Ainsi, le Parlement semble avoir fait une distinction entre le pouvoir d'une administration portuaire de louer des biens et celui de fixer des «droits» en vertu de l'art. 49(1)—Le pouvoir d'une administration portuaire de gérer des immeubles fédéraux découle des lettres patentes qu'elle a obtenues du ministre—La Loi n'impose aucune restriction à l'administration portuaire quant au montant de loyer qu'elle peut toucher en vertu des baux négociés—Les «droits» dont il est question aux art. 49 à 53 sont d'une nature tout à fait différente de celle des baux que l'administration portuaire peut conclure conformément à l'art. 45(3)—Les art. 44 à 48 ainsi que les lettres patentes constituent un code complet régissant le pouvoir d'une administration portuaire en ce qui a trait à la location d'immeubles fédéraux qui se trouvent dans le port en vertu de la compétence de l'administration—Le loyer n'est pas payé à l'égard des avantages que [la défenderesse] accorde en rapport avec l'exploitation du port [de Vancouver], mais conformément aux conditions du bail—L'art. 49(3) exige uniquement que les «droits» que fixe l'administration portuaire soient équitables et raisonnables—Cette obligation ne s'applique pas aux paiements qui sont négociés ou aux loyers qui sont payés en vertu d'accords de location négociés

**TRANSPORTS—Fin**

sans contrainte—Si le Parlement avait voulu inclure les paiements de location dans la définition du mot «droits», il aurait expressément énoncé son intention en ce sens—Le silence du Parlement ne peut que signifier qu'il n'avait pas l'intention d'inclure les paiements de location dans la définition des «droits»—L'art. 53, qui permet à l'administration portuaire d'accepter par contrat des droits différents de ceux qui sont fixés, ne s'applique manifestement qu'aux droits que l'administration en question a le pouvoir de fixer en vertu de l'art. 49(1)—Un examen minutieux des lois précédemment en vigueur appuie cette interprétation—3) Étant donné que les loyers à payer en vertu du bail ne constituent pas des «droits», l'art. 50 ne s'applique pas aux taux de location—Même si l'art. 50(1) ne comporte aucune mention des «droits», il ne peut s'appliquer à l'objet des art. 49 à 53, soit les «droits» que fixe l'administration portuaire en vertu de l'art. 49(1)—Il est nécessaire de lire l'art. 50(1) de concert avec l'art. 52(1), qui permet à tout intéressé de déposer une plainte auprès de l'Office des transports du Canada au motif qu'un droit fixé aux termes de l'art. 49(1) est discriminatoire—La discrimination dont une personne peut se plaindre est une discrimination concernant les droits qu'une administration portuaire a fixés en vertu de l'art. 49(1)—4) Les règles de common law régissant les [TRADUCTION] «situations monopolistiques» n'imposent aucune obligation à la défenderesse relativement aux taux de location—Dans *Chastain c. British Columbia Hydro and Power Authority* (1972), 32 D.L.R. (3d) 443 (C.S.C.-B.), le principe de common law est décrit comme suit: l'obligation d'un service public ou d'un autre organisme qui a, en pratique, le monopole, consiste à fournir son produit à tous ceux qui le demandent, à un prix raisonnable et sans discrimination déraisonnable entre les personnes qui se trouvent dans une situation semblable ou qui appartiennent à une même catégorie de consommateurs—Étant donné qu'il n'existe aucun élément de preuve ou autorité permettant de dire que Sa Majesté est assujettie aux règles de common law régissant les monopoles, la défenderesse n'est pas assujettie à ces règles en qualité de mandataire de Sa Majesté lorsqu'elle loue les terres de l'État—Si les administrations portuaires sont assujetties à une obligation découlant de la common law, cette obligation a été codifiée par la promulgation des art. 49 et 50 de la Loi, mais ces articles ne s'appliquent pas aux paiements prévus au bail—5) La Cour fédérale a compétence pour accorder une réparation lorsqu'elle est convaincue qu'il existe suffisamment de motifs justifiant son intervention—Si les taux de location constituent des «droits», la Cour a compétence pour accorder une réparation—Loi maritime du Canada, L.C. 1998, ch. 10, art. 2(1) «droits», art. 44, 45, 49, 50, 52, 53.

WESTSHORE TERMINALS LTD. C. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE VANCOUVER (T-68-00, 2002 CFPI 195, juge Nadon, ordonnance en date du 22-2-02, 32 p.)

**MAIL  POSTE**

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail****Poste - lettre****8801320****Ottawa**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
45 Sacré-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Groupe Communication Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9