



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 2, Part 1

2008, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Cited as [2008] 2 F.C.R., 3–325

Renvoi [2008] 2 R.C.F., 3–325

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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 EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

The following added value features in the Federal Courts 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 Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2899.

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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, production
LISE LEPAGE

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques 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'arrêtiiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts 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 Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts 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 Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

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

CONTENTS

Judgments	3-325
Digests	D-1
Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General) (F.C.)	87

Agriculture—Judicial review challenging Governor in Council’s authority to make *Regulations Amending the Canadian Wheat Board Regulations* SOR/2007-131, s. 2 (new Regulation) amending *Canadian Wheat Board Regulations*, s. 9—Amendment removing barley, barley products from “single desk” marketing authority of Canadian Wheat Board (CWB)—1998 amendments to *Canadian Wheat Board Act* (Act) allowing Parliament to include any grain in CWB’s single desk, to exclude wheat, barley—Also repealing Act, s. 46(b) giving Governor in Council authority to exclude wheat from Part IV—New Regulation would extend Part III to barley but remove CWB’s “single desk” authority because Part IV no longer extended thereto—Act, s. 47 not expressly referring to exclusion of barley or any grain but s. 47.1 expressly providing barley may be excluded from application of Act provided conditions met—S. 47.1 giving Parliament power to exclude barley—Simultaneous repeal of Act, s. 46(b), addition of s. 47.1 supporting view that Parliament intended to revoke

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrétiste 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 Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 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 changements d’adresse à : Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Jugements	3-325
Fiches analytiques	F-1
Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général) (C.F.)	87

Agriculture—Contrôle judiciaire contestant le pouvoir de la gouverneure en conseil d’adopter l’art. 2 du *Règlement modifiant le Règlement sur la Commission canadienne du blé*, DORS/2007-131 (le nouveau Règlement), qui modifie l’art. 9 du *Règlement sur la Commission canadienne du blé*—La modification retirait l’orge et les produits de l’orge du pouvoir de commercialisation à guichet unique de la Commission canadienne du blé (la CCB)—Les modifications apportées en 1998 à la *Loi sur la Commission canadienne du blé* (la Loi) donnent au législateur le pouvoir d’ajouter tout grain au pouvoir de commercialisation à guichet unique de la CCB et d’y retirer le blé et l’orge—L’art. 46(b) de la Loi a également été abrogé, conférant au gouverneur en conseil le pouvoir d’exclure le blé de l’application de la partie IV—Le nouveau Règlement étendrait l’application de la partie III à l’orge, mais la retirerait du pouvoir de commercialisation à guichet unique de la CCB parce que la partie IV ne s’y étendait plus—L’art. 47 ne mentionne pas expressément l’exclusion de l’orge ou

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Governor in Council's power under s. 47 to exclude barley, other grains from application of Parts III, IV of Act—1998 amendments to Act intended to create separate self-contained processes : one to extend Act to barley, one to exclude barley from Act—New Regulation *ultra vires*, of no force, effect—Application allowed.

Construction of Statutes—Judicial review challenging Governor in Council's authority to make *Regulations Amending the Canadian Wheat Board Regulations*, SOR/2007-131, s. 2 (new Regulation)—Principles in relation to subordinate legislation, statutory interpretation reviewed—*Canadian Wheat Board Act*, ss. 47, 47.1, when read together in ordinary sense, delegating power to include barley in application of Act to Governor in Council but reserving power to exclude barley therefrom to Parliament—Specific enactment (Act, s. 47.1) taking precedence over power to exclude by regulation created by operation of Act, s. 47, *Interpretation Act*, s. 31(4)—Inclusion of Act, s. 47.1 reflecting contrary intention by Parliament displacing statutory presumption in *Interpretation Act*, s. 31(4) that power to make regulations including power to repeal, amend, vary regulations.

Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) 3

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision rejecting applicants' PRRA application—Officer concluded applicants unlikely to face risk to life, of torture or of cruel and unusual treatment or punishment if returned to China—Chinese government accusing applicants of masterminding massive smuggling, bribery operation, wanting couple to face prosecution in China for alleged crimes—In rejecting refugee claims, Immigration and Refugee Board considering diplomatic note in which Chinese government assuring Canada applicants would not be sentenced to death, tortured for crimes committed before repatriation—Federal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'autres grains, mais l'art. 47.1 prévoit expressément que l'orge peut être exclue de l'application de la Loi si certaines conditions sont réunies—L'art. 47.1 confère au législateur le pouvoir d'exclure l'orge—L'abrogation de l'art. 46b) de la Loi et l'édiction simultanée de l'art. 47.1 appuient la conclusion que le législateur avait l'intention de révoquer le pouvoir du gouverneur en conseil, conféré par l'art. 47, d'exclure l'orge et d'autres grains de l'application des parties III et IV de la Loi—Les modifications apportées en 1998 à la Loi avaient pour objectif de créer des processus séparés et indépendants, l'un pour étendre l'application de la Loi à l'orge et l'autre pour exclure l'orge de l'application de la Loi—Le nouveau Règlement est *ultra vires* et inopérant—Demande accueillie.

Interprétation des lois—Contrôle judiciaire contestant le pouvoir de la gouverneure en conseil d'adopter l'art. 2 du *Règlement modifiant le Règlement sur la Commission canadienne du blé*, DORS/2007-131 (le nouveau Règlement)—Examen de principes de législation déléguée et d'interprétation des lois—Les art. 47 et 47.1 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, interprétés ensemble dans leur sens courant, délèguent au gouverneur en conseil le pouvoir d'étendre l'application de la Loi, mais réservent au législateur le pouvoir de l'exclure—La disposition expresse (art. 47.1 de la Loi) l'emporte sur le pouvoir d'exclusion par règlement créé par l'application de l'art. 47 de la Loi et de l'art. 31(4) de la *Loi d'interprétation*—L'ajout de l'art. 47.1 de la Loi reflète une indication contraire du législateur qui écarte la présomption légale établie par l'art. 31(4) de la *Loi d'interprétation* que le pouvoir de prendre des règlements comporte le pouvoir de les modifier, de les abroger ou de les remplacer.

Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 3

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a rejeté la demande d'ERAR des demandeurs—L'agente a conclu qu'il était peu probable que les demandeurs soient exposés à une menace à leur vie, à un risque de torture ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s'ils retournaient en Chine—Le gouvernement chinois a accusé les demandeurs d'avoir orchestré une opération de grande envergure de corruption et de contrebande et il souhaite que les demandeurs rentrent en Chine pour répondre en justice des crimes qui leur sont reprochés—Lorsqu'elle a rejeté les revendications du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Court dismissing judicial review application—Judicial review of refusal of applicants' request to have PRRA completed by other than Minister's delegate dismissed as premature—(1) Even though already stating position on reliability of diplomatic note, Minister not implicitly assessing risk—Minister's dual mandates of intervention, protection during transition period following enactment of IRPA not giving rise to reasonable apprehension of bias so long as each unit acting within mandate—Assurances from Chinese government regarding treatment applicants would receive in China not impacting PRRA officer's decision made five years later—(2) PRRA officer not violating regulatory requirement not to make adverse credibility findings central to decision without hearing—IRPA, s. 113(b) stating hearing to be held in exceptional circumstances; *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 167 listing factors to be considered in decision to hold hearing—Given circumstances, interview not required—(3) PRRA officer not erring in concluding diplomatic note encompassing conditional, suspended death penalty—Officer considering all evidence, including Chinese criminal legislation—Since note indicating Chinese authorities wanted to reassure Canadian government applicants would not be put to death, not patently unreasonable for PRRA officer to conclude wording of assurances not "sinister" or "suspect"—(4) Conclusion assurances reliable given applicants' notoriety patently unreasonable with respect to assurances against torture—PRRA officer failing to consider growing consensus diplomatic assurances should not be sought when practice of torture systematic as in China—Also failed to determine whether assurances met some essential requirements to be effective, meaningful—(5) PRRA officer did make findings about fair trial issue even though not distinct—Reviewing extensive evidence, concluding no evidence applicants' trial in China would be highly politicized, lacking in fairness—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

statut de réfugié, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a pris en considération une note diplomatique dans laquelle la Chine s'est engagée envers le Canada à ne pas condamner les demandeurs à la peine de mort et à ne pas les assujettir à la torture pour les crimes commis avant leur rapatriement—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire—La demande de contrôle judiciaire de la décision rejetant la demande des demandeurs pour que l'ERAR soit effectué par quelqu'un d'autre qu'un délégué du ministre a été rejetée au motif qu'elle était prématurée—(1) Même s'il s'était déjà prononcé sur la fiabilité de la note diplomatique, le ministre ne s'était pas livré implicitement à une évaluation des risques—Le double mandat d'intervention et de protection dont était investi le ministre pendant la période de transition qui a suivi l'adoption de la LIPR n'a pas donné lieu à une crainte raisonnable de partialité dans la mesure où chacune des unités administratives a respecté le cadre du mandat—Les assurances données par le gouvernement chinois quant au traitement réservé aux demandeurs en Chine n'influençaient pas la décision que l'agente d'ERAR a prise cinq ans plus tard—(2) L'agente d'ERAR n'a pas violé l'obligation réglementaire qui lui interdisait de tirer des conclusions défavorables au sujet de la crédibilité sans avoir tenu une audience—L'art. 113b) de la LIPR précise qu'une audience doit être tenue dans des circonstances exceptionnelles; l'art. 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) énumère les facteurs dont il y a lieu de tenir compte pour prendre une décision à cet égard—Une entrevue n'était pas nécessaire compte tenu des circonstances—(3) L'agente d'ERAR n'a pas commis d'erreur en concluant que la note diplomatique englobait la peine de mort conditionnelle ou la condamnation à mort avec sursis—L'agente a pris en considération tous les éléments de preuve, dont les lois pénales de la Chine—Comme la note précisait que les autorités chinoises voulaient rassurer le gouvernement canadien que les demandeurs ne seraient pas mis à mort, il n'était pas manifestement déraisonnable de la part de l'agente d'ERAR de conclure qu'il n'y avait rien de « sinistre » ou de « suspect » dans la façon dont étaient formulées les assurances—(4) La conclusion selon laquelle les assurances étaient fiables en raison de la notoriété dont jouissaient les demandeurs était manifestement déraisonnable dans le cas des assurances données au sujet de la torture—L'agente d'ERAR n'a pas tenu compte du fait que l'on s'accorde de plus en plus pour dire que l'on ne devrait pas demander des assurances diplomatiques lorsque le recours à la torture est systématique comme c'est le cas en Chine—En outre, elle n'a pas déterminé si les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Quebec (Attorney General) v. Canada (F.C.) 230

Administrative Law—Statutory Appeals—Action under *Federal Court Act*, s. 19 challenging rejection by Minister of Finance Canada of plaintiff's application for revenue stabilization payment for 1991-1992 fiscal year—Application rejected following adjustments to revenue subject to stabilization—Plaintiff seeking declarations as to how Minister should consider various sources of revenue—Revenue stabilization payments available through Revenue Stabilization Program set out in *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act, Federal-Provincial Fiscal Arrangements Regulations, 1987*—Payment made to province where revenue subject to stabilization decreasing since previous fiscal year if decrease not resulting from changes in rates, structure of province's own taxes, modes of raising revenue—Declarations granted as follows: change to legislation to have Goods and Services Tax included in Quebec Sales Tax base change to provincial fiscal structure; increased mark-ups of Société des alcools du Québec, Société des loteries et courses du Québec increases within meaning of Act, Regulations; revenue decrease resulting from coming into force of new Canada-Quebec fiscal reciprocity protocol not change by plaintiff in structure of mode of raising revenue—These declarations to be taken into account by Minister in calculating plaintiff's application—Plaintiff not entitled to have decreased interest revenue on personal, corporate income taxes levied, decreased revenue from Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires taken into account by Minister.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

assurances satisfaisaient aux conditions essentielles à remplir pour avoir un sens et pouvoir être considérées comme fiables—5) L'agente d'ERAR a bel et bien tiré certaines conclusions au sujet de l'équité du procès, bien qu'elles n'aient pas été présentées de façon distincte—Après avoir examiné une preuve abondante, l'agente a conclu que rien n'indiquait que le procès des demandeurs en Chine serait hautement politisé et inéquitable—Demande accueillie.

Québec (Procureur général) c. Canada (C.F.) 230

Droit administratif—Appels prévus par la loi—Action intentée en vertu de l'art. 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour contester le rejet, par le ministre des Finances du Canada, de la demande de paiement de stabilisation des revenus du demandeur pour l'exercice 1991-1992—La demande a été rejetée par suite de corrections apportées au revenu sujet à stabilisation—Le demandeur a demandé des déclarations quant à la façon dont le ministre doit considérer diverses sources de revenu—Les paiements de stabilisation des revenus sont offerts par l'entremise du Programme de stabilisation des revenus prévu par la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé* et le *Règlement de 1987 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*—Un paiement est versé à une province si son revenu sujet à stabilisation a diminué comparativement à l'année fiscale précédente dans la mesure où la baisse n'est pas attribuable à des changements dans les taux ou la structure des impôts de la province ou un autre mécanisme de prélèvement—Les déclarations suivantes ont été émises : la modification apportée à la législation pour que la taxe sur les produits et services soit comprise dans l'assiette de la taxe de vente du Québec constitue un changement à la structure fiscale de la province; les augmentations de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec et de la Société des loteries et courses du Québec sont des augmentations au sens de la Loi et du Règlement; la baisse des revenus qui résulte de l'entrée en vigueur du nouveau protocole Canada-Québec de réciprocité fiscale ne constitue pas un changement fait par le demandeur dans la structure des mécanismes de prélèvement—Le ministre doit tenir compte de ces déclarations dans le calcul de la demande du demandeur—Le demandeur n'a pas droit à la prise en compte, par le ministre, de la baisse des revenus d'intérêts cotisés sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et des corporations et de la baisse des revenus de la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—Action under *Federal Court Act*, s. 19, which confers jurisdiction on Federal Court in cases of controversies between Canada and province, trial *de novo*, not judicial review—Controversy herein relating to adjustments made to plaintiff's application for revenue stabilization payment under *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act* (Act), *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Regulations, 1987* (Regulations)—Interpretation of words "change", "structure" in Act, s. 6, Regulations, s. 12(1)(b)—Amendment to *Retail Sales Tax Act* to allow application of Quebec Sales Tax on Goods and Services Tax change in structure of one of Quebec's modes of raising revenue—Regulations, s. 5(1)(ee)(vii) not ambiguous—Provincial miscellaneous revenue base including interest from all taxes—For purposes of Revenue Stabilization Program, taxes assessed not covering interest on those taxes—Regulations, s. 5(1)(ee)(vi) also clear: "revenues classified by Statistics Canada as institutional sales of goods and services" to be treated as miscellaneous provincial revenue.

Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd. (F.C.A.) . . . 132

Trade-marks—Infringement—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision dismissing action for infringement of appellant's trade-mark "Jaguar" for use in association with baggage, tote bags, schoolbags, handbags, allowing counterclaim for declaration of invalidity, expungement—On appeal appellant alleging no confusion between its, respondent's wares as operating in different markets—Respondents' trade-marks "Jaguar" for use in association with automobiles, luggage wares, other related accessories famous by 1980, still famous today—Likelihood of confusion between parties' similar wares—That operating in different markets insufficient to overrule finding of likelihood of confusion—Trial Judge improperly adding to *Trade-marks Act*, s. 18 two grounds of invalidity: depreciation of value of goodwill, deception of public—Appellant infringing respondents' trade-mark—Appeal allowed in part, cross-appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Interprétation des lois—Une action intentée en vertu de l'art. 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui confère à la Cour fédérale une compétence sur les contestations entre le Canada et une province; prend la forme d'un procès *de novo* plutôt que d'un contrôle judiciaire—Les contestations en l'espèce avaient trait aux corrections apportées à la demande de paiement de stabilisation des revenus du demandeur en application de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé (la Loi) et du Règlement de 1987* sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces (le Règlement)—Interprétation des termes « changement » et « structure » qui se trouvent à l'art. 6 de la Loi et à l'art. 12(1)(b) du Règlement—La modification apportée à la Loi concernant l'impôt sur la vente au détail pour que la taxe de vente du Québec s'applique à la taxe sur les produits et services constitue un changement à la structure de l'un des mécanismes de prélèvement du Québec—Il n'y a aucune ambiguïté à l'art. 5(1)(ee)(vii) du Règlement—L'assiette de revenus provinciaux divers comprend les revenus d'intérêts provenant de toutes taxes—Pour l'application du Programme de stabilisation des revenus, les impôts cotisés ne couvrent pas les intérêts sur ces impôts—De plus, l'art. 5(1)(ee)(vi) du Règlement précise clairement que « les revenus classés par Statistique Canada comme revenus provenant de la vente de biens et services par une institution » doivent être considérés comme des revenus provinciaux divers.

Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd. (C.A.F.) . . . 132

Marques de commerce—Contrefaçon—Appel et appel incident d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de la marque de commerce « Jaguar » de l'appelante en liaison avec des bagages, fourre-tout, sacs d'école et sacs à main et a fait droit à la demande reconventionnelle des intimées en vue d'obtenir l'invalidité et la radiation de la dite marque—Dans le cadre de l'appel, l'appelante a soutenu qu'il n'y avait pas de confusion entre ses marchandises et celles des intimées étant donné que les parties exercent leurs activités dans des marchés différents—Les marques de commerce « Jaguar » des intimées étaient devenues célèbres en liaison avec des automobiles, des articles de bagage et d'autres accessoires connexes en 1980 et elles le sont encore aujourd'hui—Il existe une probabilité de confusion entre les marchandises semblables des parties—Le fait que les parties exercent leurs activités dans des marchés différents ne suffit pas pour infirmer la conclusion quant à l'existence d'une probabilité de confusion—Le juge de première instance a interpolé à l'art. 18 de la *Loi sur les*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Trade-marks—Expungement—Respondents seeking expungement of appellant’s trade-mark “Jaguar” for use in association with luggage wares—Trial Judge erred in expunging appellant’s trade-mark based on prior use when five-year limitation period in *Trade-marks Act*, s. 17(2) expired—Also erred in expunging registration of appellant’s trade-mark on basis calculated to deceive, mislead public—But as likelihood of confusion between appellant’s trade-mark, wares and those of respondents since 1991, registration of appellant’s mark invalid, should be expunged.

Damages—Compensatory—Respondents claiming use of appellant’s mark causing damages resulting from depreciation of goodwill in trade-mark “Jaguar” for use in association with automobiles—Link, mental association in consumer’s mind between appellant’s display, respondents’ famous trade-marks “Jaguar” necessary to establish depreciation of goodwill—Evidence of at least likelihood of depreciation required—Burden of proving depreciation not met by respondents—Likelihood of depreciation could not be inferred—As appellant had valid registration not liable for damages prior to expungement—Respondents entitled to damages, profits for infringement of trade-mark “Jaguar” only from date of trial Judge’s decision.

Sun World International Inc. v. Parmalat Dairy & Bakery Inc. (F.C.) 120

Trade-marks—Practice—Application to add new ground of opposition to respondent’s statement of opposition—Appellant’s application to register trade-mark “Black Diamond” denied—Act, s. 56 governing appeals to Federal Court from Registrar’s decisions, allowing for filing of new evidence in addition to evidence before Registrar—While

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

marques de commerce deux motifs d’invalidité, soit la diminution de la valeur de l’achalandage et le fait de tromper le public—L’appelante a contrefait la marque de commerce des intimées—Appel accueilli en partie, appel incident accueilli.

Marques de commerce—Radiation—Les intimées réclamaient la radiation de la marque de commerce « Jaguar » de l’appelante en liaison avec des bagages—Le juge de première instance a commis une erreur en radiant la marque de commerce de l’appelante pour usage antérieur alors que le délai de prescription de cinq ans prévu à l’art. 17(2) de la *Loi sur les marques de commerce* était expiré—Il a aussi commis une erreur en radiant l’enregistrement de la marque de commerce de l’appelante au motif qu’elle visait à tromper le public et à l’induire en erreur—Mais comme il existe une probabilité de confusion entre la marque de commerce et les marchandises de l’appelante et celles des intimées depuis 1991, l’enregistrement de la marque de l’appelante était invalide et devait être radié.

Domages-intérêts—Compensatoires—Les intimées soutenaient que la marque de l’appelante leur a causé des dommages-intérêts découlant de la diminution de la valeur de l’achalandage attaché aux marques « Jaguar » se rapportant à des automobiles—Il doit exister un lien, une connexion ou une association dans l’esprit du consommateur entre la marque affichée par l’appelante et les marques de commerce célèbres « Jaguar » des intimées pour qu’on puisse conclure à la dépréciation de l’achalandage—Il faut faire la preuve à tout le moins d’une probabilité de diminution de la valeur—Les intimées ne se sont pas déchargées du fardeau qui leur incombait de démontrer la diminution de la valeur—On ne pouvait inférer qu’il existait une probabilité de diminution de la valeur—Comme l’appelante détenait un enregistrement valide, elle n’était pas passible de dommages-intérêts avant la radiation—Les intimées avaient droit à des dommages-intérêts ou aux profits provenant de la contrefaçon de la marque de commerce « Jaguar » uniquement à compter de la date de la décision du juge de première instance.

Sun World International Inc. c. Parmalat Dairy & Bakery Inc. (C.F.) 120

Marques de commerce—Pratique—Demande afin d’ajouter un nouveau motif d’opposition à la déclaration d’opposition de l’intimée—La demande que l’appelante a présentée en vue de l’enregistrement de la marque de commerce « Black Diamond » a été rejetée—L’art. 56 de la Loi, qui régit les appels interjetés devant la Cour fédérale à l’encontre de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

parties may adduce new evidence on appeal, they may not introduce new issues or both introduce new ground of opposition, file new evidence on new issue—*De novo* exercise of Federal Court’s discretion under Act, s. 56(5) based on parties’ ability to adduce new evidence—Under *Trade-marks Regulations*, s. 40, Act, s. 56(5), Federal Court’s authority to substitute its discretion for that of Registrar not encompassing discretion given exclusively to Registrar to amend statement of opposition—Application dismissed.

Federal Court Jurisdiction—Jurisdiction to amend statement of opposition on appeal from decision of Registrar—Statement of opposition transmitted to Federal Court pursuant to *Trade-marks Act*, s. 60 not “document” within meaning of *Federal Courts Rules* (Rules), r. 75—“Document” under rule, meaning pleading, originating document, or document required to be filed pursuant to *Federal Courts Rules* in Federal Court proceeding—Statement of opposition originating document filed in Canadian Trade-mark office part of record in opposition proceeding—Federal Court not having jurisdiction under rule 75 to amend statement of opposition.

Tomasson v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . 176

Employment Insurance—Judicial review of Umpire’s decision dismissing applicant’s claim for maternity benefits under *Employment Insurance Act*—Applicant, husband adopting two children—Applicant granted parental benefits but denied maternity benefits—Case law on differential treatment between biological, adoptive mothers, legislative history reviewed—Parliament intending to distinguish between two distinct purposes, mother’s recovery from pregnancy, child care by creating two distinct sets of benefits, maternity benefits, parental benefits—Purpose of maternity benefits to protect biological mothers from economic costs of pregnancy, childbirth, not to encourage bonding, attachment—Distinction in favour of pregnant woman legitimate as seeking to accommodate needs in workforce as disadvantaged

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

décisions du registraire, précise qu’il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire—Bien que les parties puissent présenter des preuves additionnelles dans le cadre d’un appel, elles ne peuvent pas introduire de nouvelles questions, introduire un nouveau motif et déposer une nouvelle preuve quant à la nouvelle question—L’exercice de discrétion *de novo* prévu à l’art. 56(5) est fondé sur la capacité des parties à produire une nouvelle preuve—En vertu de l’art. 40 du *Règlement sur les marques de commerce* et de l’art. 56(5) de la Loi, le pouvoir de la Cour fédérale de substituer sa discrétion à celle du registraire ne peut être étendu de manière à englober la discrétion, conférée exclusivement au registraire, d’autoriser la modification d’une déclaration d’opposition—Demande rejetée.

Compétence de la Cour fédérale—Compétence pour autoriser une modification d’une déclaration d’opposition dans un appel interjeté à l’encontre d’une décision du registraire—La déclaration d’opposition transmise à la Cour fédérale en vertu de l’art. 60 de la *Loi sur les marques de commerce* n’était pas un « document » au sens de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles)—En vertu de la règle 75 des Règles, un « document » s’entend d’une plaidoirie, d’un document introductif d’instance ou d’un document qui doit être produit en vertu des Règles dans une instance tenue devant la Cour fédérale—La déclaration d’opposition, un document introductif d’instance qui ne peut être déposé qu’auprès du Bureau des marques de commerce, fait partie du dossier de la procédure d’opposition—La Cour fédérale n’a pas compétence, en vertu de la règle 75, pour autoriser une modification d’une déclaration d’opposition.

Tomasson c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 176

Assurance-emploi—Contrôle judiciaire d’une décision de la juge-arbitre qui a rejeté la demande de prestations de maternité faite par la demanderesse en application de la *Loi sur l’assurance-emploi*—La demanderesse et son mari ont adopté deux enfants—La demanderesse a obtenu des prestations parentales, mais s’est vu refuser des prestations de maternité—Examen de la jurisprudence sur la différence de traitement entre mères biologiques et mères adoptives, et de l’historique de la Loi—L’intention du législateur était de faire la distinction entre deux objets, à savoir le rétablissement de la mère à la suite de la grossesse et de l’accouchement et le soin de l’enfant en instituant deux ensembles de prestations, les prestations de maternité et les prestations parentales—L’objet des prestations de maternité est de soulager les mères

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

goup—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Whether biological, adoptive mothers treated differently under *Employment Insurance Act*, ss. 12, 22, 23, contrary to Charter, s. 15(1)—Impugned provisions making distinction between biological, adoptive mothers, denying equal treatment to both groups—Review of factors set out by Supreme Court of Canada to determine whether legislation discriminatory—No necessity for legislation to correspond perfectly with social reality in order to comply with Charter, s. 15(1)—Maternity benefits created in favour of biological mothers to accommodate disadvantaged group in workplace—Having ameliorative purpose consistent with Charter, s. 15(1)—Exclusion of adoptive mothers from those benefits not undermining s. 15 equality guarantee—Singling out biological mothers for unique benefits arising from fact of pregnancy, childbirth not constituting discrimination—Applicant's rights under Charter, s. 15(1) not violated.

SOMMAIRE (Fin)

biologiques des coûts économiques de la grossesse et de l'accouchement, et non d'encourager la création de liens affectifs—La distinction établie en faveur des femmes enceintes est légitime parce qu'elle vise à répondre à leurs besoins dans le milieu de travail en tant que groupe désavantagé—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Il s'agissait de savoir si les mères biologiques et les mères adoptives sont traitées différemment en vertu des art. 12, 22 et 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi* contrairement à l'art. 15(1) de la Charte—Les dispositions contestées établissent une distinction entre les mères biologiques et les mères adoptives et n'accordent pas l'égalité de traitement aux deux groupes—Examen des facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada pour savoir si une loi est discriminatoire—Il n'est pas nécessaire qu'un texte de loi corresponde toujours parfaitement à la réalité sociale pour être conforme à l'art. 15(1) de la Charte—Les prestations de maternité ont été établies en faveur des mères biologiques afin de répondre aux besoins d'un groupe désavantagé sur le marché du travail—Elles ont un effet d'amélioration qui s'accorde tout à fait avec l'art. 15(1) de la Charte—L'exclusion des mères adoptives de telles prestations ne porte pas atteinte à la garantie d'égalité prévue par l'art. 15—Le versement de prestations spéciales aux seules mères biologiques pour cause de grossesse et d'accouchement ne saurait constituer une discrimination—Les droits de la demanderesse garantis par l'art. 15(1) de la Charte n'ont pas été enfreints.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General), (T-1124-07, T-1105-07, 2007 FC 807, 2007 FC 808) has been affirmed on appeal (A-384-07, A-385-07, 2008 FCA 76), reasons for judgment handed down 26/2/08.

SUPREME COURT OF CANADA

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick v. Canada, [2007] 2 F.C.R. 177 (F.C.A.) has been reversed on appeal (2008 SCC 15). The reasons for judgment handed down 11/4/08, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd., A-274-07, 2007 FCA 359, Sexton and Pelletier J.J.A., judgment dated 6/11/07, leave to appeal to S.C.C. refused 13/3/08.

Guild v. Canada (Attorney General), A-597-06, 2007 FCA 311, Sharlow J.A., judgment dated 2/10/07, leave to appeal to S.C.C. refused 27/3/08.

Khawaja v. Canada (Attorney General), DESA-2-07, 2007 FCA 388, Richard C.J., judgment dated 6/12/07, leave to appeal to S.C.C. refused 3/4/08.

Kindratsky v. Canada (Attorney General), A-46-07, 2007 FCA 332, Nadon J.A., judgment dated 22/10/07, leave to appeal to S.C.C. refused 20/3/08.

Knopf v. Canada (Speaker of the House of Commons), A-402-06, 2007 FCA 308, Trudel J.A., judgment dated 5/11/07, leave to appeal to S.C.C. refused 20/3/08.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, (T-1124-07, T-1105-07, 2007 CF 807, 2007 CF 808) a été confirmée en appel (A-384-07, A-385-07, 2008 CAF 76), les motifs du jugement ayant été prononcés le 26-2-08.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada*, [2007] 2 R.C.F. 177 (C.A.F.) a été infirmé en appel (2008 CSC 15). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 11-4-08, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd., A-274-07, 2007 CAF 359, les juges Sexton et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 6-11-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 13-3-08.

Guild c. Canada (Procureur général), A-597-06, 2007 CAF 311, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 2-10-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-08.

Khawaja c. Canada (Procureur général), DESA-2-07, 2007 CAF 388, le juge en chef Richard, jugement en date du 6-12-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-4-08.

Kindratsky c. Canada (Procureur général), A-46-07, 2007 CAF 332, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 22-10-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-3-08.

Knopf c. Canada (Président de la Chambre des communes), A-402-06, 2007 CAF 308, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 5-11-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-3-08.

Sander Holdings Ltd. v. Canada (Attorney General),
A-127-06, 2007 FCA 322, Nadon J.A., judgment dated
11/10/07, leave to appeal to S.C.C. refused 27/3/08.

Sander Holdings Ltd. c. Canada (Procureur général),
A-127-06, 2007 CAF 322, le juge Nadon, J.C.A.,
jugement en date du 11-10-07, autorisation de pourvoi
à la C.S.C. refusée, 27-3-08.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 2, Part 1

2008, Vol. 2, 1^{er} fascicule

IMM-2669-06
2007 FC 361

IMM-2669-06
2007 CF 361

Lai Cheong Sing and Tsang Ming Na (*Applicants*)

Lai Cheong Sing et Tsang Ming Na (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur*)

INDEXED AS: LAI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: LAI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, March 23; April 5, 2007.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 23 mars; 5 avril 2007.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision rejecting applicants' PRRA application — Officer concluded applicants unlikely to face risk to life, of torture or of cruel and unusual treatment or punishment if returned to China — Chinese government accusing applicants of masterminding massive smuggling, bribery operation, wanting couple to face prosecution in China for alleged crimes — In rejecting refugee claims, Immigration and Refugee Board considering diplomatic note in which Chinese government assuring Canada applicants would not be sentenced to death, tortured for crimes committed before repatriation — Federal Court dismissing judicial review application — Judicial review of refusal of applicants' request to have PRRA completed by other than Minister's delegate dismissed as premature — (1) Even though already stating position on reliability of diplomatic note, Minister not implicitly assessing risk — Minister's dual mandates of intervention, protection during transition period following enactment of IRPA not giving rise to reasonable apprehension of bias so long as each unit acting within mandate — Assurances from Chinese government regarding treatment applicants would receive in China not impacting PRRA officer's decision made five years later — (2) PRRA officer not violating regulatory requirement not to make adverse credibility findings central to decision without hearing — IRPA, s. 113(b) stating hearing to be held in exceptional circumstances; Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 167 listing factors to be considered in decision to hold hearing — Given circumstances, interview not required — (3) PRRA officer not erring in concluding diplomatic note encompassing conditional, suspended death penalty — Officer considering all evidence, including Chinese criminal legislation — Since note indicating Chinese authorities wanted to reassure Canadian government applicants would not be put to death, not patently unreasonable for PRRA officer to conclude

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a rejeté la demande d'ERAR des demandeurs — L'agente a conclu qu'il était peu probable que les demandeurs soient exposés à une menace à leur vie, à un risque de torture ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s'ils retournaient en Chine — Le gouvernement chinois a accusé les demandeurs d'avoir orchestré une opération de grande envergure de corruption et de contrebande et il souhaite que les demandeurs rentrent en Chine pour répondre en justice des crimes qui leur sont reprochés — Lorsqu'elle a rejeté les revendications du statut de réfugié, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a pris en considération une note diplomatique dans laquelle la Chine s'est engagée envers le Canada à ne pas condamner les demandeurs à la peine de mort et à ne pas les assujettir à la torture pour les crimes commis avant leur rapatriement — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire — La demande de contrôle judiciaire de la décision rejetant la demande des demandeurs pour que l'ERAR soit effectué par quelqu'un d'autre qu'un délégué du ministre a été rejetée au motif qu'elle était prématurée — 1) Même s'il s'était déjà prononcé sur la fiabilité de la note diplomatique, le ministre ne s'était pas livré implicitement à une évaluation des risques — Le double mandat d'intervention et de protection dont était investi le ministre pendant la période de transition qui a suivi l'adoption de la LIPR n'a pas donné lieu à une crainte raisonnable de partialité dans la mesure où chacune des unités administratives a respecté le cadre du mandat — Les assurances données par le gouvernement chinois quant au traitement réservé aux demandeurs en Chine n'influençait pas la décision que l'agente d'ERAR a prise cinq ans plus tard — 2) L'agente d'ERAR n'a pas violé l'obligation réglementaire qui lui interdisait de tirer des conclusions défavorables au sujet de la crédibilité sans avoir tenu une audience — L'art. 113b) de la LIPR précise qu'une audience doit être tenue

wording of assurances not “sinister” or “suspect” — (4) Conclusion assurances reliable given applicants’ notoriety patently unreasonable with respect to assurances against torture — PRRA officer failing to consider growing consensus diplomatic assurances should not be sought when practice of torture systematic as in China — Also failed to determine whether assurances met some essential requirements to be effective, meaningful — (5) PRRA officer did make findings about fair trial issue even though not distinct — Reviewing extensive evidence, concluding no evidence applicants’ trial in China would be highly politicized, lacking in fairness — Application allowed.

dans des circonstances exceptionnelles; l’art. 167 du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) énumère les facteurs dont il y a lieu de tenir compte pour prendre une décision à cet égard — Une entrevue n’était pas nécessaire compte tenu des circonstances — 3) L’agente d’ERAR n’a pas commis d’erreur en concluant que la note diplomatique englobait la peine de mort conditionnelle ou la condamnation à mort avec sursis — L’agente a pris en considération tous les éléments de preuve, dont les lois pénales de la Chine — Comme la note précisait que les autorités chinoises voulaient rassurer le gouvernement canadien que les demandeurs ne seraient pas mis à mort, il n’était pas manifestement déraisonnable de la part de l’agente d’ERAR de conclure qu’il n’y avait rien de « sinistre » ou de « suspect » dans la façon dont étaient formulées les assurances — 4) La conclusion selon laquelle les assurances étaient fiables en raison de la notoriété dont jouissaient les demandeurs était manifestement déraisonnable dans le cas des assurances données au sujet de la torture — L’agente d’ERAR n’a pas tenu compte du fait que l’on s’accorde de plus en plus pour dire que l’on ne devrait pas demander des assurances diplomatiques lorsque le recours à la torture est systématique comme c’est le cas en Chine — En outre, elle n’a pas déterminé si les assurances satisfaisaient aux conditions essentielles à remplir pour avoir un sens et pouvoir être considérées comme fiables — 5) L’agente d’ERAR a bel et bien tiré certaines conclusions au sujet de l’équité du procès, bien qu’elles n’aient pas été présentées de façon distincte — Après avoir examiné une preuve abondante, l’agente a conclu que rien n’indiquait que le procès des demandeurs en Chine serait hautement politisé et inéquitable — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a pre-removal risk assessment (PRRA) officer’s decision rejecting the applicants’ PRRA application based on her conclusion that the applicants were unlikely to face a risk to life, of torture or of cruel and unusual treatment or punishment if returned to the People’s Republic of China in accordance with section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The Chinese government accused the applicants of masterminding a massive smuggling and bribery operation and wants the couple returned home to face prosecution for their alleged crimes. Although the applicants were never charged with any crimes in China, they came to Canada and in June 2000 claimed refugee status. The applicants argued before the Immigration and Refugee Board (Board) that they would not get a fair trial because of China’s highly politicized judicial system. The Board found that the applicants were excluded from claiming refugee status under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Convention) because they were considered to have committed a serious non-political crime outside their country of refuge. The Board considered a diplomatic note in which China gave

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’agente d’examen des risques avant renvoi (ERAR) a rejeté la demande d’ERAR des demandeurs parce qu’elle a conclu qu’il était peu probable que les demandeurs soient exposés à une menace à leur vie, à un risque de torture ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s’ils retournaient en République populaire de Chine conformément à l’article 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). Le gouvernement chinois a accusé les demandeurs d’avoir orchestré une opération de grande envergure de corruption et de contrebande et il souhaite que les demandeurs rentrent en Chine pour répondre en justice des crimes qui leur sont reprochés. Bien que les demandeurs n’aient jamais été accusés d’aucun crime en Chine, ils sont venus au Canada et ont revendiqué le statut de réfugié en juin 2000. Devant la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission), les demandeurs ont affirmé qu’ils ne pourraient pas obtenir un procès équitable en raison du système judiciaire chinois hautement politisé. La Commission a conclu que les demandeurs ne pouvaient demander la qualité de réfugiés en application de la

assurances to Canada that it would not sentence the applicants to death or torture them for crimes they had committed before their repatriation. The Board concluded that this note was reliable and gave credence to it. The Federal Court dismissed the application for judicial review.

The applicants applied for a PRRA but submitted that it should be determined by someone other than a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration who had argued in favour of the note's reliability. The Federal Court dismissed their application for judicial review of the decision that they had to submit their PRRA application to the Minister as premature. After the applicants' PRRA was rejected, the Federal Court granted them a stay of removal.

The issues were: (1) whether the Minister's PRRA decision raised a reasonable apprehension of bias; (2) whether the PRRA officer violated the regulatory requirement not to make adverse credibility findings central to the decision without a hearing; (3) whether the PRRA officer erred in concluding that the diplomatic assurance from China regarding the death penalty encompasses a conditional death sentence; (4) whether the Supreme Court decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (*Suresh*) applies where there is some evidence of generalized resort to torture in the foreign state or only where there is evidence reasonably indicating resort to torture in similar cases and whether the PRRA officer erred in concluding that the diplomatic assurances from China on torture are reliable in the absence of any mechanism providing for verification of compliance; and (5) whether the PRRA officer erred by making no finding about whether the applicants would receive a fair trial in China.

Held, the application should be allowed.

(1) Even though the Minister had already determined that the diplomatic note from the Chinese authorities was satisfactory and reliable when she testified at the applicants' refugee hearing, the Minister was not implicitly assessing risk. During the transition period following the IRPA's enactment, the Minister had the power to intervene at Board hearings and

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (la Convention) parce qu'ils étaient considérés avoir commis un crime grave de droit commun à l'extérieur de leur pays de refuge. La Commission a pris en considération une note diplomatique dans laquelle la Chine s'est engagée envers le Canada à ne pas condamner les demandeurs à la peine de mort et à ne pas les assujettir à la torture pour des crimes qu'ils avaient commis avant leur rapatriement. La Commission a conclu que cette note était fiable et lui a donné de la crédibilité. La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

Les demandeurs ont présenté une demande d'ERAR, mais ils ont fait valoir que l'ERAR devait être effectué par quelqu'un d'autre qu'un délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, qui s'était déjà prononcé en faveur de la fiabilité de la note diplomatique. L'estimant prématurée, la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision obligeant les demandeurs à soumettre leur demande d'ERAR au ministre. Après le rejet de la demande d'ERAR des demandeurs, la Cour fédérale a sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre eux.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si : 1) la décision d'ERAR du ministre suscitait une crainte raisonnable de partialité; 2) l'agente d'ERAR a violé l'obligation réglementaire qui lui interdisait de tirer des conclusions défavorables au sujet de la crédibilité sans avoir tenu une audience; 3) l'agente d'ERAR a commis une erreur en concluant que les assurances diplomatiques données par la Chine au sujet de la peine de mort visaient aussi les peines de mort conditionnelles ; 4) la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (*Suresh*) s'applique lorsqu'il y a certains éléments de preuve qui font état d'un recours généralisé à la torture dans l'État étranger en question ou si elle ne s'applique que lorsqu'il existe des éléments de preuve indiquant raisonnablement un recours à la torture dans des cas semblables; et si l'agente d'ERAR a commis une erreur en concluant que les assurances diplomatiques de la Chine au sujet de la torture sont fiables malgré le défaut de mécanisme permettant d'en vérifier l'observation; et 5) l'agente d'ERAR a commis une erreur en ne tirant pas de conclusion sur la question de savoir si les demandeurs bénéficieraient d'un procès équitable en Chine.

Jugement : la demande doit être accueillie.

1) Même s'il avait déjà décidé que la note diplomatique émanant des autorités chinoises était satisfaisante et fiable lorsqu'il a témoigné pendant l'audience concernant le statut de réfugié des demandeurs, le ministre ne se livrait pas implicitement à une évaluation des risques. Au cours de la période de transition qui a suivi l'entrée en vigueur de la

the power to protect by deciding PRRA applications. The assurances and clarifications the Canadian government sought from the Chinese government regarding its expectations if the applicant were to be returned to China could not impact the PRRA officer's decision. The assurances were given five years prior to the PRRA officer's section 97 risk assessment and therefore a fully informed person would not find a reasonable apprehension of bias based on the historical communications that resulted in the diplomatic note. According to the Immigration Manual on pre-removal risk assessment, PRRA officers are expected to analyze the case, weigh all of the evidence and balance the treatment they have given to the evidence considered. Their research should be fresh and show that the individual case has been addressed, which is precisely what the PRRA officer did. The Minister's dual mandates of intervention and protection in 2001 did not give rise to a reasonable apprehension of institutional bias so long as each unit acted within its statutory mandate. PRRA officers are professional decision makers and there was no reason to believe that the PRRA officer here did not look at all the evidence that was available to her, even assuming the diplomatic note was a key aspect of the risk assessment. Therefore, a fair-minded person well apprised of the facts and having thought the matter through would not likely think that the PRRA officer would not decide the applicants' matter fairly.

(2) Paragraph 113(b) of the IRPA clearly states that a hearing is required to be held in exceptional circumstances and section 167 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) lists the factors to be considered. Given the circumstances, an interview was not required. The applicant could not have testified on the basis of her sister's affidavit. And it was the Minister's absolute prerogative not to cross-examine on the other affidavit filed in support. The applicants failed to produce evidence to cure a perceived evidentiary deficiency. Moreover, the applicants' credibility was not the determining issue in the PRRA decision since it was found that the risk of torture to the applicants had not been established on objective evidence, particularly in light of the diplomatic note. Therefore, the officer did not breach section 167 of the Regulations by failing to conduct an oral hearing with the applicants to discuss their two affidavits.

(3) Were it not for the diplomatic assurances, removing the male applicant to China would subject him to a risk to his life.

LIPR, le ministre avait le pouvoir d'intervenir au cours des audiences de la Commission ainsi que le pouvoir de trancher les demandes d'ERAR. Les assurances et les éclaircissements que le gouvernement canadien a réclamés au gouvernement chinois quant à ses attentes si le demandeur devait retourner en Chine ne pouvaient pas influencer la décision de l'agente d'ERAR. Les assurances ont été données cinq ans avant la conclusion concernant les risques que l'agente d'ERAR a tirée en vertu de l'article 97 et, par conséquent, la personne bien renseignée ne conclurait pas à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité sur le fondement des communications historiques ayant abouti à la rédaction de la note diplomatique. Selon le Guide d'ERAR, les agents d'ERAR doivent analyser le dossier, apprécier l'ensemble de la preuve et considérer équitablement les éléments de preuve examinés. La recherche doit être récente et démontrer que l'agent a étudié un dossier précis, ce qui est précisément ce que l'agente d'ERAR a fait. Le double mandat d'intervention et de protection dont était investi le ministre en 2001 n'a pas donné lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle dans la mesure où chacune des unités administratives a respecté le cadre du mandat que la loi lui confère. Les agents d'ERAR sont des décideurs professionnels et il n'y avait aucune raison de croire que l'agente d'ERAR en l'espèce n'a pas pris en considération l'ensemble de la preuve dont elle disposait, même en supposant que la note diplomatique constituait un élément clé de l'évaluation des risques. Par conséquent, une personne sensée qui serait bien au courant des faits et qui étudierait la question en profondeur penserait qu'il est plus probable qu'improbable que l'agente d'ERAR ne trancherait pas la question de façon équitable.

2) L'alinéa 113b) de la LIPR précise bien qu'une audience doit être tenue dans certaines circonstances exceptionnelles et l'article 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) énumère les facteurs dont il y a lieu de tenir compte. Une entrevue n'était pas nécessaire compte tenu des circonstances. La demanderesse n'aurait pas pu témoigner sur la foi de l'affidavit de sa sœur et le ministre avait le droit le plus strict de ne pas procéder à un contre-interrogatoire au sujet de l'autre affidavit produit à l'appui. Les demandeurs n'ont pas produit d'éléments de preuve pour corriger une lacune perçue dans leur preuve. Qui plus est, la crédibilité des demandeurs n'était pas la question déterminante dans la décision d'ERAR puisque l'agente a déterminé que le risque de torture auquel les demandeurs étaient exposés n'avait pas été établi sur le fondement d'éléments de preuve objective, à la lumière notamment de la note diplomatique. Par conséquent, l'agente n'a pas contrevenu à l'article 167 du Règlement en n'accordant pas d'audience aux demandeurs pour discuter des deux affidavits.

3) N'eurent été les assurances diplomatiques, le renvoi du demandeur en Chine l'exposerait à une menace à sa vie. Les

The applicants argued that the PRRA officer erred by failing to address whether the note encompasses a conditional death penalty. They also argued, for the first time, that a suspended death sentence amounts to cruel and unusual treatment or punishment even if the person is never executed. The PRRA officer found that the note ruled out the imposition of the death penalty and that neither applicant would face either the death penalty or a suspended death sentence. The PRRA officer's reasons reveal that she was alert to the wording of the *Criminal Law of the People's Republic of China*. The death penalty assurance explains that the Supreme People's Court has decided not to impose the death penalty on either of the applicants "for all crimes they may have committed before their return back to China." As a first step to implementing the assurance, the Supreme People's Court will inform the lower courts not to impose the death penalty on the applicants for their alleged crimes, but if they do, the second safeguard is that the Supreme People's Court will not approve the death penalty execution in this case. The applicants argued that conditional or suspended death sentences are reviewed by the Higher People's Court and that if they were to refuse to confess to their crimes or implicate people according to the Chinese government's wishes, this would be considered a crime committed after repatriation and thus not be covered by the diplomatic note. Chinese law makes it clear that the Supreme People's Court must approve all death sentences, including conditional death sentences when they are to be executed. Unless a person commits an intentional crime during the suspension period, the death penalty is automatically commuted to life imprisonment. There was evidence before the PRRA officer that a person refusing to confess does not commit a further crime. Also, a fair reading of the note taken in its totality clearly indicates that the Chinese authorities wanted to reassure the Canadian government that the applicants would not be put to death under any circumstances for any crimes committed before their repatriation. Therefore, it was not patently unreasonable for the PRRA officer to conclude there was nothing "sinister" or "suspect" about how the assurance against the death penalty was worded.

As for the argument that imposing a conditional death sentence is cruel and unusual punishment, the PRRA officer could not be faulted for failing to consider arguments that were not put to her. Also, she never considered whether the imposition of a conditional death sentence amounted to a threat to life, torture or cruel and unusual treatment or punishment because she concluded the note did not allow

demandeurs ont soutenu que l'agente d'ERAR a commis une erreur en n'abordant pas la question de savoir si la note diplomatique englobait la peine de mort conditionnelle. Ils ont aussi affirmé, pour la première fois, qu'une condamnation à mort avec sursis équivaut à un traitement ou une peine cruel et inusité même si l'intéressé n'est jamais exécuté. L'agente d'ERAR a constaté que la note excluait la condamnation à mort et qu'aucun des demandeurs ne serait exposé à la peine de mort ou à une condamnation à mort avec sursis. Il ressort des motifs de l'agente d'ERAR qu'elle était consciente du libellé du *Code pénal de la République populaire de Chine*. Les assurances données au sujet de la peine de mort précisent que la Cour populaire suprême a décidé de ne pas condamner l'un ou l'autre des demandeurs à mort [TRADUCTION] « pour tous les crimes qu'il peut avoir commis avant son rapatriement ». Pour donner suite à ces assurances, la Cour populaire suprême informera, dans un premier temps, les tribunaux inférieurs de cette décision de ne pas condamner les demandeurs à mort pour les crimes qui leur sont reprochés. Dans un deuxième temps, la Cour populaire suprême s'engage à ne pas confirmer le verdict de tout tribunal inférieur qui prononcerait une condamnation à mort. Les demandeurs ont fait valoir que c'est la Cour populaire supérieure qui est chargée de réviser les peines de mort conditionnelles ou les condamnations à mort avec sursis et s'ils refusent de passer aux aveux ou d'impliquer des gens pour répondre aux souhaits du gouvernement chinois, ces agissements seraient considérés un crime commis après le rapatriement et ne seraient donc pas visés par la note diplomatique. Il ressort clairement du droit chinois que la Cour populaire suprême doit approuver toutes les peines de mort, y compris les condamnations à mort conditionnelles, qui doivent être exécutées. À moins qu'une personne ne commette un crime intentionnel au cours de la période de son sursis, la peine de mort est automatiquement commuée en peine d'emprisonnement à perpétuité. L'agente d'ERAR disposait d'éléments de preuve suivant lesquels la personne qui refuse de passer aux aveux ne commet pas un crime. En outre, une interprétation juste de la note, prise dans son ensemble, démontre clairement que les autorités chinoises voulaient rassurer le gouvernement canadien que les demandeurs ne seraient dans aucun cas mis à mort pour tout crime commis avant leur rapatriement. Il n'était donc pas manifestement déraisonnable de la part de l'agente d'ERAR de conclure qu'il n'y avait rien de « sinistre » ou de « suspect » dans la façon dont étaient formulées les assurances données au sujet de la peine de mort.

Quant à l'argument valant que condamner les demandeurs à la peine de mort sous condition constitue une peine cruelle et inusitée, on ne saurait reprocher à l'agente d'ERAR de ne pas avoir tenu compte d'arguments qui ne lui ont pas été présentés. De même, l'agente d'ERAR ne s'est jamais penchée sur la question de savoir si l'imposition d'une peine de mort conditionnelle équivaudrait à une menace à la vie, à de la

Chinese authorities to impose a suspended execution sentence. The applicants could not experience any psychological trauma associated with awaiting an execution which may or may not arrive once it was accepted that the assurances foreclosed any likelihood of a death sentence being carried out. Therefore, the PRRA officer's conclusion on this argument and on the assurance against the death penalty did not amount to a patently unreasonable finding.

(4) In *Suresh*, the Supreme Court of Canada never contemplated that an assurance must only be independently assessed on certain conditions and cautioned the Minister to distinguish between assurances against the death penalty and those against torture. There is absolutely no indication that caution is warranted only when torture is allegedly used against similarly situated individuals. Nonetheless, the PRRA officer in this case did conduct a separate assessment of the assurance against torture even though she referred to many overlapping factors in assessing the assurance against the death penalty and that against torture. However, the conclusion that the assurances against both torture and death were reliable given the applicants' notoriety was an error with respect to the assurance against torture.

The PRRA Manual dealing with the procedure for making the assessment on torture states that there must be objective risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment; that the risk must be personalized to the individual and that the assessment may be based on past events but is forward looking. The applicants argued *inter alia* that since others involved in the case had been tortured and coerced into making confessions, they feared the same fate. They also relied on China's human rights record and other examples of torture and mistreatment in China. The officer considered each of the applicants' claims and was not satisfied that the applicants faced a forward-looking risk of torture or mistreatment if returned to China. The applicants' complaint was based on the weight the officer assigned to the evidence.

It appears from the structure of the officer's reasoning that she balanced evidence of the widespread use of torture in China against the assurances, concluding the applicants would not be tortured because of the assurance. The officer's final summary of her findings clearly shows that she attached great

torture ou à un traitement ou une peine cruel et inusité parce qu'elle a conclu que la note ne permettait pas aux autorités chinoises de condamner à la peine de mort avec sursis. Les demandeurs ne pouvaient pas souffrir de traumatisme psychologique associé à l'attente d'une exécution qui pourrait ou non arriver, dès lors que l'on accepte que les assurances données excluent toute probabilité que la peine de mort soit exécutée. Par conséquent, la conclusion tirée par l'agente d'ERAR sur cet argument et au sujet des assurances données en ce qui concerne la peine de mort ne saurait être qualifiée de conclusion manifestement déraisonnable.

4) Dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême du Canada n'a jamais envisagé que des assurances devaient impérativement être évaluées de façon indépendante et soumises à certaines conditions et elle a invité le ministre à opérer une distinction entre les assurances portant sur la peine de mort et celles portant sur la torture. Il n'y avait absolument rien qui justifiait de faire preuve de prudence uniquement dans les cas où les victimes de la torture seraient des personnes se trouvant dans la même situation. Néanmoins, l'agente d'ERAR en l'espèce a effectivement évalué séparément les assurances données au sujet de la torture même si elle a mentionné divers facteurs qui se chevauchent pour évaluer les assurances données au sujet de la peine de mort et celles données au sujet de la torture. Cependant, la conclusion selon laquelle les assurances données tant en ce qui concerne la torture que la peine de mort étaient fiables en raison de la notoriété dont jouissaient les demandeurs était erronée dans le cas des assurances données au sujet de la torture.

Le Guide d'ERAR portant sur la procédure à suivre pour analyser le risque de torture précise qu'il doit y avoir une menace objective à la vie ou un danger objectif de traitements ou peines cruels et inusités, que ce danger doit être inhérent à la personne et que l'examen peut porter sur des faits antérieurs mais axés sur l'avenir. Les demandeurs ont soutenu, entre autres, que comme d'autres individus impliqués dans l'affaire ont été torturés et forcés de passer aux aveux, ils craignaient de subir le même sort. Il ont aussi invoqué les antécédents de la Chine en matière de respect des droits de la personne et d'autres cas de torture et de mauvais traitements dans ce pays. L'agente a examiné à tour de rôle ces prétentions et a estimé que la preuve ne la convainquait pas que les demandeurs seraient exposés à l'avenir à un risque de torture ou de mauvais traitements s'ils retournaient en Chine. La plainte des demandeurs reposait sur la valeur que l'agente a accordé aux éléments de preuve.

Il ressort de la structure du raisonnement de l'agente que celle-ci a mis en balance les éléments de preuve relatifs au recours généralisé à la torture en Chine avec les assurances qui avaient été données, concluant que les demandeurs ne seraient pas torturés sur la foi de ces assurances. Le résumé final des

weight to the assurances and their reliability against torture. She was well aware of the flaws and pitfalls inherent in diplomatic assurances and of the criticisms and warnings leveled by a number of human rights organizations with respect thereto. Although the officer also noted the essential argument against diplomatic assurances that they are in and of themselves an acknowledgment that a risk of torture exists in the receiving country, she found nevertheless that all these considerations were offset by the international publicity surrounding the applicants' case. At the end of the day, she was swayed by her assumption that the applicants' would be protected by their own notoriety and this was a recurrent theme in her reasons. This is precisely where she erred.

Despite the fact that, absent clear legal rules, the decision to seek and obtain diplomatic assurances in any given case and to rely on them to assess section 97 IRPA risks is a policy decision that is not reviewable by the courts, the officer did not address two major flaws the applicants raised on the basis of the same reports she cited in her decision. The first was the growing consensus that diplomatic assurances should not be sought when the practice of torture is sufficiently systematic or widespread. The officer acknowledged numerous reports stating that the use of torture in China is still widespread but failed to assess whether it was appropriate to rely on diplomatic assurances at all from the Government of China, an analysis that was simply not engaged. This was in itself patently unreasonable. Secondly, an assurance should at the very least fulfill some essential requirements to ensure that it is effective and meaningful. Unlike the death penalty, torture is practised behind closed doors and is denied by the states where it occurs. Even monitoring mechanisms have proven problematic since, for example, people who have suffered torture or other ill-treatment are often too fearful of retaliation to speak out. The officer therefore erred by failing to determine whether the assurances met the essential requirements to make them meaningful and reliable and by simply relying on the fact that the applicants' notoriety would protect them. This conclusion was patently unreasonable. For torture to become known, some compliance and verification mechanisms would have to be in place (i.e. effective monitoring systems by independent organizations). Therefore, notoriety would be of no avail to the applicants if torture is practised without anybody every knowing it.

conclusions de l'agente démontre clairement que cette dernière a accordé beaucoup de poids aux assurances et à leur fiabilité en ce qui concerne la torture. Elle était bien consciente des lacunes et des embûches inhérentes aux assurances diplomatiques ainsi que des critiques et des mises en garde formulées par plusieurs organisations de défense des droits de la personne relativement à l'utilisation de ces notes. Bien que l'agente ait aussi mentionné l'argument essentiel invoqué contre les assurances diplomatiques selon lequel elles constituent en elles-mêmes une reconnaissance de l'existence d'un risque de torture dans le pays d'accueil, elle a néanmoins estimé que ces considérations étaient contrebalancées par la publicité internationale entourant l'affaire des demandeurs. Au bout du compte, l'agente d'ERAR était influencée par son hypothèse que les demandeurs seraient protégés par leur propre notoriété et il s'agissait d'ailleurs d'un thème qui revenait constamment dans ses motifs. C'est précisément sur ce point qu'elle s'est méprise.

Bien que, à défaut de règles de droit claires, la décision consistant à demander et à obtenir des assurances diplomatiques dans un cas déterminé et de s'y fier pour évaluer les risques prévus à l'article 97 de la LIPR soit une décision de principe qui échappe au pouvoir de contrôle des tribunaux, l'agente a omis d'aborder deux graves lacunes que les demandeurs ont signalées en se fondant sur les mêmes rapports que ceux cités par l'agente dans sa décision. La première a trait au fait que l'on s'accorde de plus en plus pour dire que l'on ne devrait pas demander des assurances diplomatiques lorsque le recours à la torture est suffisamment systématique ou généralisé. L'agente a reconnu que de nombreux rapports confirmaient que le recours à la torture est encore répandu en Chine, mais elle ne s'est toutefois pas demandée s'il y avait lieu d'ajouter foi aux assurances diplomatiques données par le gouvernement chinois; elle ne s'est tout simplement pas livrée à cette analyse. Cela était, en soi, manifestement déraisonnable. Deuxièmement, une assurance devrait à tout le moins répondre à certaines exigences pour être efficace et avoir un sens. Contrairement à la peine de mort, la torture est pratiquée en secret et les États où elle a lieu nient son existence. Même les mécanismes de surveillance se sont avérés problématiques car, par exemple, les victimes de torture ou de mauvais traitements hésitent souvent à dénoncer les exactions par crainte de représailles. L'agente a donc commis une erreur en ne déterminant pas si les assurances satisfaisaient aux conditions essentielles à remplir pour avoir un sens et pouvoir être considérées comme fiables et en se contentant d'écrire que la notoriété des demandeurs les protégerait. Cette conclusion était manifestement déraisonnable. Pour que l'on sache si des tortures ont été exercées, il faut qu'il existe des mécanismes de contrôle et de vérification (p. ex. des systèmes de surveillance efficaces appliqués par des organisations indépendantes). En

(5) The officer did make some findings about the fair trial issue even though they were not necessarily isolated in their own particular section. The officer reviewed some specific trials of others involved in the applicants' companies and commented that none were prevented from obtaining defence counsel who in turn were not constrained in representing their clients. She also looked at the manner in which evidence was obtained in those prosecutions and noted that there was no evidence that the government of China plans to use tainted evidence against the applicants when they are brought to trial in China. Based on the extensive evidence reviewed, she was entitled to come to these findings. It was also quite clear from her reasons that she rejected the notion that the applicants would not get a fair trial. While she accepted that the Chinese legal system is indeed defective in many ways and falls short of international standards, she refused to draw the inference that the applicants would therefore be subjected to a risk of cruel and unusual treatment. She looked at the applicants' situation specifically and found that, as others charged in the smuggling case had received, mainly due process and fair trials, the applicants would face a trial of similar nature and they would not be put at risk. Finally, the applicants' submission that their criminal trial would be highly politicized and lacking in fairness was also addressed by the officer who, after duly considering it in her reasons, rejected it unequivocally. Therefore, the officer's finding on the nature of the trial the applicants would face was not patently unreasonable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.
- Criminal Law of the People's Republic of China*, Art. 50, 151, 153, 306, 310, 389.
- Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*, Art. 199, 201, 210.

conséquence, si la torture est pratiquée à l'insu de tous, les demandeurs ne pourront en invoquer la notoriété.

5) L'agente a bel et bien tiré certaines conclusions au sujet de l'équité du procès, bien qu'elle ne les ait pas nécessairement regroupées sous la même rubrique. L'agente a examiné le procès de certaines des personnes impliquées dans l'affaire des sociétés des demandeurs et a conclu que rien n'a empêché ces personnes de retenir les services d'un avocat de la défense et que rien n'a empêché les avocats de la défense de représenter leurs clients. L'agente a également examiné la manière dont les éléments de preuve avaient été obtenus dans ces procès et a constaté qu'aucun élément de preuve ne démontrait que le gouvernement chinois avait l'intention d'utiliser des éléments de preuve obtenus illégalement contre les demandeurs lorsqu'ils seront traduits en justice en Chine. Sur le fondement de la preuve abondante qu'elle a examinée, l'agente avait le droit de tirer ces conclusions. Il ressort clairement de ses motifs qu'elle a écarté l'idée que les demandeurs ne pourraient bénéficier d'un procès équitable. Tout en admettant que le système judiciaire chinois comporte de nombreuses lacunes et qu'il ne répond pas aux normes internationales, elle a refusé d'en inférer que les demandeurs seraient donc exposés au risque de traitements cruels et inusités. Elle a examiné la situation particulière des demandeurs et a conclu que, comme les autres personnes accusées dans le cadre de l'affaire du réseau de contrebande avait bénéficié, dans l'ensemble, de l'application régulière de la loi et de procès équitables, les demandeurs auraient un procès de la même nature et ils ne seraient exposés à aucun risque. Enfin, l'agente a dûment examiné et a rejeté de façon non équivoque l'argument des demandeurs selon lequel leur procès criminel serait très politisé et inéquitable. Par conséquent, la conclusion tirée par l'agente au sujet de la nature du procès que subiraient les demandeurs n'était pas manifestement déraisonnable.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).
- Criminal Law of the People's Republic of China*, Art. 50, 151, 153, 306, 310, 389.
- Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*, Art. 199, 201, 210.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 6(2), 96, 97, 112, 113(b), 114(2),(3).

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 167.

Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.

International Covenant on Civil and Political Rights, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.

Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 18, 2002, UN GA A/RES/57/199.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005), 30 Admin. L.R. (4th) 131; 272 F.T.R. 62; 44 Imm. L.R. (3d) 201; 2005 FC 437; *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; *Say v. Canada (Solicitor General)*, [2006] 1 F.C.R. 532; (2005), 274 F.T.R. 172; 46 Imm. L.R. (3d) 255; 2005 FC 739; affd (2005), 50 Imm. L.R. (3d) 159; 345 N.R. 340; 2005 FCA 422; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, [2002] 1 F.C. 200; (2001), 206 D.L.R. (4th) 727; 19 Imm. L.R. (3d) 199; 278 N.R. 127; 2001 FCA 311.

CONSIDERED:

Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 179; *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 606; 332 N.R. 344; 2005 FCA 125; leave to appeal to S.C.C. refused [2005] S.C.C.A. No. 298 (QL); *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 141 C.R.R. (2d) 37; 54 Imm. L.R. (3d) 255; 2006 FC 473; *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 672; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1; *R. v.*

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

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)(d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 6(2), 96, 97, 112, 113(b), 114(2),(3).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.

Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 18 décembre 2002, AG NU A/RES/57/199.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 167.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 437; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Say c. Canada (Solliciteur général)*, [2006] 1 R.C.F. 532; 2005 CF 739; conf. par 2005 CAF 422; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, [2002] 1 C.F. 200; 2001 CAF 311.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 179; *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 125; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] S.C.C.A. n° 298 (QL); *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 473; *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 672; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

Smith (Edward Dewey), [1987] 1 S.C.R. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321.

REFERRED TO:

Wai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FC 364; *Figurado v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 4 F.C.R. 387; (2005), 28 Admin. L.R. (4th) 82; 262 F.T.R. 219; 46 Imm. L.R. (3d) 56; 2005 FC 347; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392; (2005), 263 D.L.R. (4th) 113; 44 Admin. L.R. (4th) 4; 344 N.R. 257; 2005 FCA 404; *Chir v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 765; *Arthur v. Canada (Attorney General)* (2001), 283 N.R. 346; 2001 FCA 223; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283; (2001), 195 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 148 B.C.A.C. 1; 85 B.C.L.R. (3d) 1; 151 C.C.C. (3d) 97; 39 C.R. (5th) 205; 81 C.R.R. (2d) 1; 265 N.R. 212; 2001 SCC 7; *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238; (1976), 66 D.L.R. (3d) 660; [1976] 3 W.W.R. 536; 28 C.C.C. (2d) 279; 8 N.R. 47; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575; (2001), 206 D.L.R. (4th) 444; 159 C.C.C. (3d) 321; 57 C.R. (5th) 316; 88 C.R.R. (2d) 189; 279 N.R. 345; 154 O.A.C. 345; 2001 SCC 81; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Bath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1207 (T.D.) (QL); *Singh v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 159; *Magtibay v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 271 F.T.R. 153; 2005 FC 397; *Aung v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 82; *Buttar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1281; *Nur v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 636; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Choubak* (2006), 291 F.T.R. 129; 54 Imm. L.R. (3d) 308; 2006 FC 521; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72; (2002), 208 D.L.R. (4th) 57; 90 C.R.R. (2d) 47; 18 Imm. L.R. (3d) 175; 280 N.R. 201; 2002 SCC 2; *Varga v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 3; (2006), 277 D.L.R. (4th) 762; 57 Imm. L.R. (3d) 159; 357 N.R. 333; 2006 FCA 394; *Thailand v. Saxena* (2006), 265 D.L.R. (4th) 55; 224 B.C.A.C. 43; 207 C.C.C. (3d) 106; 2006 BCCA 98; *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 59 Imm. L.R. (3d) 257; 2006 FC 1503; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20.

DÉCISIONS CITÉES :

Wai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 364; *Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 4 R.C.F. 387; 2005 CF 347; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392; 2005 CAF 404; *Chir c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 765; *Arthur c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 223; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; 2001 CSC 7; *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575; 2001 CSC 81; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Bath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1207 (1^{re} inst.) (QL); *Singh c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 159; *Magtibay c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 397; *Aung c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 82; *Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1281; *Nur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 636; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Choubak*, 2006 CF 521; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72; 2002 CSC 2; *Varga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 3; 2006 CAF 394; *Thailand v. Saxena* (2006), 265 D.L.R. (4th) 55; 224 B.C.A.C. 43; 207 C.C.C. (3d) 106; 2006 BCCA 98; *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1503; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20.

AUTHORS CITED

- Amnesty International, Human Rights Watch, International Commission of Jurists. “Reject rather than Regulate: Call on Council of Europe Member States not to Establish Minimum Standards for the Use of Diplomatic Assurances in Transfers to Risk of Torture and Other Ill-treatment”, 2 December 2005. AI Index: IOR/61/025/2005.
- Citizenship and Immigration Canada. *Immigration Manual: Protected Persons (PP)*. Chapter PP 3: Pre-removal Risk Assessment (PRRA). Ottawa: Citizenship and Immigration, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/pp/pp03e.pdf>>
- “Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture” (2005), 17 *Human Rights Watch* No. 4(D)
- United Nations General Assembly. *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc. A/59/324 (September 1, 2004).
- United Nations General Assembly. *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc. A/60/316 (August 30, 2005).
- United Nations High Commissioner for Human Rights. *Human Rights Day — Statement by UN High Commissioner for Human Rights Louise Arbour on Terrorists and Torturers*, New York, 7 December, 2005.
- U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices — 2005, China*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, March 8, 2006.

APPLICATION for judicial review of a decision of a pre-removal risk assessment officer’s decision rejecting the applicants pre-removal risk assessment application on the ground that the applicants were unlikely to face a risk to life, of torture or of cruel and unusual treatment or punishment if returned to the People’s Republic of China. Application allowed.

APPEARANCES:

David Matas for applicants.
Esta Resnick for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

David Matas, Winnipeg, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DOCTRINE CITÉE

- Amnesty International, Human Rights Watch, International Commission of Jurists. « Reject rather than Regulate : Call on Council of Europe Member States not to Establish Minimum Standards for the Use of Diplomatic Assurances in Transfers to Risk of Torture and Other Ill-treatment », 2 décembre 2005. AI Index : IOR/61/025/2005.
- Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l’immigration : Personnes protégées (PP)*. Chapitre PP 3 : Examen des risques avant renvoi (ERAR). Ottawa : Citoyenneté et Immigration, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/pp/pp03f.pdf>>.
- États-Unis. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices — 2005, China*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, 8 mars 2006.
- « Toujours en danger : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture » (2005), 17 *Human Rights Watch* n° 4(D).
- Nations Unies. Assemblée générale. *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. de l’ONU A/59/324 (1^{er} septembre 2004).
- Nations Unies. Assemblée générale. *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. de l’ONU A/60/316 (30 août 2005).
- Nations Unies. Haut-Commissaire aux droits de l’homme. *Déclaration de M^{me} Louise Arbour Haut-Commissaire aux droits de l’homme à l’occasion de la journée internationale des droits de l’homme—Des terroristes et des tortionnaires*.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’agente d’examen des risques avant renvoi a rejeté la demande d’examen des risques avant renvoi des demandeurs au motif qu’il était peu probable que les demandeurs soient exposés à une menace à leur vie, à un risque de torture ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s’ils retournaient en République populaire de Chine. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

David Matas pour les demandeurs.
Esta Resnick pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

David Matas, Winnipeg, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] DE MONTIGNY J.: The applicants Lai Cheong Sing and Tsang Ming Na have applied for judicial review of a PRRA [pre-removal risk assessment] officer's decision rejecting their PRRA application. The Chinese government has accused the Lais of masterminding a massive smuggling and bribery operation. It wants the couple returned home to face prosecution for their alleged crimes. The Lais, for their part, have consistently maintained that China has fabricated all the allegations against them.

[2] Mr. Lai, his ex-wife Ms. Tsang (they are now divorced), and their three children claimed refugee status in June 2000. After a 45-day hearing, the Immigration and Refugee Board's Refugee Division (the Board) found the parents were excluded from Convention refugee status under Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention). In any case, the Board also found the parents were not Convention refugees, because there was no nexus between their claims and any Convention refugee grounds. The Board described the couple as criminals fleeing from justice, not persecution. The children's claims were based on their parents' and failed accordingly.

[3] In their PRRA application, the Lais made submissions alleging bias, Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] violations, and breaches of procedural fairness. Their submissions on risk included a number of challenges to the Chinese legal system. They maintained the same theory they raised at their Board hearing. They argued they could not get a fair trial in China and that they faced torture and the death penalty despite a diplomatic note from China assuring the contrary. After a probing review of

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La Cour est saisie d'une demande présentée par les demandeurs Lai Cheong Sing et Tsang Ming Na en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'ERAR a rejeté leur demande d'ERAR (examen des risques avant renvoi). Le gouvernement chinois a accusé les Lai d'avoir orchestré une opération de grande envergure de corruption et de contrebande. Il souhaite que les demandeurs rentrent en Chine pour répondre en justice des crimes qui leur sont reprochés. Les Lai, pour leur part, ont constamment maintenu que la Chine a inventé de toutes pièces les accusations portées contre eux.

[2] M. Lai, son ex-épouse M^{me} Tsang (ils ont depuis divorcé) et leurs trois enfants ont revendiqué le statut de réfugié en juin 2000. Au terme d'une audience de 45 jours, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a refusé de reconnaître aux parents la qualité de réfugié par application de l'alinéa 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention). En tout état de cause, la Commission a également conclu que les parents n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention parce qu'il n'y avait pas de lien entre leur revendication et l'un ou l'autre des motifs prévus par la Convention sur les réfugiés. La Commission a qualifié les demandeurs de criminels qui se dérobent à la justice, et non comme des personnes qui cherchent à fuir la persécution. La revendication des enfants était fondée sur celle de leurs parents et elle a, par conséquent, été rejetée.

[3] Dans leur demande d'ERAR, les Lai accusent de partialité, de violations de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et de manquements à l'équité procédurale. Dans leurs observations sur la question du risque, ils affirment que le système judiciaire chinois comporte plusieurs lacunes. Ils ont repris la thèse qu'ils avaient défendue lors de l'audience de la Commission. Ils soutiennent qu'ils ne pourraient obtenir un procès équitable en Chine et qu'ils seraient exposés à la torture

their submissions, the PRRA officer rejected all of their claims.

[4] The Lais are now challenging the PRRA officer's decision on many different grounds. This is quite a complex case, raising intricate issues of fact and law which I shall address shortly. I wish to make it clear from the outset that in coming to my decision, I have been governed exclusively by the applicable law and jurisprudence. While I am aware of the extensive media coverage this case has generated, it has been of no concern to me and it had no impact whatsoever on my reasoning.

[5] The children have also applied for a review of their PRRA decision, in the separate but related file IMM-2845-06 [*Wai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 364]. My reasons and order in that file are also released today, in separate cover.

[6] Before turning to the facts, I need make one last point. Some of the oral and written evidence before the Board was confidential and protected, and therefore not accessible to the public. However, all the oral submissions were made in open court, and the records from both sides were not sealed or protected. Of course, the material that was protected in earlier instances will remain confidential.

FACTS

[7] The Lais are all citizens of the People's Republic of China. They arrived in Canada August 14, 1999 and claimed refugee status June 8, 2000. Mr. Lai, the main applicant, based his claim for refugee status on the grounds of political opinion and membership in a particular social group—specifically, successful Chinese businessmen.

[8] In 1999, Chinese authorities received information from an undisclosed source that large-scale smuggling

et risqueraient la peine de mort malgré une note diplomatique chinoise affirmant le contraire. Après un examen approfondi à fond de leurs observations, l'agente d'ERAR a rejeté toutes leurs prétentions.

[4] Les Lai invoquent maintenant des moyens différents pour contester la décision de l'agente d'ERAR. Il s'agit d'une affaire assez complexe, qui soulève d'épineuses questions de fait et de droit que je vais bientôt aborder. Je tiens à préciser d'entrée de jeu que, pour en arriver à ma décision, je m'en suis tenu aux règles de droit et à la jurisprudence applicables. Bien que je sois conscient de l'écho que les médias ont donné à toute cette affaire, je n'ai pas tenu compte de cet aspect, qui n'a aucunement influencé mon raisonnement.

[5] Les enfants ont également présenté une demande de contrôle judiciaire de leur décision d'ERAR, dans un dossier séparé mais connexe portant le numéro IMM-2845-06 [*Wai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 364]. Je communique également aujourd'hui mes motifs et mon ordonnance dans ce dossier, sous pli séparé.

[6] Avant de passer aux faits, je tiens à formuler une dernière remarque. Une partie des témoignages et de la preuve écrite dont disposait la Commission étaient confidentiels et protégés, et le public ne pouvait donc pas les consulter. Toutefois, toutes les observations formulées verbalement l'ont été en audience publique, et les dossiers des deux parties n'étaient ni scellés ni confidentiels. Évidemment, les éléments qui étaient protégés au cours des instances antérieures demeureront confidentiels.

LES FAITS

[7] Les Lai sont tous citoyens de la République populaire de Chine. Ils sont arrivés au Canada le 14 août 1999 et ont revendiqué le statut de réfugié le 8 juin 2000. M. Lai, le demandeur principal, fondait sa revendication du statut de réfugié sur ses opinions politiques et sur son appartenance à un groupe social—en l'occurrence, les hommes d'affaires chinois prospères.

[8] En 1999, les autorités chinoises ont reçu des renseignements d'une source anonyme selon lesquels

was taking place in the city of Xiamen. As a result, they conducted a major investigation called the “4-20 investigation” and allegedly discovered a massive smuggling operation headed by the Lais, through their Yuan Hua group of companies. The 4-20 investigation took place over a couple of years. Investigators detained and interrogated employees of the Yuan Hua companies and various public servants. Dozens of people were arrested, charged and convicted. Some were executed as a result of their involvement.

[9] Upon learning Chinese authorities were looking for them, the Lais fled Hong Kong and came to Canada as visitors. They have never been charged with any crimes. That is because, according to the evidentiary record, people suspected of criminal activity in China are not charged until authorities have them in custody. However, the Lais are subject to the equivalent of arrest warrants. Justice Andrew MacKay discussed this point in his reasons for dismissing the Lais’ application for judicial review of the Board’s decision (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 179, at paragraph 17).

[10] In early 2000, three investigators from the 4-20 investigation team received letters of invitation from two Vancouver companies with Chinese parent companies—Tricell (Canada) Inc. and Top Glory. Employees from both companies testified before the Board, saying they did not realize who they were inviting—they were just responding to their parent companies’ requests for invitations. The visitors included Mr. Lai Shui Qiang, Mr. Lai’s brother. He has since died in prison.

[11] Once in Canada, Mr. Lai met with the 4-20 investigators, who tried to convince him to return home to China voluntarily. He refused their offer, which included promises to let him keep a portion of his assets and allow his relatives to use their identity documents again. It was only after he met with investigators that Mr. Lai apparently decided to claim refugee status.

des opérations de contrebande de grande envergure se déroulaient dans la ville de Xiamen. Elles ont par conséquent ouvert une vaste enquête, appelée « enquête 4-20 » qui aurait permis de mettre à jour un vaste réseau de contrebande dirigé par les Lai, par l’entremise de leur groupe de sociétés Yuan Hua. L’enquête 4-20 a duré quelques années. Les enquêteurs ont détenu et interrogé des employés des sociétés Yuan Hua ainsi que divers fonctionnaires. Des dizaines de personnes ont été arrêtées, accusées et condamnées. Certaines ont été exécutées en raison de leur implication.

[9] Après avoir appris que les autorités chinoises les recherchaient, les Lai se sont enfuis de Hong Kong et sont arrivés au Canada à titre de visiteurs. Ils n’ont jamais été accusés d’aucun crime, ce qui s’explique, selon la preuve versée au dossier, par le fait qu’en Chine, les autorités ne portent des accusations contre les individus soupçonnés de se livrer à des activités criminelles qu’une fois qu’ils sont détenus. Les Lai font toutefois l’objet de l’équivalent d’un mandat d’arrestation. Le juge Andrew MacKay a examiné cette question dans ses motifs de rejet de la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission présentée par les Lai (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 179, au paragraphe 17).

[10] Au début de 2000, trois enquêteurs de l’équipe d’enquête 4-20 ont reçu des lettres d’invitation de deux sociétés de Vancouver ayant des sociétés mères en Chine, à savoir Tricell (Canada) Inc. et Top Glory. Les employés de ces deux sociétés, qui ont témoigné devant la Commission, ont affirmé qu’ils ne s’étaient pas rendu compte de l’identité des personnes qui les invitaient et qu’ils se contentaient de répondre aux demandes d’invitation des sociétés mères. Parmi les visiteurs se trouvait M. Lai Shui Qiang, le frère de M. Lai. Il est depuis décédé en prison.

[11] Une fois au Canada, M. Lai a rencontré les enquêteurs de l’équipe 4-20, qui ont tenté de le convaincre de retourner en Chine de son plein gré. Il a refusé leur offre, qui était assortie de la promesse de lui laisser une partie de ses actifs et de permettre aux membres de sa famille d’utiliser de nouveau leurs pièces d’identité. Ce n’est qu’après avoir rencontré les

[12] Before the Board, Mr. Lai claimed all the allegations against him were concocted. He argued the Chinese government was targeting him for refusing to falsely implicate a man named Li Ji Zhou (Mr. Li) of criminal activity. Mr. Li was a central government official who, according to Mr. Lai, had fallen victim to a power struggle. Because of his refusal, Mr. Lai told the Board, he was now being pursued through false charges of avoiding customs duties on imported foreign goods, ranging from cigarettes to cars, televisions and air conditioners. He was also accused of bribing countless people, including various bureaucrats who worked for customs, as well as Mr. Li himself.

[13] Before the Board, the Lais claimed that if charged with criminal offences in China, they would not get a fair trial. They argued that China's judicial system is highly politicized and controlled by the central government. They alleged the case against them had already been decided. Indeed, the former Chinese Prime Minister was even quoted as saying, in 2001, that Lai Cheong Sing "deserved to die three times." The Lais also filed expert evidence on the political and judicial systems in China, documentary evidence on the torture of prisoners, and gave oral evidence.

[14] The Board heard from approximately 25 witnesses during the hearing. The Minister introduced a breadth of evidence, including the testimony of Chinese officials, reports from the 4-20 investigation, and the Chinese conviction records of people who were allegedly involved in the Yuan Hua smuggling operation. Expert witnesses also provided evidence about the Chinese justice system.

[15] In a 294-page decision, the Board found Mr. Lai and Ms. Tsang were "clearly only fugitives from justice,

enquêteurs que M. Lai aurait décidé de revendiquer le statut de réfugié.

[12] Devant la Commission, M. Lai a soutenu que toutes les allégations formulées contre lui étaient inventées de toutes pièces. Il a affirmé que le gouvernement chinois l'avait pris pour cible parce qu'il avait refusé d'impliquer à tort un dénommé Li Ji Zhou (M. Li) relativement à de présumées activités criminelles. M. Li était un fonctionnaire du gouvernement central qui, selon M. Lai, aurait été victime d'une lutte de pouvoir. M. Lai a expliqué à la Commission qu'en raison de son refus, il était maintenant faussement accusé de s'être soustrait au paiement de droits de douanes sur divers produits étrangers importés, allant de cigarettes à des voitures, en passant par des téléviseurs et des climatiseurs. Il a également été accusé d'avoir soudoyé un nombre incalculable de personnes, dont divers bureaucrates qui travaillaient pour le service des douanes, ainsi que M. Li lui-même.

[13] Devant la Commission, les Lai ont affirmé que, s'ils étaient accusés d'infractions criminelles en Chine, ils ne pourraient obtenir un procès équitable. Ils ont soutenu que le système judiciaire chinois est hautement politisé et qu'il est contrôlé par le gouvernement central. Ils ont ajouté que l'issue de telles poursuites serait décidée d'avance. D'ailleurs, l'ancien premier ministre chinois aurait déclaré publiquement, en 2001, que Lai Cheong Sing [TRADUCTION] « mérite de mourir trois fois ». Les Lai ont également fait entendre des témoins experts sur le système politique et judiciaire chinois, en plus de déposer des éléments de preuve documentaire sur la torture des prisonniers et ils ont témoigné de vive voix.

[14] La Commission a entendu environ 25 témoins à l'audience. Le ministre a présenté une preuve abondante, en faisant notamment témoigner des représentants officiels chinois et en produisant le rapport d'enquête de l'équipe 4-20 et les relevés de condamnation chinoise de personnes qui auraient été impliquées dans les activités de contrebande de Yuan Hua. Des experts ont également témoigné au sujet du système judiciaire chinois.

[15] Dans sa décision de 301 pages, la Commission a conclu que M. Lai et M^{me} Tsang « cherchent nettement

and nothing else.” The Board did not find either of them credible. On the contrary, it determined they were excluded from claiming refugee status under Article 1F(b) of the Convention because there were serious reasons to consider the two had committed a serious non-political crime outside their country of refuge. There was no suggestion, however, that their three children were in any way involved in the alleged criminal activity.

[16] The Board found Mr. Lai had left a lot of very important information out of his Personal Information Form (PIF). Perhaps most importantly, the Board wrote, Mr. Lai did not mention the core of his fear in his PIF—that the Chinese government wanted him to return to China so it could kill him to hide the fact that the entire 4-20 investigation was a set-up and a fraud.

[17] The Board also found the 10-month delay between Mr. Lai’s arrival in Canada and his refugee claim suspicious. Looking at the timing of his discussions with the 4-20 investigation team in Canada, it found Mr. Lai was not truly afraid of Chinese authorities. He practically played “host” to them in Canada and only claimed refugee status once he realized he could not negotiate a satisfactory arrangement to return home.

[18] The Board concluded the crimes were serious and non-political. It drew an adverse inference from the absence of business documentation that would have established whether the Lais were running legitimate businesses. Indeed, several employees of the Yuan Hua Group and lower-level customs bureaucrats gave detailed accounts about how the smuggling operations were carried out. It appears that when customs officials decided which containers to inspect in Mr. Lai’s container yard, they would let the Yuan Hua companies know. The cargo would then be changed the night before the inspection, from goods subject to high tariffs,

à fuir la justice et rien d’autre ». La Commission a estimé que ni l’un ni l’autre n’était crédible. Au contraire, elle a refusé de leur reconnaître la qualité de réfugiés par application de l’alinéa 1Fb) de la Convention sur les réfugiés parce qu’elle était d’avis qu’il existait des raisons sérieuses de penser qu’ils avaient tous deux commis un crime grave de droit commun à l’extérieur de leur pays de refuge. La Commission n’a toutefois pas laissé entendre que les trois enfants avaient été impliqués de quelque façon que ce soit dans les présumées activités criminelles.

[16] La Commission a estimé que M. Lai avait passé sous silence un grand nombre de renseignements très importants dans son formulaire de renseignements personnels (FRP). La Commission a écrit que ce qui était peut-être encore plus significatif était le fait que M. Lai n’avait pas mentionné dans son FRP le fondement même de sa crainte de persécution, en l’occurrence que le gouvernement chinois voulait qu’il retourne en Chine pour l’exécuter afin de l’empêcher de révéler que l’enquête 4-20 était une supercherie et une fraude.

[17] La Commission a également trouvé suspect le fait que M. Lai ait laissé écouler une dizaine de mois après son arrivée au Canada avant de revendiquer le statut de réfugié. Relevant les dates lors desquelles il avait discuté avec les enquêteurs de l’équipe 4-20 au Canada, la Commission a estimé que M. Lai ne craignait pas véritablement les autorités chinoises. Il leur avait pratiquement servi d’« hôte » au Canada et il n’avait revendiqué le statut de réfugié qu’une fois qu’il s’était rendu compte qu’il ne pouvait négocier une entente satisfaisante pour rentrer au pays.

[18] La Commission a conclu qu’il s’agissait de crimes graves de droit commun. Elle a tiré une inférence défavorable de l’absence de tout document d’affaires qui aurait pu prouver que M. Lai et sa femme menaient des activités commerciales légitimes. D’ailleurs, plusieurs employés du Yuan Hua Group ainsi que certains fonctionnaires qui occupaient des postes subalternes ont expliqué en détail le déroulement des opérations de contrebande. Il appert que c’était le personnel du bureau des Douanes qui décidait quels conteneurs seraient inspectés et qui communiquait avec la société Yuan Hua pour lui dire quel conteneur serait soumis à une

to those subject to much lower tariffs. Staff at the container yard would also replace the actual commercial seals with fake ones, to agree with the fake documentation for the replacement goods in the inspected containers.

[19] The Board also found that when Mr. Lai decided to give someone a “loan,” he paid little attention to whether he would ever be repaid. He never asked “loan” recipients for business proposals, and did not put any of the agreements into writing. The Board found that sometimes Mr. Lai did not even know the person receiving his money, and thus concluded the payments looked more like bribes than loans.

[20] Indeed, Mr. Li Ji, the senior bureaucrat to whom I referred at paragraph 12, gave evidence to the Board saying he believed he was receiving bribes from Mr. Lai. He also gave Mr. Lai consideration for the money in two known incidents. First, he helped Mr. Lai get a special licence to travel between mainland China and Hong Kong. Second, he helped one of Mr. Lai’s friends avoid criminal charges when marine police seized a 30,000 tonne diesel shipment.

[21] There was also much discussion at the Board hearing about a diplomatic note from China to Canada. In the note, China wrote that it would not sentence Mr. Lai or Ms. Tsang to death for crimes they committed before their repatriation. Nor would the Chinese government torture them upon their return. John Holmes, Director of the United Nations Criminal and Treaty Law Division in the Department of Foreign Affairs and International Trade, gave expert evidence to the Board about the note. He testified that a diplomatic note, though not binding at international law, is the highest level of agreement between states aside from a treaty. He said it would be extremely unusual for a state to breach such a commitment because it would

inspection le lendemain. La veille de l’inspection, on procédait à une substitution de fret en remplaçant les marchandises fortement taxées par d’autres qui étaient assujetties à un tarif beaucoup moins élevé. Le personnel qui travaillait à la gare de triage des conteneurs remplaçait aussi les plombs commerciaux d’origine par de faux plombs pour qu’ils correspondent aux documents falsifiés établis pour les marchandises de remplacement placées dans les conteneurs inspectés.

[19] La Commission a également conclu que, lorsque M. Lai décidait de « prêter » de l’argent à quelqu’un, il ne se souciait guère du remboursement. Il ne réclamait jamais de projet d’entreprise de la part des « bénéficiaires » de ces prêts et aucune entente n’était couchée sur papier. La Commission a signalé qu’il arrivait parfois que M. Lai ne connaissait même pas la personne qui recevait et elle en a conclu que ces versements ressemblaient davantage à des pots-de-vin qu’à des prêts.

[20] D’ailleurs, M. Li Ji, le haut fonctionnaire dont il a déjà été question au paragraphe 12, a témoigné devant la Commission qu’il croyait qu’il recevait des pots-de-vin de M. Lai. Il a également accordé une contrepartie à M. Lai pour l’argent reçu à deux reprises. La première fois, il a aidé M. Lai à obtenir une plaque spéciale lui permettant de circuler entre Hong Kong et la Chine continentale. La seconde fois, il a aidé un des amis de M. Lai à éviter des accusations criminelles après qu’une cargaison de 30 000 tonnes de carburant diesel eut été saisie par la police maritime.

[21] À l’audience de la Commission, on a également longuement débattu d’une note diplomatique adressée par la Chine au Canada. Dans cette note, la Chine s’engageait à ne pas condamner M. Lai et M^{me} Tsang à la peine de morts pour les crimes qu’ils avaient commis avant leur rapatriement en Chine. Le gouvernement chinois s’engageait aussi à faire en sorte que M. Lai et M^{me} Tsang ne soient pas assujettis à la torture à leur retour en Chine. M. John Holmes, directeur de la Division des Nations Unies pour le droit criminel et des traités au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, a témoigné à titre d’expert au sujet de cette note devant la Commission. Il a expliqué que, même si elle n’a pas force obligatoire en droit

undermine its credibility. He added that of dozens he had seen in his career, the Chinese government had never violated the substance of any of its notes. He also was not aware of a situation where the Canadian government had not relied on a note of this type. Based on that evidence, the Board found China would honour its assurances about both torture and the death penalty.

[22] As for Ms. Tsang, the Board found she played a major role in running the Yuan Hua companies. For example, there was evidence she was one of only three people with signing authority. This conflicted with her testimony that she knew nothing about how the Yuan Hua companies were run.

[23] The Board also went through the immigration applications Ms. Tsang had submitted for herself and her children, long before they fled to Canada and claimed refugee status. She had applied as an entrepreneur, and applied on her children's behalf for visas. The Board said she, at best, was indifferent about whether the information she gave Canadian immigration authorities was true.

[24] On the basis of the foregoing, the Board excluded the Lais from refugee status, pursuant to Article 1F(b) of the Convention. Mr. Lai was excluded for both bribery and smuggling, while Ms. Tsang was only excluded for smuggling. Since this was determinative of their refugee claim, the Board found it unnecessary to consider fraud charges, as well as allegations that the Lais had committed tax evasion. It also bears noting that only the parents were excluded under Article 1F(b) of the Convention.

international, une note diplomatique constitue la forme d'entente la plus formelle hormis un traité. Il a ajouté qu'il serait très inhabituel qu'un État ne respecte pas un engagement exprimé librement dans une note diplomatique, parce que cela porterait atteinte à sa crédibilité. Il a ajouté que, sur les dizaines de notes diplomatiques de la Chine qu'il a vues au cours de sa carrière, le gouvernement chinois n'en a jamais violé aucune. Il n'a connaissance d'aucune situation où le gouvernement du Canada ne s'est fié à ces notes. Se basant sur ce témoignage, la Commission a estimé que la Chine respecterait les engagements énoncés dans la note diplomatique à l'égard de la torture et de la peine de mort.

[22] Quant à M^{me} Tsang, la Commission a estimé qu'elle avait joué un rôle de premier plan au sein du groupe de sociétés Yuan Hua. Ainsi, il ressortait de la preuve qu'elle était parmi les trois seuls signataires autorisés, ce qui contredisait son témoignage comme quoi qu'elle ignorait tout du mode de fonctionnement du groupe de sociétés Yuan Hua.

[23] La Commission a également examiné les demandes d'immigration que M^{me} Tsang avait soumises pour elle-même et pour ses enfants longtemps avant qu'ils ne s'enfuient au Canada et y revendiquent le statut de réfugié. Elle avait présenté sa demande dans la catégorie des entrepreneurs et avait demandé des visas au nom de ses enfants. La Commission a mentionné qu'il lui était complètement égal de savoir si les renseignements qu'elle communiquait aux autorités canadiennes de l'immigration étaient vrais ou non.

[24] Se fondant sur ce qui précède, la Commission a refusé de reconnaître le statut de réfugié aux Lai par application de l'alinéa 1Fb) de la Convention. Dans le cas de M. Lai, le refus était fondé sur la corruption et la contrebande, tandis que, dans le cas de M^{me} Tsang, l'exclusion reposait sur la contrebande. Comme cette conclusion scellait le sort de leur revendication du statut de réfugié, la Commission s'est dite d'avis qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les accusations de fraude, ainsi que les allégations suivant lesquelles les Lai s'étaient rendus coupables d'évasion fiscale. Il y a par ailleurs lieu de signaler que seuls les parents ont été exclus aux termes de l'alinéa 1Fb) de la Convention.

[25] Though it was not necessary to consider the couple's other submissions because they had already been excluded from claiming refugee status, the Board also rejected their claims to be Convention refugees based on political opinion and membership in a particular social group. Since the children's claims were based on their parents', their claims were rejected as well.

[26] It is important to note that the Board's decision was based on the old *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], which is why it only discussed the applicants' Convention refugee claims. The pre-removal risk assessment (PRRA) was introduced when the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) came into force in 2002. The PRRA decision was therefore the first time anyone assessed whether the Lais were persons in need of protection, pursuant to section 97 of the IRPA.

[27] Following the Board's decision, the Lais applied for leave and judicial review. Leave was granted, but Justice MacKay dismissed the application in *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 179. He nevertheless certified four questions, which the Federal Court of Appeal eventually answered in the following way (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 606, at paragraph 95):

Certified Question #1(a)

In a refugee exclusion case based on Article 1F(b) of the Refugee Convention

(a) Where the Minister relies upon interrogation statements produced abroad by foreign government agencies, must the Minister establish those statements were voluntary when made, particularly where there is some evidence of a lack of voluntariness of one or more of the statements, and evidence of torture sometimes used in obtaining statements from persons detained is included in information on general country conditions?

[25] Même si le fait qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les autres observations formulées par les Lai, étant donné qu'elle avait déjà refusé de leur reconnaître le statut de réfugié, la Commission a également refusé de leur reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social. Comme elle était fondée sur celle de leurs parents, la revendication des enfants a également été rejetée.

[26] Il est important de signaler que la décision de la Commission était fondée sur l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], ce qui explique pourquoi la Commission a traité uniquement les revendications du statut de réfugié des demandeurs. La procédure d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a été introduite en 2002, en même temps que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Lorsque la décision a été prise à la suite de l'examen des risques avant renvoi, c'était la première fois que quelqu'un se prononçait sur la question de savoir si les Lai étaient des personnes à protéger au sens de l'article 97 de la LIPR.

[27] À la suite de la décision de la Commission, les Lai ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. L'autorisation leur a été accordée, mais le juge MacKay a rejeté la demande dans le jugement *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 179. Il a néanmoins certifié quatre questions auxquelles la Cour d'appel fédérale a par la suite répondu de la façon suivante (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 125, au paragraphe 95) :

Question certifiée n° 1a)

[TRADUCTION]

Dans une affaire relative à l'exclusion en vertu de la section 1Fb) de la Convention :

a) Si le ministre prend appui sur des déclarations découlant d'interrogatoires que lui fournissent des organismes gouvernementaux étrangers, le ministre est-il tenu de démontrer que ces déclarations ont été faites volontairement, particulièrement s'il y a des preuves qu'une ou plus d'une de ces déclarations n'étaient pas tout à fait volontaires, et si les renseignements sur les conditions dans le pays indiquent qu'on a parfois recours à la torture pour obtenir des déclarations de la part des personnes détenues?

Answer

No. The Minister has the onus to provide credible or trustworthy evidence on which the Board can determine whether a claimant should be excluded from the Convention refugee definition. The Board is not bound by any legal or technical rules of evidence and, in any proceedings before it, it may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings that it considers credible or trustworthy in the circumstances of the case. Statements obtained by torture or other cruel, inhumane or degrading treatment or punishment are neither credible nor trustworthy.

In this case the Minister adduced evidence to show that the foreign statements were credible or trustworthy, including evidence that the statements were given willingly and in accordance with the procedural requirements of Chinese law. There was also before the Board evidence of general country conditions indicating that torture occurs and is not always controlled by the authorities, as well as vague hearsay statements. Based on the entire body of evidence presented, and in the absence of specific evidence that the foreign statements offered by the Minister were obtained by torture, the Board was entitled to admit those statements and conclude that they were obtained voluntarily.

Certified Question #1(b)

In a refugee exclusion case based on Article 1F(b) of the Refugee Convention

(b) Is the Minister required to give notice in advance of a hearing, of specific criminal acts alleged against the claimant, or is it sufficient if evidence at the subsequent hearing reveals specifics of criminal acts allegedly committed by the claimant?

Answer

No. The Minister is not required to provide notice of the specific criminal acts alleged against a claimant. Pursuant to section 9 of the former Rules, the Minister is required to specify the parts of Article 1F that are relevant to the claim and to set out briefly the law and facts on which he relies. The Minister is not obliged to provide particulars at the standard that might be required, for example, in a criminal indictment. The notice in this case contained sufficient information to the [sic] meet the statutory requirement.

The Minister is required to adduce credible or trustworthy evidence at the hearing that is relevant to the questions raised

Réponse

Non. Il incombe au ministre de présenter des éléments de preuve crédibles ou dignes de foi à la lumière desquels la Commission peut déterminer s'il faut exclure un revendicateur de la définition de réfugié au sens de la Convention. La Commission n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Elle peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision. Les déclarations obtenues au moyen de la torture ou de tout traitement ou peine cruel, inhumain ou dégradant ne sont ni crédibles ni dignes de foi.

En l'espèce, le ministre a produit des preuves indiquant que les déclarations obtenues à l'étranger étaient crédibles ou dignes de foi, y compris des preuves que les déclarations ont été faites volontairement et conformément aux exigences procédurales du droit chinois. On a également présenté à la Commission des preuves de nature générale sur les conditions dans le pays, faisant valoir qu'on y a recours à la torture et que les autorités ne sont pas toujours en mesure de contrôler ce recours à la torture; la Commission a aussi entendu des déclarations vagues constituant du oui-dire. À la lumière de l'ensemble de la preuve présentée, et faute de preuve précise indiquant que les déclarations obtenues à l'étranger par le ministre étaient le fruit de la torture, la Commission était autorisée à admettre ces déclarations et à conclure qu'elles avaient été faites volontairement.

Question certifiée n° 1b)

[TRADUCTION]

Dans une affaire relative à l'exclusion en vertu de la section 1F(b) de la Convention :

b) Le ministre est-il tenu de préciser, avant l'audience, les actes criminels allégués imputés au revendicateur, ou suffit-il que la preuve à l'audience subséquente dévoile l'information précise au sujet des actes criminels allégués qu'aurait commis le revendicateur?

Réponse

Non. Le ministre n'est pas tenu de préciser, avant l'audience, les actes criminels allégués imputés au revendicateur. En vertu de l'article 9 des anciennes Règles, le ministre est tenu de préciser les éléments de la section 1F mis en cause par la revendication et d'exposer brièvement le droit et les faits sur lesquels il prévoit s'appuyer. Le ministre n'est pas tenu de fournir des précisions selon la norme qui serait de mise, par exemple, s'il s'agissait d'une mise en accusation au criminel. En l'espèce, l'avis renfermait suffisamment d'information pour satisfaire aux exigences réglementaires.

Le ministre est tenu de présenter à l'audience des éléments de preuve crédibles ou dignes de foi qui ont trait aux questions

by the exclusionary ground, which is whether there are serious reasons for considering whether a claimant has committed a serious non-political crime outside Canada prior to arrival in this country.

Under the new Act, the Minister is now required to give notice in advance of a hearing in accordance with section 25 of the new Rules. He must also comply with section 29 of the new Rules, which generally require[s] that a claimant be provided with the documents to be relied on by the Minister not later than 20 days before the hearing.

Certified Question # 1(c)

In a refugee exclusion case based on Article 1F(b) of the Refugee Convention

(c) Is the Refugee Division required to state in its decision the specifics of criminal acts committed by the claimant?

Answer

No. The Board is not required to state in its decision the specifics of the criminal acts committed by a claimant.

Certified Question # 2

Does the decision of the Supreme Court in *Suresh v. M.C.I.*, [2002] 1 S.C.R. 3, providing for separate assessment of a foreign state's assurance to avoid torture of returned nationals, apply where there is some evidence of generalized resort to torture in the foreign state, or only where there is evidence reasonably indicating resort to torture in similar cases?

Answer

The Panel declines to answer this question on the basis of the analysis earlier articulated in these reasons for judgment.

[28] The Supreme Court of Canada denied leave to appeal the Federal Court of Appeal's decision on September 1, 2005 (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] S.C.C.A. No. 298 (QL)).

[29] On October 12, 2005, an enforcement officer from the Canada Border Services Agency met with the Lais and their counsel. The officer provided each

soulevées par le motif d'exclusion, soit l'existence de raisons sérieuses de penser que le revendicateur avait commis des crimes graves de droit commun à l'extérieur du Canada avant son arrivée au pays.

Aux termes de la nouvelle Loi, le ministre est maintenant tenu de transmettre un avis au revendicateur avant la tenue de l'audience conformément à l'article 25 des nouvelles Règles. Il doit également respecter l'article 29 de ces Règles, qui précise que le revendicateur doit recevoir les documents sur lesquels la ministre prévoit s'appuyer au plus tard 20 jours avant l'audience.

Question certifiée n° 1c)

[TRADUCTION]

Dans une affaire relative à l'exclusion en vertu de la section 1Fb) de la Convention :

c) La Section du statut de réfugié est-elle tenue d'énoncer, dans l'exposé de sa décision, des précisions sur les actes criminels commis par le revendicateur?

Réponse

Non. La Commission n'est pas tenue d'énoncer, dans l'exposé de sa décision, des précisions sur les actes criminels commis par le revendicateur.

Question certifiée n° 2

Est-ce que l'arrêt de la Cour suprême *Suresh c. M.C.I.*, [2002] 1 R.C.S. 3, exigeant une évaluation distincte des assurances fournies par un État étranger qui promet de ne pas torturer les ressortissants renvoyés, s'applique dans les situations où il y a certaines preuves d'un recours général à la torture au sein de l'État étranger, ou seulement dans les situations où il y a des preuves raisonnables indiquant qu'on a recours à la torture dans des causes similaires?

Réponse

Le tribunal refuse de répondre à cette question à la lumière de l'analyse exposée précédemment dans les présents motifs.

[28] La Cour suprême du Canada a, le 1^{er} septembre 2005, refusé d'accorder l'autorisation de se pourvoir à l'encontre de la décision de la Cour d'appel fédérale (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] S.C.C.A. n° 298 (QL)).

[29] Le 12 octobre 2005, un agent d'exécution de l'Agence des services frontaliers du Canada a rencontré les Lai et leur avocat, et il a fourni à chaque demandeur

applicant with an amended application for a PRRA, an amended notification regarding the PRRA, and a guide to applying for a PRRA. As I mentioned earlier, this was the first time the alleged risks were assessed under subsection 97(1) of the IRPA, since their refugee claim was determined under the former *Immigration Act*. Their PRRA application was limited only to the question of whether they were persons in need of protection under subsection 97(1), however, because the Board had excluded them from Convention refugee status under Article 1F(b) of the Convention. According to paragraph 112(3)(c) of the IRPA, an applicant cannot claim refugee status if he or she is excluded under Article 1F.

[30] The Lais accepted the opportunity to apply for a PRRA, but submitted their PRRA should be determined by someone other than a PRRA officer, who acts as a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration. They argued the PRRA decision-making process would be inherently fettered, because the Minister had already taken a position on the diplomatic note from China during their Board hearing, arguing in favour of the note's reliability. Bearing this in mind, the Lais claimed no PRRA officer, as a delegate of the Minister, could decide their application fairly. The officer would be bound to find that the Lais would not be at risk if returned to China, in order to conform with the Minister's submissions to the Board. The Lais nevertheless submitted their PRRA application on November 10, 2005.

[31] It is worth mentioning that the Minister of Citizenship and Immigration no longer intervenes in refugee hearings before the Board. That role has been transferred to a portfolio agency called the Canada Border Services Agency, which reports to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness. PRRA decisions are still done by officers within the Department of Citizenship and Immigration.

une demande modifiée d'ERAR, un avis modifié ayant trait à l'ERAR, et un guide de demande d'ERAR. Comme il a déjà été mentionné, c'était la première fois que les présumés risques étaient évalués en vertu du paragraphe 97(1) de la LIPR, étant donné que leur revendication du statut de réfugié avait été examinée sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Leur demande d'ERAR portait uniquement sur la question de savoir s'ils étaient des personnes à protéger au sens du paragraphe 97(1), parce que la Commission avait refusé de leur reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par application de l'alinéa 1Fb) de la Convention. Or, l'alinéa 112(3)c) de la LIPR précise bien que l'asile ne peut être conféré au demandeur qui a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention.

[30] Les Lai ont saisi l'occasion qui leur était offerte de présenter une demande d'ERAR, mais ils ont fait valoir que l'ERAR devait, dans leur cas, être effectué par quelqu'un d'autre qu'un agent d'ERAR, qui agit à titre de délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Ils ont soutenu que le processus de prise de décision d'ERAR serait entravé de façon inhérente parce que le ministre s'était déjà prononcé en faveur de la fiabilité de la note diplomatique chinoise au cours de l'audience de la Commission. Les Lai soutenaient que, compte tenu de ce fait, aucun agent d'ERAR ne pourrait juger leur demande de façon équitable, en tant que délégué du ministre. L'agent serait en effet obligé de conclure que les Lai ne seraient exposés à aucun risque s'ils retournaient en Chine, pour se conformer aux observations formulées par le ministre devant la Commission. Les Lai ont néanmoins soumis leur demande d'ERAR le 10 novembre 2005.

[31] Il vaut la peine de mentionner que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration n'intervient plus dans le cadre des audiences concernant le statut de réfugié qui se déroulent devant la Commission. Ce rôle a été délégué à un organisme du portefeuille appelé Agence canadienne des services frontaliers, qui relève du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. Les décisions d'ERAR sont encore prises par des fonctionnaires du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration.

[32] The Lais then sought leave and judicial review of the decision that they had to submit their PRRA application to the Minister. They asked this Court to quash the decision and declare they had to submit their PRRA application to the Federal Court. They also argued that the requirement under the IRPA of having the Minister determine PRRA applications should be found constitutionally inoperative, or of no force or effect under section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] as a violation of section 7 of the Charter.

[33] My colleague Justice Eleanor Dawson decided the Lais' application was premature and dismissed it on April 11, 2006 (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 141 C.R.R. (2d) 37 (F.C.)). She held, *inter alia*, that this Court could only supervise the Minister's decision on the PRRA. It had no jurisdiction to pre-empt the decision itself. In and of itself, section 24 of the Charter does not confer jurisdiction on any court to grant a remedy, if it does not already have that power. She also found that a Charter breach would not exist until a decision adverse to the applicants was made. If they received a negative PRRA decision, then it could be reviewable. At that stage, the Court could canvass the bias allegations with the benefit of the PRRA officer's reasons. She therefore refrained from making any comment on the strength of the applicants' case and dismissed the application.

[34] The PRRA decision was eventually released on May 11, 2006. The officer concluded the Lais were unlikely to face a risk to life, a risk of torture, or a risk of cruel and unusual treatment or punishment if returned to the People's Republic of China. They were set to be removed June 2, 2006. Mr. Lai then sought a stay of his removal before this Court, which was granted by my colleague Justice Carolyn Layden-Stevenson on June 1, 2006 (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 672). She found the certified question about torture and diplomatic assurances, which the Federal Court of Appeal had declined to answer, was

[32] Les Lai ont ensuite présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision les obligeant à soumettre leur demande d'ERAR au ministre. Ils ont demandé à notre Cour d'annuler la décision et de déclarer qu'ils devaient soumettre leur demande d'ERAR à la Cour fédérale. Ils demandaient également à la Cour de déclarer inopérante du point de vue constitutionnel, ou invalide et sans effet en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], au motif qu'elle violait l'article 7 de la Charte, l'exigence selon laquelle la demande d'ERAR devait être décidée par le ministre.

[33] L'estimant prématurée, ma collègue la juge Eleanor Dawson a, le 11 avril 2006, rejeté la demande des Lai (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 473). Elle a notamment expliqué que notre Cour est simplement habilitée à superviser la décision du ministre et qu'elle n'a pas compétence pour devancer la décision elle-même. En soi, l'article 24 de la Charte ne confère à aucun tribunal le pouvoir d'accorder une réparation si ce tribunal ne possède pas déjà ce pouvoir. Elle a également estimé qu'il ne pouvait y avoir d'atteinte à la Charte avant qu'une décision défavorable aux demandeurs ne soit rendue. Ce n'est que dans le cas où leur demande d'ERAR ferait l'objet d'une décision défavorable que cette décision pourrait être contrôlée par la Cour, qui pourra alors scruter de près les allégations de partialité en tenant compte des motifs de décision de l'agent d'ERAR. La juge Dawson s'est donc abstenue de tout commentaire sur la solidité de la preuve des demandeurs, se contentant de rejeter leur demande.

[34] La décision d'ERAR a finalement été rendue le 11 mai 2006. L'agente a conclu qu'il était peu probable que les Lai soient exposés à un risque de torture, à une menace à leur vie ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s'ils devaient retourner en République populaire de Chine. Leur renvoi était prévu pour le 2 juin 2006. M. Lai a alors demandé à notre Cour de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi. Ma collègue, la juge Carolyn Layden-Stevenson, a fait droit à cette demande le 1^{er} juin 2006 (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 672). Elle a estimé que la question certifiée posée au

a serious issue. In coming to that conclusion, she relied on paragraph 94 of the Federal Court of Appeal's reasons, above, in which Justice Brian Malone stated [(2005), 253 D.L.R. (4th) 606]:

This, of course, is not the end of the review process for the appellants. The next proceeding is the "Pre-Removal Risk Assessment" under section 112 of the new Act, where the question of torture and diplomatic assurances can be fully canvassed along with any new and relevant evidence that may become available. It is also noteworthy that the appellants may also apply to the Minister to stay in Canada on humanitarian and compassionate grounds pursuant to the principles set out in subsection 25(1) of the new Act. The Board's decision in the present appeal does not fetter the Minister's discretion in any way when he considers an application under section 112 or on humanitarian and compassionate grounds.

[35] Justice Layden-Stevenson also found that irreparable harm was established, as removal would cause Mr. Lai to face the risk that he alleged was present and that he argued had not been adequately assessed by the PRRA officer. She therefore ordered that Mr. Lai's removal be stayed pending determination of his application for leave for judicial review and, if leave was granted, pending determination of the judicial review.

IMPUGNED DECISION

[36] The PRRA officer started her 40-page decision by assessing the Lais' allegations of bias. After reviewing their arguments, she concluded the PRRA decision-making process did not give rise to a reasonable apprehension of institutional bias. Having no predetermined opinions on any of the evidence before her, she also found no personal reason to withdraw from the application.

[37] The PRRA officer wrote that to accept the Lais' arguments about bias would be tantamount to concluding there could not be more than one mandate

de la torture et des assurances diplomatiques à laquelle la Cour d'appel fédérale avait refusé de répondre était une question sérieuse. Pour en arriver à cette conclusion, elle s'est fondée sur le paragraphe 94 des motifs rédigés par le juge Brian Malone s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale [2005 CAF 125] :

Évidemment, la présente procédure ne constitue pas la fin du processus de contrôle pour les appelants. La prochaine procédure est l'« évaluation du risque avant le renvoi » aux termes de l'article 112 de la nouvelle Loi, où l'on pourra examiner de manière approfondie la question de la torture et des assurances diplomatiques, ainsi que toute nouvelle preuve pertinente que l'on pourrait produire. Il convient également de signaler que les appelants peuvent présenter au ministre une demande en vue de demeurer au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire, en vertu des principes exposés au paragraphe 25(1) de la nouvelle Loi. La décision de la Commission visée dans le présent appel n'entrave aucunement le ministre lorsqu'il examine une demande visée à l'article 112 ou fondée sur des raisons d'ordre humanitaire.

[35] La juge Layden-Stevenson a également conclu que la preuve d'un préjudice irréparable avait été établie, étant donné que, s'il était renvoyé, M. Lai serait exposé au risque qu'il alléguait et qui, selon lui, n'avait pas été correctement évalué par l'agente d'ERAR. Elle a par conséquent ordonné un sursis de l'exécution du renvoi de M. Lai jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande d'autorisation relative au contrôle judiciaire et, si l'autorisation est accordée, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande de contrôle judiciaire.

LA DÉCISION CONTESTÉE

[36] L'agente d'ERAR a commencé sa décision de 40 pages en évaluant les allégations de partialité formulées par les Lai. Après avoir examiné leurs arguments, elle a conclu que le processus de prise de décision d'ERAR ne suscitait pas de crainte raisonnable de partialité institutionnelle en l'espèce. Comme les éléments de preuve portés à sa connaissance ne lui permettaient pas de conclure que la question avait été tranchée à l'avance, elle a également conclu qu'elle n'avait aucune raison personnelle de se retirer du dossier.

[37] L'agente d'ERAR a écrit qu'accepter les arguments des Lai au sujet de la partialité reviendrait à conclure qu'il ne peut exister plusieurs mandats au sein

within the Department of Citizenship and Immigration. In her opinion, such a view would reduce a PRRA officer's role to that of automatically concurring with previous decisions. She refused to recuse herself and opined that she was able to assess all the information before her and weigh the information based on her own analysis, without being influenced by representations that different Minister's delegates had made in other proceedings. She also noted that she had no authority to establish a commission of inquiry, for which the Lais had asked. In any event, to do so would be to accept the argument that a reasonable apprehension of bias existed, which, in her opinion, was not the case.

[38] She then reviewed the facts and summarized the allegations, before proceeding to her analysis. Starting with the diplomatic note, she considered all the witnesses' evidence. She gave weight to expert John Holmes' testimony, characterizing the note as a formal, political commitment. While the note was not binding at international law, she wrote, it reflected China's intention to fulfill a specific commitment. She also cited other experts who testified why it would be in China's interests to honour its assurances and stressed that China—not Canada—had initiated the discussions which led to the note. She accepted that there is no remedy at international law for violating a diplomatic note. However, since there was insufficient evidence that China had violated previous diplomatic promises, she was not convinced it was likely to renege on its promises regarding the Lais.

[39] The officer also dismissed counsel's argument that it would be inconsistent to conclude the assurances could be trusted, and at the same time find that China's courts are independent from the government. The Lais submitted that if the assurances were reliable, it could only be because the Chinese government had effective control over the judiciary. Instead, however, the officer adopted the opinion of expert Dr. Jerome Cohen, writing

du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. À son avis, une telle façon de voir réduirait le rôle des agents d'ERAR à celui de souscrire automatiquement aux décisions antérieures. Elle a donc refusé de se récuser et s'est dite d'avis qu'elle était en mesure d'examiner tous les éléments d'information portés à sa connaissance et de les évaluer en fonction de sa propre analyse sans être influencée par les observations que les divers délégués du ministre ont pu formuler dans d'autres procédures. Elle a également signalé qu'elle n'était pas habilitée à établir la commission d'enquête réclamée par les Lai. En tout état de cause, prendre une telle mesure reviendrait à accepter l'argument qu'il existait une crainte raisonnable de partialité ce qui, à son avis, n'était pas le cas.

[38] Elle a ensuite passé les faits en revue et résumé les allégations, avant de se lancer dans sa propre analyse. En commençant par la note diplomatique, elle a examiné les dépositions de tous les témoins. Elle a ajouté foi au témoignage de l'expert John Holmes, qui avait qualifié la note diplomatique d'engagement politique formel. Elle a écrit que, même si elle n'avait pas force de loi en droit international, la note exprimait l'intention de la Chine de respecter un engagement déterminé. Elle a également cité les propos d'autres experts, qui avaient expliqué pourquoi il serait dans l'intérêt de la Chine d'honorer les assurances qu'elle avait données, et elle a souligné que c'était la Chine—et non le Canada—qui avait pris l'initiative des pourparlers ayant conduit à la note en question. Elle a reconnu que le droit international ne prévoit aucun recours en cas de non-respect d'une note diplomatique. Toutefois, comme il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que la Chine avait manqué par le passé à ses promesses diplomatiques, elle n'était pas convaincue que la Chine ne respecterait pas ses promesses en ce qui concerne les Lai.

[39] L'agente a également rejeté l'argument de l'avocat suivant lequel il serait illogique de conclure qu'on pouvait ajouter foi aux assurances tout en concluant que les tribunaux chinois sont indépendants du gouvernement. Les Lai ont fait valoir que, si les assurances étaient fiables, ce n'était que parce que le gouvernement chinois contrôle effectivement le pouvoir judiciaire. L'agente a plutôt retenu l'avis exprimé par

the following at page 15 of her decision:

... what counsel for the applicants sees as inconsistency, Cohen notes is the 'other side of the coin of the widely-condemned absence of judicial independence in the PRC', that is that PRC courts, in his words, "have an impeccable record in doing what they are told to do by the nation's highest government and Communist Party institutions."

[40] The officer also rejected counsel's argument that the note did not preclude a conditional death sentence. According to the Lais, this opening would enable the Chinese government to execute them for crimes committed after their repatriation, without technically violating the terms of the note. The officer found this argument speculative, concluding there was no evidence Chinese authorities had left that possibility open. In the same vein, she was of the view that the assurances applied equally to both Mr. Lai and Ms. Tsang, contrary to what they had argued.

[41] In the end, the officer concluded it was unlikely, on the balance of probabilities, that the Chinese government would "take the extraordinary step" of providing the note after high-level negotiations, documented in national and international media, and then renege on its promises, thereby damaging its international reputation (PRRA reasons, at page 16). I believe the gist of her reasoning with respect to the note can be found in the following two paragraphs, at page 35 of her decision:

I find that the applicants' case is unique in the sense that the diplomatic assurance in question was proffered voluntarily by the Chinese government to the Canadian government. I find this action one that has been widely publicized, both in the PRC and internationally. Regarding the death penalty, notwithstanding country condition reports about the use of the death penalty in China, execution of other individuals convicted in the 'Xiamen smuggling scandal' and a politicized judicial system and a media that is often used as a tool by the government to report its intents and targets, what I have before

l'expert Jerome Cohen. Elle écrit ce qui suit, à la page 15 de sa décision :

[TRADUCTION] ... ce que l'avocat des demandeurs considère comme illogique constitue, selon Cohen, [TRADUCTION] « l'envers de la médaille de l'absence largement déplorée d'indépendance du pouvoir judiciaire en République populaire de Chine ». Autrement dit, pour reprendre ses propres mots : [TRADUCTION] « Il est bien connu que les tribunaux chinois font ce que leur disent les instances les plus élevées du gouvernement et du Parti communiste ».

[40] L'agente a également rejeté l'argument de l'avocat suivant lequel la note n'excluait pas la possibilité d'une peine de mort conditionnelle. Suivant les Lai, une telle possibilité permettrait au gouvernement chinois de les exécuter pour des crimes commis après leur rapatriement sans pour autant violer la note diplomatique, du moins en principe. L'agente s'est dite d'avis que cet argument était hypothétique, car rien ne permettait de penser que les autorités chinoises avaient envisagé cette possibilité. Dans le même ordre d'idées, l'agente s'est dite d'avis que les assurances valaient tant pour M. Lai que pour M^{me} Tsang, contrairement à ce que ces derniers soutenaient.

[41] En fin de compte, l'agente a conclu qu'il était peu probable, selon la prépondérance des probabilités, que le gouvernement chinois prenne une mesure aussi exceptionnelle que celle consistant à rédiger une telle note diplomatique après s'être engagé dans des négociations de haut niveau et après que la presse tant nationale qu'internationale y eut fait largement écho, pour ensuite revenir sur ses promesses, ternissant ainsi sa réputation internationale (motifs de la décision d'ERAR, page 16). J'estime que l'essentiel du raisonnement suivi par l'agente au sujet de la note se trouve aux deux paragraphes suivants, à la page 35 de sa décision :

[TRADUCTION] J'estime que le cas des demandeurs est unique en ce sens que c'est de son plein gré que le gouvernement chinois a donné les assurances diplomatiques en question au gouvernement canadien. Je constate qu'on a beaucoup parlé de cette histoire tant en RPC que sur le plan international. En ce qui concerne la peine de mort, en dépit des rapports publiés au sujet de la situation au pays en ce qui a trait au recours à la peine de mort en Chine, à l'exécution d'autres individus reconnus coupables du « scandale de la contrebande de Xiamen » et au système judiciaire et aux médias politisés dont

me is the case of two individuals whose cases have been very well-publicized both in Canada and internationally, as well as a diplomatic document that purports to ensure that the death penalty and torture will not be imposed upon Lai Cheong Sing nor Tsang Ming Na.

...

Counsel appears to be conflating his view of the noted deficiencies in Chinese law and practice with his opinion that the diplomatic note will not be sufficient to protect the applicants from either the death penalty or torture. I find, based on my consideration of the evidence, that the Government has the ability to ensure that the full terms of the diplomatic note will be abided by, in other words, that neither of the applicants will face either the death penalty, or a suspended death sentence, or be subjected to torture, or cruel and unusual mistreatment or punishment. I do not agree that the absence of a mechanism to monitor the compliance of the Chinese government with the terms of the note is to be interpreted as rendering the note itself unreliable. Having regard to the nature and format of the diplomatic assurance, the correspondence that took place between Canadian and Chinese representatives to establish the terms of the assurance, and the identity of the applicants, I do not accept counsel's argument that I should dismiss this diplomatic assurance on the basis that its terms cannot be guaranteed without some kind of diplomatic sanction behind it or a mechanism to monitor its compliance.

[42] With respect to torture and cruel and unusual treatment or punishment, the officer quoted a passage from the Supreme Court's decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 124 and 125, to the effect that we should distinguish a state's assurances regarding the death penalty from those regarding torture. She then referred to a press release issued by the United Nations on December 2, 2005, discussing a visit the U.N.'s Special Rapporteur on Torture had made to China. The Special Rapporteur noted that some government authorities tried to obstruct or restrict his attempts at fact-finding, kept him and his team under surveillance, and intimidated alleged victims. According to the report, the Special Rapporteur concluded that the practice of torture, although on the decline, remains widespread in China, and outlined measures the Chinese government

se sert souvent le gouvernement pour faire connaître ses intentions et ses objectifs, nous avons affaire en l'espèce à deux personnes qui ont défrayé la chronique tant au Canada qu'ailleurs dans le monde, ainsi qu'à un document diplomatique qui se veut une garantie que la peine de mort ne sera pas appliquée contre Lai Cheong Sing et Tsang Ming Na et que ceux-ci ne seront pas soumis à la torture.

[. . .]

L'avocat semble vouloir faire un lien entre son opinion au sujet des lacunes relevées dans le droit et la pratique chinois et son avis que la note diplomatique ne suffira pas pour protéger les demandeurs contre la peine de mort ou la torture. Après examen de la preuve, je conclus que le gouvernement est en mesure de garantir que la note diplomatique sera respectée dans son intégralité, en d'autres mots, qu'aucun des demandeurs ne risque d'être condamné à la peine de mort ou d'être exposé au risque d'être soumis à la torture ou à des traitements ou peines cruels et inusités. Je ne suis pas d'accord pour dire que l'absence de mécanisme permettant de vérifier si le gouvernement chinois a respecté les modalités de la note doit être interprétée comme enlevant toute fiabilité à la note elle-même. Compte tenu de la nature et de la forme des assurances diplomatiques, de la correspondance échangée entre les représentants canadiens et les représentants chinois pour définir les modalités des assurances en question et de l'identité des demandeurs, je n'accepte pas l'argument de l'avocat suivant lequel je devrais écarter les assurances diplomatiques en question au motif que leur respect ne peut être garanti si elles ne sont pas assorties d'une sorte de sanction diplomatique ou d'un mécanisme permettant d'en vérifier le respect.

[42] Quant au risque de torture ou de traitements ou peines cruels et inusités, l'agente a cité un extrait de l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 124 et 125, de la Cour suprême du Canada pour expliquer la distinction qu'elle établissait entre les assurances données par l'État au sujet de la peine de mort et celles données au sujet de la torture. Elle a ensuite mentionné un communiqué de presse publié par les Nations Unies le 2 décembre 2005 au sujet de la visite effectuée en Chine par le Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture. Le Rapporteur spécial avait signalé que les autorités gouvernementales avaient tenté d'entraver son travail d'enquête, l'avaient gardé lui et son équipe sous surveillance et avaient intimidé les présumées victimes. Dans son rapport, le Rapporteur spécial expliquait que, bien qu'en déclin, le recours à la

had taken to deal with the problem. He also noted the absence of procedural safeguards in China necessary to make prohibition against torture effective, like excluding evidence if statements were made under torture, and an independent judiciary.

[43] The PRRA officer then considered evidence the Lais submitted regarding the deaths of Lai Shui Qiang, Mr. Lai's brother, and Chen Zan Cheng, Mr. Lai's former accountant. Despite the suspicious nature of their deaths while in prison, she concluded there was no objective evidence linking the deaths to a forward-looking risk to either of the applicants. She found there was insufficient probative evidence that the deaths could be imputed to mistreatment or torture, and that autopsies were either requested and/or refused.

[44] Again, she noted Dr. Cohen's position that because the Lais' case was so well known, China would probably not engage in torture, although, as Dr. Cohen said, he could not be "a guarantor of the indefinite future." The lead investigator in the Xiamen smuggling case also testified before the Board that no coercive techniques were used in their interrogation sessions. The PRRA officer did not find this determinative because no investigators would likely admit to coercion. However, she noted, there was no evidence to the contrary.

[45] The officer concluded the Lais would be protected by their own notoriety. She reviewed testimony from a defence lawyer who assisted two defendants in the Yuan Hua cases in China, an affidavit from Ms. Tsang's sister and the videotaped interview of Mr. Li, the senior bureaucrat who said he had received bribes from Mr. Lai. Despite the "troubling existence of torture used by Ministry of Public Security officials," and "public source information about the use of torture to coerce confessions out of suspects," the officer

torture était encore répandu en Chine, et il faisait état des mesures prises par le gouvernement chinois pour résoudre le problème. Il constatait également qu'il n'existait en Chine aucune des garanties procédurales nécessaires pour rendre efficace l'interdiction de la torture, par exemple en déclarant inadmissibles les éléments de preuve obtenus sous la torture, et pour garantir l'indépendance de la magistrature.

[43] L'agente d'ERAR a ensuite examiné les éléments de preuve soumis par les Lai au sujet de la mort de Lai Shui Qiang, le frère de M. Lai, et de Chen Zan Cheng, l'ancien comptable de M. Lai. Malgré le caractère douteux de ces décès survenus en prison, elle a conclu qu'il n'existait pas de preuves objectives établissant un lien entre ces décès et le risque auquel serait exposé l'un ou l'autres des demandeurs à l'avenir. Elle a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve probants pour conclure que ces décès pouvaient être imputés à de mauvais traitements ou à de la torture ou qu'une autopsie avait été demandée et/ou refusée.

[44] Elle a rappelé la position de M. Cohen suivant laquelle, en raison de la large publicité dont a fait l'objet le cas des Lai, la Chine ne les soumettrait probablement pas à la torture et ce, même si, pour reprendre les paroles de M. Cohen, [TRADUCTION] « le passé ne peut être garant de l'avenir ». L'enquêteur en chef chargé d'enquêter sur l'affaire de la contrebande de Xiamen a également témoigné devant la Commission qu'aucune coercition n'avait été exercée lors des interrogatoires. L'agente d'ERAR n'a pas considéré cette affirmation comme décisive, estimant que, aucun enquêteur n'admettrait avoir eu recours à des mesures de coercition. Elle a toutefois relevé qu'aucun élément de preuve contraire n'avait été présenté.

[45] L'agente a conclu que les Lai seraient protégés par leur propre notoriété. Elle a passé en revue le témoignage d'un avocat de la défense qui avait représenté deux accusés dans l'affaire de Yuan Hua en Chine, un affidavit souscrit par la sœur de M^{me} Tsang, ainsi qu'une entrevue enregistrée sur bande vidéo de M. Li, le haut fonctionnaire qui avait reconnu avoir reçu des pots-de-vin de M. Lai. En dépit de [TRADUCTION] « l'existence troublante de la torture utilisée par des fonctionnaires du ministère de la Sécurité publique » et

decided to put her confidence in the diplomatic assurances against invoking the death penalty and resorting to torture.

[46] With respect to the right to a fair trial and the rule of law, the PRRA officer acknowledged the problems with China's justice system. Many aspects of its procedures fall short of international standards, including the fact that a prosecutor can decide to arrest a suspect pending investigation without hearing the suspect, and the fact that under Article 306 of the *Criminal Law of the People's Republic of China*, lawyers can be imprisoned for coercing a witness or enticing him to change testimony in defiance of the "facts," as determined by the state. On the other hand, there is documentary evidence showing the Chinese government has permitted and even encouraged public critiques of its legal system.

[47] The officer also looked at the records from Mr. Li's trial in China and noted that while he confessed to taking money from Mr. Lai, the Court did not accept a second charge of bribery, finding insufficient evidence to prove this allegation. In other cases, people who were originally sentenced to death or to death with a two-year postponement had their sentences commuted to a lesser punishment. Mr. Li also testified that he had been given an open trial, was entitled to a defence lawyer, and was able to meet with his lawyer several times before trial. All of this evidence led the PRRA officer to conclude the Lais would receive a fair trial in China. As she stated, at page 41 of her reasons:

Counsel lists all the factors that he says cumulatively lead one to the conclusion that the applicants cannot get a fair trial in China. Among the factors he states are lacking in China's judicial system: right to a public hearing, competent, independent and impartial tribunal, the entrenchment of the presumption of innocence, adequate time and facilities for

[TRADUCTION] « des renseignements émanant de sources publiques portant sur le recours à la torture pour soutirer des aveux aux suspects », l'agente a décidé de faire confiance aux assurances diplomatiques données au sujet de la promesse de ne pas appliquer la peine de mort et de ne pas recourir à la torture.

[46] S'agissant du droit à un procès équitable et du respect du principe de la primauté du droit, l'agente d'ERAR a reconnu que le système judiciaire chinois n'était pas exempt de problèmes. De nombreux aspects de sa procédure ne satisfont pas aux normes internationales. Ainsi, le ministère public peut décider d'arrêter un suspect au cours de l'enquête sans l'avoir d'abord entendu. Par ailleurs, aux termes de l'article 306 du Code pénal chinois [*Criminal Law of the People's Republic of China*], un avocat peut être incarcéré pour avoir contraint ou incité un témoin à modifier son témoignage au mépris des « faits » constatés par l'État. En revanche, il existe des éléments de preuve documentaire selon lesquels le gouvernement chinois a permis et même encouragé la critique publique de son système juridique.

[47] L'agente a également examiné les dossiers relatifs au procès de M. Li en Chine. Elle a constaté que, malgré le fait qu'il avait avoué avoir extorqué de l'argent à M. Lai, le tribunal n'avait pas accepté une seconde accusation de corruption, estimant que la preuve était insuffisante pour établir cette allégation. Dans d'autres cas, des individus qui avaient d'abord été condamnés à mort ou dont l'exécution de la peine de mort avait été reportée de deux ans avaient vu leur peine commuée en une peine plus légère. M. Li a également témoigné qu'il a bénéficié d'un procès public, qu'il a eu le droit de se faire représenter par un avocat de la défense et qu'il a pu rencontrer son avocat à plusieurs reprises avant le procès. Tous ces éléments de preuve ont amené l'agente d'ERAR à conclure que les Lai bénéficieraient d'un procès équitable en Chine. Comme elle l'a déclaré, à la page 41 de ses motifs :

[TRADUCTION] L'avocat énumère tous les facteurs dont l'accumulation amène à conclure, à son avis, que les demandeurs ne pourraient bénéficier d'un procès équitable en Chine. Voici quelques-uns des droits qui, selon lui, ne sont pas reconnus dans le système judiciaire chinois : droit à une audience publique par un tribunal compétent, indépendant et

defence, the right to counsel and to have counsel of choice, the right of an accused to be tried in his or her presence, the right to examine witnesses, the right to silence. I find that counsel for the applicant overstates and draws unreasonable inferences from the evidence he presents, in a bid to demonstrate that the applicants will face conviction without doubt, in a predetermined verdict. Without negating the indeed serious shortcomings in the Chinese judicial system, I find, on a balance of probabilities, that the applicants have not demonstrated that return to China to face possible charges of smuggling, bribery, and tax evasion, will put them at a risk to life, a risk of torture, or a risk of cruel and unusual treatment or punishment. Counsel for the applicant indicts the entire judicial system of China, noting its flaws in process, the constraints on judicial independence, the potential for threats to be made on any counsel who take on the defence of cases adjudged to be serious or politically tinged, the high conviction rate and the use of capital punishment on economic crimes. However, the specific and fact-based evidence before me does not suggest that others charged in the smuggling case were not afforded, in the main, due process, and a fair trial, nor do I have any probative evidence before me to find that those convicted in the Yuan Hua smuggling case were convicted unfairly, or were coerced into confessing, or were denied legal counsel.

[48] The officer also commented on the imbroglia surrounding an unsigned affidavit that was allegedly based on comments that Ms. Tao Mi, one of Mr. Lai's former employees, made to a Canadian lawyer and his secretary in China several days before the Board hearing closed. The document was a recantation of Tao Mi's previous statements implicating Mr. Lai in the smuggling and bribery scheme for which he is now sought. Tao Mi was supposed to sign the unsworn affidavit, but that never occurred. The Board admitted the document as an exhibit to the Canadian lawyer's affidavit, but declined to have the lawyer testify himself.

impartial, reconnaissance de la présomption d'innocence, droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, droit de consulter un avocat et droit à l'assistance d'un avocat de son choix, droit de l'accusé d'être présent à son procès, droit d'interroger les témoins, droit au silence. J'estime que l'avocat du demandeur exagère et tire des inférences abusives de la preuve qu'il présente, dans le but de démontrer que les demandeurs seront certainement condamnés et que le verdict est déjà arrêté. Sans nier les lacunes effectivement graves dont souffre le système judiciaire chinois, j'estime, selon la prépondérance des probabilités, que les demandeurs n'ont pas établi que, s'ils devaient retourner en Chine pour répondre à d'éventuelles accusations de contrebande, de corruption et d'évasion fiscale, ils seraient exposés à une menace à leur vie ou au risque d'être soumis à un risque de torture ou à des peines ou traitements cruels et inusités. L'avocat du demandeur dénonce tout le système judiciaire chinois, signalant les lacunes de la procédure, les contraintes imposées à l'indépendance des juges, le risque de menaces qui pèse sur tout avocat qui assure la défense d'accusés dans les affaires considérées comme graves ou à connotation politique, le taux élevé de condamnation et le recours à la peine capitale pour des crimes économiques. Toutefois, les éléments de preuve précis fondés sur les faits qui ont été portés à ma connaissance ne permettent pas de penser que les autres personnes qui ont été accusées dans le cadre de l'affaire de la contrebande n'ont pas bénéficié, dans l'ensemble, de l'application régulière de la loi et d'un procès équitable, et je ne dispose par ailleurs d'aucune preuve probante qui me permette de penser que les individus qui ont été reconnus coupables dans le cadre de l'affaire de contrebande de Yuan Hua ont été injustement condamnés, qu'on leur a extorqué des aveux sous la contrainte ou que leur droit de consulter un avocat a été bafoué.

[48] L'agente a également formulé quelques observations au sujet de l'imbroglia entourant un affidavit non signé qui était supposément fondé sur des propos qu'auraient tenus M^{me} Tao Mi, l'une des ex-employées de M. Lai, à un avocat canadien et à sa secrétaire, en Chine, quelques jours avant la clôture de l'audience de la Commission. Ce document était une rétractation des déclarations antérieures selon lesquelles M^{me} Tao Mi aurait impliqué M. Lai dans les manœuvres de contrebande et de corruption pour lesquelles il est maintenant recherché. Tao Mi était censée signer l'affidavit, qui n'avait pas été fait sous serment, mais elle ne l'a jamais fait. La Commission a admis le document en preuve, à titre d'annexe à l'affidavit de l'avocat canadien, mais a refusé de permettre à l'avocat de témoigner lui-même.

[49] After the Board's hearing, however, an RCMP officer arranged to interview Tao Mi at the Canadian Consulate in Shanghai. A Chinese security officer, from an agency which might have detained and interrogated Tao Mi earlier, was present. Absent was counsel for the Lais, who were not notified about the interview. When asked if she spoke with a Canadian lawyer in China about Lai Cheong Sing, Tao Mi said no. She also said that when investigated by the 4-20 investigation team, she was treated with respect and never threatened. Commenting on this incident, Justice MacKay described it as "an extraordinary undertaking, unfair in its process, and ultimately unnecessary" (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 179, at paragraph 21).

[50] The PRRA officer decided this evidence was inconclusive. She found it problematic that Tao Mi would dictate the statement to the Canadian lawyer but not sign it. She also noted that neither the lawyer nor his secretary could testify that the person they interviewed was actually Tao Mi. There was simply no proof of her identity.

[51] Finally, the PRRA officer considered counsel's submission that Ms. Tsang would be at risk in China because of her mental problems. The officer cited an article published in the *Yale-China Health Journal*, claiming China's standard of psychiatric treatment was adequate compared to other developing countries and was showing signs of improvement. She also referred to the U.S. Department of State's *Country Report on Human Rights Practices for 2005*, which reported incidents where patients were forcibly given medicine and subjected to electric shock treatment. She reviewed two hospital reports and a doctor's letter indicating Ms. Tsang suffered from generalized anxiety disorder. On the basis of that evidence, the officer concluded Ms. Tsang did suffer from anxiety but would not be singled out for mistreatment because of her psychological condition. Nor did she fit into a particular social group, i.e. those with mental illnesses.

[49] Cependant, après l'audience de la Commission, un agent de la GRC a organisé l'interrogatoire de Tao Mi au consulat du Canada à Shanghai. Cet interrogatoire s'est tenu en présence d'un agent de sécurité chinois lié à l'agence qui aurait pu avoir détenu et interrogé Tao Mi auparavant. L'avocat des Lai n'était pas présent, car il n'avait pas été avisé de cette entrevue. Interrogée à savoir si elle avait parlé avec un avocat canadien en Chine au sujet de Lai Cheong Sing, M^{me} Tao Mi a répondu par la négative. Elle a ajouté que les enquêteurs de l'équipe 4-20 l'avait traitée avec respect et ne l'avait jamais menacée. Le juge MacKay a qualifié cet interrogatoire d'« initiative extraordinaire ne respectant pas l'équité [qui] [d]e plus, [. . .] s'est avérée ne pas être nécessaire » (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 179, au paragraphe 21).

[50] L'agente d'ERAR a estimé que ces éléments de preuve n'étaient pas concluants. Elle a expliqué qu'elle trouvait problématique que Tao Mi dicte sa déclaration à un avocat canadien mais ne la signe pas. Elle a également signalé que ni l'avocat, ni sa secrétaire ne pouvaient affirmer que la personne qu'ils avaient interrogée était effectivement Tao Mi. Il n'y avait tout simplement aucune preuve de son identité.

[51] Enfin, l'agente d'ERAR s'est penchée sur l'argument de l'avocat suivant lequel M^{me} Tsang serait exposée à un risque en Chine en raison de ses problèmes de santé mentale. L'agente a cité un article publié dans le *Yale-China Health Journal* suivant lequel les normes suivies en Chine en matière de soins psychiatriques se comparaient à celles des autres pays en voie de développement et qu'on pouvait constater des améliorations. Elle a également cité le Rapport du Département d'État des États-Unis sur la situation des droits de la personne en 2005 (*Country Report on Human Rights Practices for 2005*), qui faisait état d'incidents au cours desquels on avait forcé des patients à prendre des médicaments et à qui on avait administré des chocs électriques. Elle a examiné deux rapports d'hôpitaux ainsi qu'une lettre dans laquelle un médecin déclarait que M^{me} Tsang souffrait de troubles anxieux généralisés. Vu ces éléments de preuve, l'agente a conclu que M^{me} Tsang souffrait effectivement d'anxiété, mais qu'on ne pouvait conclure qu'on s'en était pris particulièrement à elle en lui infligeant de mauvais

[52] On the basis of all the foregoing, the PRRA officer concluded the Lais were not at risk if returned to the People's Republic of China. She wrote, in the last paragraph of her reasons:

I have reviewed all of the evidence before me, listed below in the Sources Consulted section. I do not find that the applicants are being sought by the Chinese authorities due to political motivations, but rather that the government's interest in the applicants arises out of allegations and evidence that they are suspected of engaging in criminal activity. It is my finding that the return of the applicants to China is neither an act that would shock the conscience of Canadians nor be a breach of fundamental justice nor bring them within any of the risks encapsulated in either section 97(1)(a) or (b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

ISSUES

[53] The applicants have raised a number of issues. Some are of a substantive nature and therefore subject to the appropriate standard of review. Other issues are of a procedural character. In addition, counsel for the applicants has filed a notice of constitutional questions, whereby he raised two issues closely related to some of his administrative law arguments. He did not, however, deal with any of the constitutional issues in either his oral or written submissions, and so I will not address them in these reasons. The Minister, on the other hand, says the only issue in this case is whether, based on the evidence before her, the officer's decision rejecting the applicants' PRRA was reasonable. Despite the fact that counsel for the respondent looked at the case from a different angle, she did respond to all of the issues the applicants raised.

[54] The issues can therefore be framed in the following way:

traitements en raison de son état psychologique. Elle n'appartenait pas non plus à un groupe social déterminé, en l'occurrence les personnes atteintes de maladie mentale.

[52] Vu tout ce qui précède, l'agente d'ERAR a conclu que les Lai n'étaient exposés à aucun risque s'ils retournaient en République populaire de Chine. Voici ce qu'elle écrit, au dernier paragraphe de ses motifs :

[TRADUCTION]Après avoir examiné tous les éléments de preuve qui m'ont été soumis et qui sont énumérés plus loin dans la section des sources consultées, je conclus que les demandeurs ne sont pas recherchés par les autorités chinoises pour des raisons d'ordre politique. J'estime plutôt que l'intérêt manifesté par le gouvernement à l'égard des demandeurs s'explique par les allégations et les éléments de preuve suivant lesquels ils sont soupçonnés de s'être livrés à des activités criminelles. Je conclus que le retour des demandeurs en Chine ne saurait être qualifié de mesure qui choquerait la conscience des Canadiens. J'estime qu'une telle mesure ne constitue pas un manquement aux principes de justice fondamentale et je suis d'avis qu'elle ne les exposerait à aucun des risques visés aux alinéas 97(1)a) et b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

QUESTIONS EN LITIGE

[53] Les demandeurs ont soulevé plusieurs questions. Certaines ont trait au fond et sont par conséquent assujetties à la norme de contrôle appropriée. D'autres sont de nature procédurale. De surcroît, l'avocat des demandeurs a déposé un avis de questions constitutionnelles par lequel il soulève deux questions qui sont étroitement liées à certains de ces arguments de droit administratif. Il n'a cependant traité aucune des questions constitutionnelles dans sa plaidoirie ou dans ses observations écrites. Je ne vais donc pas les aborder dans les présents motifs. Le ministre, en revanche, affirme que la seule question en litige dans la présente affaire est celle de savoir si, compte tenu de la preuve dont elle disposait, l'agente a rendu une décision raisonnable en rejetant la demande d'ERAR des demandeurs. Malgré le fait que l'avocate de la défenderesse envisage l'affaire sous un angle différent, elle n'a pas répondu à toutes les questions soulevées par les demandeurs.

[54] On peut donc formuler de la façon suivante les questions en litige :

- (a) Does the Minister's PRRA decision raise a reasonable apprehension of bias?
- (b) Did the PRRA officer violate the regulatory requirement not to make adverse credibility findings central to the decision without a hearing?
- (c) Did the PRRA officer err in concluding the diplomatic assurance from China regarding the death penalty encompasses a conditional death sentence?
- (d) Does the Supreme Court decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, providing for separate assessment of a foreign state's assurance to avoid torture of returned nationals apply where there is some evidence of generalized resort to torture in the foreign state, or only where there is evidence reasonably indicating resort to torture in similar cases?
- (e) Did the PRRA officer err in concluding the diplomatic assurances from China on torture are reliable, in the absence of any mechanism providing for verification of compliance?
- (f) Did the PRRA officer err by making no finding about whether the applicants would receive a fair trial in China?
- (g) Did the PRRA officer err in using the concept of a law of general application to determine whether the conviction of Tsang Ming Na's relatives for transferring money to the applicants was acceptable?
- a) La décision d'ERAR du ministre suscite-t-elle une crainte raisonnable de partialité?
- b) L'agente d'ERAR a-t-elle violé l'obligation réglementaire qui lui interdisait de tirer des conclusions défavorables au sujet de la crédibilité sans avoir tenu une audience?
- c) L'agente d'ERAR a-t-elle commis une erreur en concluant que les assurances diplomatiques données par la Chine au sujet de la peine de mort visaient aussi les peines de mort conditionnelles?
- d) L'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, dans lequel la Cour suprême prévoit l'évaluation distincte des assurances données par un État étranger pour éviter que ses ressortissants ne soient soumis à la torture à leur retour, s'applique-t-il lorsqu'il y a certains éléments de preuve démontrant un recours généralisé à la torture dans l'État étranger en question ou ne s'applique-t-il que lorsqu'il existe des éléments de preuve indiquant raisonnablement un recours à la torture dans des cas semblables?
- e) L'agente d'ERAR a-t-elle commis une erreur en concluant que les assurances diplomatiques de la Chine au sujet de la torture sont fiables malgré le défaut de mécanisme permettant d'en vérifier le respect?
- f) L'agente d'ERAR a-t-elle commis une erreur en ne tirant pas de conclusion sur la question de savoir si les demandeurs bénéficieraient d'un procès équitable en Chine?
- g) L'agente d'ERAR a-t-elle commis une erreur en recourant au concept de la loi d'application générale pour décider si la condamnation des proches de Tsang Ming Na à la suite de leur transfert d'argent aux demandeurs était acceptable?

[55] As to the applicable standard of review, I shall deal with it as I go through the analysis of the last five issues. It is by now settled law that when considered globally and as a whole, a PRRA decision must be reviewed against a standard of reasonableness (*Figurado v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 4

[55] Pour ce qui est de la question de la norme de contrôle applicable, j'y reviendrai lors de mon examen des cinq derniers points litigieux. Il est de jurisprudence constante que, lorsqu'une décision ERAR est examinée dans sa totalité, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable (*Figurado c. Canada*

F.C.R. 387 (F.C.)). Nevertheless, the standard must be adjusted in accordance with the particular issue that is being considered. As Justice Richard Mosley determined in *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 30 Admin. L.R. (4th) 131 (F.C.), questions of fact must be reviewed against a standard of patent unreasonableness, questions of mixed fact and law are subject to a standard of reasonableness, and questions of law must be assessed in accordance with a standard of correctness. Needless to say, there is no need to go through a standard of review analysis with respect to the first two issues. When procedural fairness is at stake, the Court must determine whether the procedure followed was fair or not: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392 (F.C.A.); *Chir v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 765.

ANALYSIS

(a) Reasonable apprehension of bias

[56] The Lais submit there are three facts which give rise to a reasonable apprehension of bias. First and foremost, they argue the Minister has already determined the diplomatic note from the Chinese authorities is satisfactory because of the Minister's submissions to the Board during the Lais' refugee hearing. By advocating that the Board treat the note as reliable, the Lais argue the Minister was implicitly assessing risk since the note covers the same three risks to be determined under section 97 of the IRPA. The Minister, through her delegate, should not have been asked to make exactly the same decision in the context of a PRRA. Indeed, counsel was of the view that the PRRA officer came to the same conclusion as the Minister's representative in the Board hearings—that the assurances were reliable—for the same reasons.

[57] Counsel for the applicants referred me to a number of sections in the IRPA identifying the Minister

(*Solliciteur général*), [2005] 4 R.C.F. 387 (C.F.)). Quoi qu'il en soit, il faut ajuster la norme en fonction de la question précise à l'examen. Comme l'a expliqué le juge Richard Mosley dans le jugement *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 437, dans le cadre du contrôle judiciaire des décisions relatives à l'ERAR, la norme de contrôle applicable aux questions de fait est celle de la décision manifestement déraisonnable; la norme applicable aux questions mixtes de fait et de droit, celle de la décision raisonnable, et la norme applicable aux questions de droit, celle de la décision correcte. Il va de soi qu'en l'espèce, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse de la norme de contrôle pour ce qui est des deux premières questions en litige. Lorsque l'équité procédurale est en cause, la Cour doit décider si la procédure suivie était équitable ou non (*Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392 (C.A.F.); *Chir c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 765).

ANALYSE

a) Crainte raisonnable de partialité

[56] Les Lai avancent trois faits qui suscitent une crainte raisonnable de partialité. Ils soutiennent d'abord et avant tout qu'il ressort des observations que le ministre a formulées devant la Commission au cours de l'audience concernant leur statut de réfugié qu'il avait déjà décidé que la note diplomatique émanant des autorités chinoises était satisfaisante. Les Lai prétendent qu'en exhortant la Commission à considérer la note comme fiable, le ministre se livrait implicitement à une évaluation des risques, étant donné que la note en question vise précisément les trois risques qui doivent être examinés aux termes de l'article 97 de la LIPR. Le ministre n'aurait pas dû être appelé à prendre exactement la même décision dans le contexte d'un ERAR par l'entremise de son délégué. D'ailleurs, l'avocat s'est dit d'avis que l'agente d'ERAR en était arrivée à la même conclusion que celle à laquelle le représentant du ministre en était venu lors des audiences de la Commission, en l'occurrence que les assurances étaient fiables et ce, pour les mêmes raisons.

[57] L'avocat des demandeurs m'a cité plusieurs articles de la LIPR dans lesquels le ministre est désigné

as the person responsible for the PRRA (subsection 112(1), paragraph 113(b), subsections 114(2) and (3)). This would tend to show that the PRRA decision is that of the Minister, not of someone independent from her. Statutorily, the decision is the Minister's. Someone who is not the Minister can make that decision, so goes the argument, only if that person is the Minister's voice.

[58] What compounds the problem and makes this case special, according to the applicants, is that the Board did not look at the risks identified in section 97 because the IRPA had not yet been enacted. This is why the PRRA officer in this case looked at both new and old evidence. Ordinarily, a PRRA officer will only look at new evidence. Had the IRPA been enacted when the Board decided the Lais' application, it would have evaluated the evidence under both sections 96 and 97. If that was the case, the Minister's submissions to the Board would not have mattered for the purposes of a PRRA because those submissions would be "old" evidence—i.e. they would only relate to evidence the Board had already assessed.

[59] Before going into the merits of that submission, I would reiterate that the Minister of Citizenship and Immigration no longer has the dual authority to appear before the Board and also decide risk assessments (now PRRAs, but formerly PDRCC applications). Its intervention authority to appear at Board hearings was transferred to the Canada Border Services Agency in 2003.

[60] According to the Lais, there are two other factors that give rise to a reasonable apprehension of bias. The first has to do with the genesis of the diplomatic note. Even if we were to accept that the note was spontaneously generated by Chinese authorities, they say, the Canadian government sought clarifications and

comme la personne chargée de procéder à l'ERAR (paragraphe 112(1), 114(2), 114(3) et alinéa 113b)), ce qui tendrait à démontrer que la décision prise à l'issue de l'ERAR est celle du ministre et non celle d'une personne qui est indépendante de lui. Selon la loi, c'est le ministre qui prend la décision. Suivant l'argument des demandeurs, quelqu'un d'autre que le ministre peut prendre cette décision, mais uniquement en tant que porte-parole du ministre.

[58] Suivant les demandeurs, ce qui complique le problème et confère un caractère spécial à la présente affaire est le fait que la Commission n'a pas examiné les risques énumérés à l'article 97 parce que la LIPR n'était pas encore en vigueur. C'est la raison pour laquelle, dans la présente affaire, l'agente d'ERAR a examiné à la fois d'anciens et de nouveaux éléments de preuve. Habituellement, l'agent d'ERAR ne tient compte que de nouveaux éléments de preuve. Si la LIPR avait été en vigueur lorsque la Commission a tranché la demande des Lai, l'agente aurait évalué la preuve tant en vertu de l'article 96 qu'en fonction de l'article 97. Si tel avait été le cas, les observations que le ministre a formulées devant la Commission n'auraient pas été importantes pour ce qui est de l'ERAR, parce que ces observations auraient été considérées comme d'« anciens » éléments de preuve qui ne se seraient donc rapportés qu'à des éléments de preuve déjà évalués par la Commission.

[59] Avant d'examiner le bien-fondé de cet argument, je tiens à rappeler que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration n'est plus investi du double pouvoir de comparaître devant la Commission et de se prononcer sur l'évaluation des risques (ce qu'on appelle maintenant l'ERAR, mais qui s'appelait auparavant examen en matière de droit d'établissement des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (DNRSRC)). Son pouvoir d'intervention au cours des audiences de la Commission a été transféré à l'Agence des services frontaliers du Canada en 2003.

[60] Suivant les Lai, il y a deux autres facteurs qui suscitent une crainte raisonnable de partialité. Le premier concerne la genèse de la note diplomatique. Ils expliquent que, même si je devais accepter que la note a été spontanément générée par les autorités chinoises, le gouvernement canadien a demandé des éclaircisse-

additional assurances, which were reflected in the final version of the note. In seeking these additional guarantees, the Lais claim the Canadian government was expressing a legal opinion. That is, they requested these clarifications because they believed they were required under Canadian law.

[61] Finally, the Lais submit that the Canadian government values its relations with the government of China more highly than fairness to them, as evidenced by the government's interrogation of Tao Mi in Shanghai in December, 2001. Not only was a Chinese official present, but the official was never cautioned about holding that interview in confidence. Moreover, the Lais' lawyer was not given prior notice of that interrogation. Relying on Justice MacKay's criticisms of this process, to which I referred at paragraph 49 of this decision, the Lais claim this behaviour has also created a reasonable apprehension of bias.

[62] The Lais have suggested two solutions. First, they say this Court should order a trial to deal with the PRRA application itself. While acknowledging that this would be outside the statutory scheme, Mr. Matas suggested that section 24 of the Charter gives this Court jurisdiction to fashion such a remedy to the extent that there is a violation of section 7 of the Charter. Alternatively, counsel proposed that a commission of inquiry be established under the authority of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, to deal with this particular PRRA application.

[63] There is no doubt that the independence of the judiciary and the impartiality of its members are the cornerstones of our judicial system and essential characteristics of a state governed by the rule of law. The test for bias was set out by the Federal Court of Appeal and approved by the Supreme Court of Canada in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394 (*Committee for Justice and Liberty*): "what would an informed person, viewing the matter realistically and

ments et des assurances additionnelles, dont il a été tenu compte dans la version définitive de la note. Les Lai affirment qu'en réclamant ces garanties supplémentaires, le gouvernement canadien exprimait un avis juridique. Autrement dit, le gouvernement canadien a réclamé ces éclaircissements parce qu'il croyait que la loi canadienne l'exigeait.

[61] Les Lai soutiennent enfin que le gouvernement canadien se soucie davantage d'entretenir de bonnes relations avec le gouvernement de la Chine que de traiter les Lai de façon équitable, comme en fait foi l'interrogatoire que Tao Mi a subi à Shanghai en décembre 2001. Non seulement un fonctionnaire chinois était-il présent, mais ce fonctionnaire n'a jamais été prévenu qu'il devait respecter le caractère confidentiel de cette entrevue. De plus, l'avocat des Lai n'a jamais reçu de préavis de cet interrogatoire. Se fondant sur les critiques formulées par le juge MacKay au sujet de cette façon de procéder, critiques que je cite au paragraphe 49 de la présente décision, les Lai affirment que ces agissements suscitent également une crainte raisonnable de partialité.

[62] Les Lai proposent deux solutions. Premièrement, ils affirment que la Cour devrait ordonner la tenue d'un procès portant spécifiquement sur la demande d'ERAR. Tout en reconnaissant qu'une telle mesure déborde le cadre de la loi, M^e Matas avance l'idée que l'article 24 de la Charte confère à notre Cour la compétence pour accorder une telle réparation dès lors qu'elle constate une violation de l'article 7 de la Charte. À titre subsidiaire, l'avocat propose qu'une commission d'enquête soit établie sous le régime de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, pour examiner cette demande d'ERAR particulière.

[63] Il n'y a aucun doute que l'indépendance de la magistrature et l'impartialité de ses membres sont la pierre angulaire de notre système judiciaire, en plus de constituer des caractéristiques essentielles de tout État de droit. Le critère permettant de déterminer s'il y a partialité a été énoncé par la Cour d'appel fédérale et a été approuvé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'Énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394 (*Committee for Justice and Liberty*) :

practically—and having thought the matter through—conclude.”

[64] Because an allegation of bias is of such momentous importance, the grounds to establish such an apprehension must be substantial and must rest on something more than pure speculation or conjecture: *Committee for Justice and Liberty*, above, at pages 394-395; *Arthur v. Canada (Attorney General)* (2001), 283 N.R. 346 (F.C.A.), at paragraph 8. In the present case, I have not understood counsel’s submission to be that the PRRA officer was personally biased. What we are dealing with here is an allegation of institutional bias, which would have arisen in all the cases decided while the Minister of Citizenship and Immigration had overlapping statutory “intervention” and “protection” authority during the transition period following the IRPA’s enactment. During that time, the Minister had the power to intervene at Board hearings and the power to protect by deciding PRRA applications.

[65] I am prepared to accept, based on the evidence before me, that the Chinese ambassador to Canada initiated the discussions with the Canadian government regarding the assurances Canada expected if Mr. Lai was to be returned to China. I fail to see how the further assurances and clarifications Canada sought, in light of its understanding of Canadian law and especially of the Supreme Court’s decision in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, could have had any impact on the PRRA officer’s decision. A fully informed person, who knows the PRRA officer made the first section 97 risk finding in Mr. Lai’s case in 2006, five years after the assurances were given, would not find a reasonable apprehension of bias based on the historical communications that resulted in the diplomatic note. Not only could the Canadian officials’ views have no bearing on the PRRA officer, a point to which I shall return shortly, but these views were also supplemented with a good deal of more recent documentary evidence about Chinese diplomatic assurances.

« à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ».

[64] En raison de l’importance capitale que revêt une accusation de partialité, les raisons justifiant une crainte de cette nature doivent être solides et ne sauraient s’appuyer sur de simples hypothèses ou conjectures (*Committee for Justice and Liberty*, précité, aux pages 394 et 395; *Arthur c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 223, au paragraphe 8). En l’espèce, je ne crois pas que l’avocat affirme que l’agente d’ERAR avait un parti pris personnel. Nous avons affaire ici à une allégation de partialité institutionnelle, qui entacherait tous les cas qui ont été jugés alors que le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration avait le double pouvoir d’« intervention » et de « protection » au cours de la période de transition ayant suivi l’entrée en vigueur de la LIPR. À l’époque, le ministre avait le pouvoir d’intervenir au cours des audiences de la Commission, ainsi que le pouvoir de trancher les demandes d’ERAR.

[65] Je suis disposé à accepter, compte tenu de l’ensemble des éléments de preuve qui ont été portés à ma connaissance, que l’ambassadeur de la Chine au Canada a entamé des pourparlers avec le gouvernement canadien au sujet des assurances que le Canada s’attendait à recevoir si M. Lai devait retourner en Chine. Je ne vois pas comment les assurances et les éclaircissements supplémentaires réclamés par le Canada auraient pu influencer la décision de l’agente d’ERAR, compte tenu de son interprétation du droit canadien et, plus particulièrement, de l’arrêt de la Cour suprême *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283. La personne bien renseignée qui sait que l’agente d’ERAR a tiré, en vertu de l’article 97, la première conclusion concernant les risques auxquels seraient exposés les Lai en 2006, cinq ans après que les assurances en question eurent été données, ne conclurait pas à l’existence d’une crainte raisonnable de partialité sur le fondement des communications historiques ayant abouti à la rédaction de la note diplomatique. Non seulement l’opinion des fonctionnaires canadiens ne pouvait avoir aucune incidence sur la décision de l’agente d’ERAR—un aspect sur lequel je reviendrai sous peu—, mais leur opinion a été confirmée par une quantité appréciable

[66] I am a little bit more troubled by the way Canadian officials interrogated Tao Mi in Shanghai. Like my colleague Justice MacKay, I think this way of proceeding was most inappropriate, to say the least. And it is certainly no defence to argue, like counsel for the Minister did, that Tao Mi's interrogation statement was fully voluntary and simply confirmed what she had said in her original testimony. What else could be expected, with a Chinese state official present in the room? Even if she was tortured or coerced into making false accusations in her first statement, the circumstances of the interrogation made it virtually impossible to discuss. That being said, I do not think that an informed person, viewing the matter realistically and practically, would use this event to draw a negative conclusion about the PRRA officer's impartiality. Indeed, the reason she assigned little weight to Tao Mi's purported recantation was not because of anything she said in her interrogation at the Canadian Consulate. Rather, the officer concluded there was insufficient direct and convincing evidence to corroborate that Tao Mi did in fact meet with the Canadian lawyer and did retract statements she made implicating the Lais of smuggling.

[67] The Lais' basic argument is that the PRRA officer could not assess the diplomatic note independently because she had to restrict her findings to whatever counsel for the Minister had submitted to the Board in 2001. I find this argument unpersuasive for a number of reasons.

[68] It is by now well established that ministers are not expected to personally exercise all the powers endowed to them by Parliament. A power to delegate is usually implicit in a legislative scheme empowering a

d'éléments de preuve documentaire plus récents, portant sur les assurances diplomatiques chinoises en question.

[66] Je suis un peu plus troublé par la façon dont les fonctionnaires canadiens ont interrogé Tao Mi à Shanghai. À l'instar de mon collègue le juge MacKay, j'estime que cette façon de procéder était pour le moins fort déplacée. Et ce n'est certainement pas justifié d'alléger, et on ne saurait certes exciper, comme l'avocate du ministre l'a fait, que les déclarations faites par Tao Mi lors de son interrogatoire étaient pleinement volontaires et qu'elles confirmaient simplement ce qu'elle avait déjà dit dans son témoignage. À quoi d'autre pouvait-on s'attendre compte tenu de la présence d'un fonctionnaire de l'État chinois dans la pièce? Même en supposant qu'elle avait été torturée ou forcée de faire de fausses accusations dans sa première déclaration, les conditions dans lesquelles son interrogatoire s'est déroulé rendaient pratiquement impossible toute discussion. Ceci étant dit, je ne crois pas qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question, de façon réaliste et pratique, se servirait de ce fait pour tirer une conclusion défavorable au sujet de l'impartialité de l'agente chargée de procéder à l'examen des risques avant renvoi. D'ailleurs, la raison pour laquelle l'agente a accordé peu de poids à la présumée rétractation de Tao Mi n'avait rien à voir avec les propos que cette dernière avait tenus lors de son interrogatoire au consulat canadien. L'agente a plutôt conclu qu'elle ne disposait pas suffisamment d'éléments de preuve directs et convaincants pour corroborer que Tao Mi avait effectivement rencontré l'avocat canadien et était effectivement revenue sur les déclarations qu'elle avait faites et qui impliquaient les Lai dans l'affaire de la contrebande.

[67] L'argument de base des Lai est que l'agente d'ERAR ne pouvait évaluer la note diplomatique de façon impartiale parce qu'elle devait limiter ses conclusions à ce que l'avocate du ministre avait déclaré devant la Commission en 2001. Cet argument ne me convainc pas, pour plusieurs raisons.

[68] Il est de jurisprudence constante que l'on ne s'attend pas à ce que les ministres exercent personnellement tous les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Habituellement, le régime législatif qui définit les

minister to act: *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238. This authority to delegate has been spelled out explicitly in the IRPA, of which subsection 6(2) provides that anything the Minister may do under the Act may be delegated in writing. The Minister has done so with respect to her authority under section 112 to decide PRRA applications (Delegation Instrument, December 12, 2005, Item 52).

[69] While the notion that a department's civil servants speak with one voice and are essentially the Minister's mouthpiece may have held true in a distant past, it is highly unrealistic in today's complex and multi-faceted reality. Modern-day governmental departments are huge organizations, with thousands of employees assigned to varied and numerous functions. While any given minister of the Crown still retains the ultimate responsibility for his department's policies and practices, no one expects him to oversee every decision falling within every single mandate comprising his portfolio. In carrying out their day-to-day responsibilities, officials of one particular unit are not necessarily bound by decisions made by other officials in a different context. As the PRRA officer aptly put it at page 4 of her decision, it would be "a reductionist and monolithic view of the Minister's varying responsibilities and mandates" to reduce the role of the PRRA officer "to that of concurring in any previous decision in which another delegate of the Minister made representations."

[70] This is reinforced by looking at section 5.14 of the PRRA Manual [*Immigration Manual: Protected Persons (PP)*, Chapter PP 3: Pre-removal Risk Assessment (PRRA)], which directs those officers to bear the following in mind as they make their decisions:

5.14. Decision in writing

[. . .]

It is important to show that PRRA officers have carefully analyzed the case, weighed all of the evidence, and balanced

pouvoirs du ministre permet tacitement au ministre de déléguer ses attributions (*R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238). Ce pouvoir de délégation est prévu en toutes lettres dans la LIPR, au paragraphe 6(2), qui dispose que le ministre peut déléguer, par écrit, les attributions qui lui sont conférées par la Loi. C'est bien ce que le ministre a fait en ce qui concerne le pouvoir que lui confère l'article 112 de se prononcer sur les demandes d'ERAR (instrument de délégation en date du 12 décembre 2005, point 52).

[69] Bien que l'idée que les fonctionnaires d'un ministère parlent d'une seule voix et qu'ils sont essentiellement les porte-parole du ministre ait pu être vraie dans un passé lointain, une telle assertion est très peu réaliste dans un monde complexe et hétérogène. De nos jours, les ministères sont des appareils bureaucratiques considérables comptant des milliers d'employés à qui sont confiées des tâches diverses et variées. Certes, les ministres de la Couronne demeurent en bout de ligne chargés des orientations et des pratiques au sein de leur ministère, mais personne ne s'attend à ce qu'ils supervisent chacune des décisions relevant de chacun des mandats qu'englobe leur portefeuille. Lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions au jour le jour, les fonctionnaires d'un service déterminé ne sont pas nécessairement liés par les décisions prises par d'autres fonctionnaires dans un contexte différent. Comme le dit si bien l'agente d'ERAR à la page 4 de sa décision, [TRADUCTION] « réduire le rôle des agents chargés de procéder à l'examen des risques avant renvoi à une simple adhésion à toute décision au sujet de laquelle un autre délégué du ministre a fait valoir son point de vue constituerait une vision réductrice et monolithique des diverses attributions et des divers mandats du ministre ».

[70] Cette opinion est renforcée par la connaissance de la section 5.14 du Guide d'ERAR [*Guide de l'immigration : Personnes protégées (PP)*, chapitre PP 3 : Examen des risques avant renvoi (ERAR)], qui oblige les agents en question à tenir compte des facteurs suivants lorsqu'ils prennent leurs décisions :

5.14 Décisions par écrit

[. . .]

Les agents d'ERAR doivent démontrer qu'ils ont soigneusement analysé le dossier, apprécié la preuve et

the treatment they have given to the evidence considered. The decision should be based on the evidence presented and researched, supported by the factual weight of the evidence itself. The decision should not be based on any preconceived bias or information. The research should be fresh and show that the PRRA officer has addressed the individual case. Each applicant in the PRRA process is entitled to a fully independent assessment of the facts.

[71] This is precisely what the PRRA officer did in the case at bar. After having carefully reviewed the Lais' arguments alleging that her decision was predetermined, she wrote at page 3 of her decision:

Counsel would have it that given that the Minister's representatives at the time of the applicants' CRDD hearing made submissions relating to the value of the diplomatic assurances given by the government of the People's Republic of China to the Government of Canada, that the pre-removal risk assessment process is fatally flawed and that no independent and unbiased decision can be made by a Pre-Removal Risk Assessment Officer. To accept such an argument would be tantamount to arguing that there can be no question of more than one mandate within the Department of Citizenship and Immigration. In response, I note that while all employees of the department are charged with the responsibility of administering and applying the objectives of the act in general, there can be varying and competing, even conflicting mandates in doing so.

[72] I find this reasoning unimpeachable. The Minister's dual mandates of intervention and protection in 2001 did not give rise to a reasonable apprehension of institutional bias, so long as each unit acted within its statutory mandate. This is precisely the issue that the Supreme Court considered in *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301. Writing for the Court, Justice Claire L'Heureux-Dubé stated, at page 309:

As with most principles, there are exceptions. One exception to the "*nemo iudex*" principle is where the overlap of functions which occurs has been authorized by statute, assuming the constitutionality of the statute is not in issue.

[73] Counsel for the applicants tried to distinguish that case on the basis that the PRRA officer has no

considéré équitablement les éléments de preuve examinés. La décision devrait être fondée sur les éléments de preuve déposés et documentés et s'appuyer sur les éléments de preuve factuels. Elle ne doit pas reposer sur la partialité ou sur des préjugés. La recherche doit être récente et démontrer que l'agent a étudié un dossier précis. Dans le processus de l'ERAR, chaque demandeur a droit à un examen indépendant complet des faits.

[71] C'est précisément ce que l'agente d'ERAR a fait dans le cas qui nous occupe. Après avoir attentivement examiné les arguments des Lai selon lesquels sa décision avait été prise d'avance, elle écrit ce qui suit, à la page 3 de sa décision :

[TRADUCTION] L'avocat voudrait que, comme les représentants du ministre à l'audience des demandeurs devant la CISR ont formulé des observations au sujet de la valeur des assurances diplomatiques données par le gouvernement de la République populaire de Chine au gouvernement du Canada, la procédure d'examen des risques avant le renvoi soit entachée d'une vice rédhibitoire et que l'agent chargé de l'évaluation des risques avant renvoi ne puisse rendre aucune décision indépendante et impartiale. Accepter un tel argument reviendrait à affirmer qu'il ne peut être question de plusieurs mandats au sein du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. En réponse, je signale que, bien que tous les employés du ministère soient chargés de l'application et de la mise en œuvre des objectifs de la loi en général, les mandats exécutés à cette fin peuvent varier, diverger et même se contredire.

[72] Ce raisonnement me paraît irréprochable. Le double mandat d'intervention et de protection dont était investi le ministre en 2001 ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle, dès lors que chacune des unités administratives respecte le cadre du mandat que la loi lui confie. C'est précisément la question que la Cour suprême a examinée dans l'arrêt *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301. Sous la plume de la juge Claire L'Heureux-Dubé, la Cour suprême explique, à la page 309 :

Comme la plupart des principes, celui-ci a ses exceptions. Il y a exception au principe « *nemo iudex* » lorsque le chevauchement de fonctions est autorisé par la loi, dans l'hypothèse où la constitutionnalité de la loi n'est pas attaquée.

[73] L'avocat des demandeurs a tenté d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire précitée

statutory or regulatory authority and does everything in the name of the Minister. To use counsel's words, *Brosseau*, above, was about an overlapping of institutional functions, not a coincidence of positions. With all due respect, this is a distinction without difference. It is true that the Alberta Securities Commission was statutorily created, while PRRA officers only have delegated authority. But to me, it seems the principle enunciated in *Brosseau*, above, does not hinge upon the nature of the instrument underlying the decision maker's existence. If the Minister herself has been authorized to intervene at Board hearings and to decide PDRCC applications, certainly her delegates must have the same authority. The risk of being contaminated by a previous decision is surely minimized when two different units are tasked with different responsibilities, as opposed to the same person doing both.

[74] In coming to this conclusion, I am comforted by the decision reached by my colleague Justice Frederick Gibson in *Say v. Canada (Solicitor General)*, [2006] 1 F.C.R. 532 (F.C.) (aff'd (2005), 50 Imm. L.R. (3d) 159 F.C.A.). In that case, the applicants had raised the issue of institutional bias or lack of independence on the part of the PRRA officers because they were (for a short period of time) organizationally situated within the Canada Border Services Agency [CBSA], along with removal officers. After examining the evidence, Justice Gibson concluded the PRRA unit was structured in such a way that it was insulated from other sections of the CBSA, so that a right-minded and informed individual would not have a reasonable apprehension of bias. At paragraph 39 of the decision, he wrote:

On the evidence before the Court in this matter, I conclude that there would not be a reasonable apprehension of bias, in the mind of a fully informed person, in a substantial number of cases. That is not to say that there could not well be a reasonable apprehension of bias, as a matter of first impression, in the mind of a less than fully informed person, in a substantial number of cases. The mandate of the CBSA was portrayed in the substantial amount of public information surrounding its establishment as a security and enforcement

en faisant valoir que les agents d'ERAR n'ont aucun pouvoir législatif ou réglementaire et qu'ils font tout au nom du ministre. Pour reprendre les paroles mêmes de l'avocat, l'affaire *Brosseau*, précitée, portait sur un chevauchement de fonctions institutionnelles et non sur une coïncidence des postes. J'estime, en toute déférence, que cette distinction ne crée aucune différence. Il est vrai que l'Alberta Securities Commission avait été créée par une loi, alors que les agents d'ERAR n'exercent que les pouvoirs qui leur sont délégués. Il me semble toutefois que le principe énoncé dans l'arrêt *Brosseau*, précité, n'a rien à voir avec la nature de l'instrument sur lequel se fonde l'existence du décideur. Si le ministre est lui-même autorisé à intervenir dans les audiences de la Commission et à trancher les demandes des DNRSRC, il ne fait aucun doute que ses délégués doivent être investis du même pouvoir. Les risques d'être influencés par une décision antérieure sont sûrement minimisés lorsqu'on attribue des tâches différentes à deux services distincts au lieu de les confier à une seule et même personne.

[74] Pour en arriver à cette conclusion, je suis conforté par la décision à laquelle en est arrivé mon collègue le juge Frederick Gibson dans l'affaire *Say c. Canada (Solliciteur général)*, [2006] 1 R.C.F. 532 (C.F.) (conf. par 2005 CAF 422). Dans cette affaire, les demandeurs avaient soulevé la question de la partialité institutionnelle ou du manque d'indépendance des agents d'ERAR des risques avant renvoi pendant la courte période au cours de laquelle ces agents relevaient de l'Agence des services frontaliers du Canada [ASFC], au même titre que les agents de renvoi. Après avoir examiné la preuve, le juge Gibson a conclu que la section d'ERAR était structurée de telle manière qu'elle était isolée des autres sections de l'ASFC, de sorte qu'une personne sensée et bien informée n'aurait pas une crainte raisonnable de partialité. Au paragraphe 39 de sa décision, le juge écrit ce qui suit :

Compte tenu de la preuve dont la Cour dispose en l'espèce, je conclus que dans un grand nombre de cas, il n'existerait aucune crainte raisonnable de partialité dans l'esprit d'une personne parfaitement informée. Cela ne veut pas dire qu'une crainte raisonnable de partialité soit inconcevable—sous forme de première impression—dans un grand nombre de cas dans l'esprit d'une personne moins bien informée. Dans un grand nombre de documents d'information au public diffusés au moment de la constitution de l'ASFC, on a dit que son

mandate, a mandate quite distinct from a “protection” mandate. But the evidence before the Court indicates that its mandate was, at least in the period in question, rather multifaceted and that there was a conscious effort to insulate the PRRA program from the enforcement and removal functions of the CBSA. Thus, I conclude that a “fully informed person” would not have a reasonable apprehension that bias would infect decision makers in the PRRA program in a “substantial number of cases.”

[75] There is no evidence before me that this finding does not hold true anymore. PRRA officers are professional decision makers, undoubtedly very much aware that their decisions are subject to the constraints imposed upon each and every decision made on a quasi-judicial basis. I have no reason to believe that the PRRA officer did not do what she set out to do in the case at bar and did not approach this particular PRRA application with an open mind. Even assuming the diplomatic note was a key aspect of the risk assessment, she was not barred from looking at all the evidence that was available to her. There is no indication suggesting she simply stopped once she saw the evidence of the Minister’s submissions to the Board in 2001. As much as one may disagree with her findings, I do not think a fair-minded person, well apprised of the facts and having thought the matter through, would think that it is more likely than not that the PRRA officer would not decide the matter fairly.

[76] That being the case, there is no need to look at the constitutional argument based on section 7 of the Charter. There being no reasonable apprehension of bias, either from an institutional or from an individualized point of view, there can be no infringement of the principles of fundamental justice. By the same token, it is unnecessary to canvass the applicants’ proposed solutions. I shall only venture to say that this Court has no jurisdiction to determine a PRRA application, nor can section 24 of the Charter be a source of such jurisdiction. This Court’s jurisdiction is supervisory, and it cannot assume jurisdiction which Parliament has not granted it: *R. v. 974649 Ontario Inc.*,

mandat concernait la sécurité et l’application de la loi, ce qui se distingue tout à fait d’un mandat de « protection ». Cependant, il ressort de la preuve dont dispose la Cour que, du moins au cours de la période en litige, le mandat de cette agence était assez diversifié et qu’un effort conscient a été fait pour isoler le programme d’ERAR des fonctions relatives à la prise de mesures de renvoi et à l’application de la loi incombant à l’ASFC. Je conclus donc qu’une « personne parfaitement informée » n’aurait pas une crainte raisonnable que les décideurs du programme d’ERAR seraient partiaux « dans un grand nombre de cas ».

[75] Je ne dispose d’aucun élément de preuve permettant de penser que cette conclusion ne vaut plus aujourd’hui. Les agents d’ERAR sont des décideurs professionnels, qui sont sans doute parfaitement conscients du fait que leurs décisions sont assujetties aux contraintes qui valent pour toute décision soumise à un processus quasi judiciaire. Je n’ai aucune raison de croire que l’agente d’ERAR n’a pas fait ce qu’elle se proposait de faire en l’espèce et qu’elle n’a pas abordé la présente demande d’ERAR avec un esprit ouvert. Même en supposant que la note diplomatique constituait un aspect clé de l’évaluation des risques, il ne lui était pas interdit de tenir compte de l’ensemble de la preuve dont elle disposait. Rien ne permet de penser qu’elle a tout simplement arrêté son analyse après avoir pris connaissance des observations faites par le ministre devant la Commission en 2001. Certes, on peut être en désaccord avec ses conclusions, mais je ne crois pas qu’une personne sensée qui serait bien au courant des faits et qui étudierait la question en profondeur penserait qu’il est plus probable qu’improbable que l’agente d’ERAR ne trancherait pas la question de façon équitable.

[76] Dans ces conditions, il n’est pas nécessaire d’examiner le moyen constitutionnel fondé sur l’article 7 de la Charte. Comme il n’y a aucune crainte raisonnable de partialité tant sur le plan institutionnel que sur le plan individuel, il ne peut y avoir manquement aux principes de justice fondamentale. Dans le même ordre d’idées, il n’est pas nécessaire d’analyser les solutions proposées par les demandeurs. Je me permettrai seulement de dire que notre Cour n’a pas compétence pour statuer sur une demande d’ERAR, et qu’elle ne saurait tirer cette compétence de l’article 24 de la Charte. Le pouvoir qu’exerce notre Cour est un pouvoir de surveillance et notre Cour ne peut exercer

[2001] 3 S.C.R. 575; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

une compétence que le législateur fédéral ne lui a pas conférée (*R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177).

(b) The absence of an oral hearing

[77] The Lais have raised a second procedural fairness issue, relating to two affidavits they filed in support of their application. The first was from Ms. Tsang's sister. It said their father had been beaten and was under house arrest in China, while their mother was taken away by policemen on instructions from 4-20 investigators. The second affidavit was from the Canadian lawyer Clive Ansley, with Tao Mi's alleged recantation attached as an exhibit. In both cases, the PRRA officer gave little probative value to the evidence. She found Ms. Tsang's sister had an interest in the outcome of her claim for protection. Furthermore, her sister's affidavit contained uncorroborated hearsay. With respect to Mr. Ansley, as well as his assistant, neither one of them could testify as to the identity of the person who claimed to be Tao Mi. The Lais now claim the PRRA officer was not entitled to disregard those affidavits, without first granting them a hearing to address the officer's concerns.

[78] Paragraph 113(b) of the IRPA makes it clear that a hearing is to be held in exceptional circumstances. The factors to consider are found in section 167 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations), which reads as follows:

167. For the purpose of determining whether a hearing is required under paragraph 113(b) of the Act, the factors are the following:

- (a) whether there is evidence that raises a serious issue of the applicant's credibility and is related to the factors set out in sections 96 and 97 of the Act;
- (b) whether the evidence is central to the decision with respect to the application for protection; and
- (c) whether the evidence, if accepted, would justify allowing the application for protection.

b) Défaut de tenir une audience

[77] Les Lai soulèvent une autre question d'équité procédurale en rapport avec les deux affidavits qu'ils ont produits au soutien de leur demande. Le premier a été souscrit par la sœur de M^{me} Tsang, qui affirme que leur père aurait été battu et qu'il est assigné à sa résidence en Chine, tandis que leur mère aurait été arrêtée par des policiers sur les instructions des enquêteurs de l'équipe 4-20. Le second affidavit a été souscrit par M^e Clive Ansley, un avocat canadien. La présumée rétractation de Tao Mi était jointe à ce dernier affidavit. Dans les deux cas, l'agente d'ERAR a reconnu une faible valeur probante à ces éléments de preuve. Elle a conclu que la sœur de M^{me} Tsang avait un intérêt dans l'issue de sa demande d'asile et que l'affidavit de sa sœur contenait du ouï-dire qui n'avait pas été corroboré. En ce qui concerne M^e Ansley et son assistante, ni l'un ni l'autre n'a pu témoigner au sujet de l'identité de la personne qui affirmait être Tao Mi. Les Lai soutiennent maintenant que l'agente d'ERAR n'avait pas le droit d'écarter ces affidavits sans leur accorder d'abord la possibilité de répondre à ses préoccupations.

[78] L'alinéa 113(b) de la LIPR précise bien qu'une audience peut être tenue dans certaines circonstances exceptionnelles. Les facteurs dont il y a lieu de tenir compte se trouvent à l'article 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), dont le texte suit :

167. Pour l'application de l'alinéa 113(b) de la Loi, les facteurs ci-après servent à décider si la tenue d'une audience est requise :

- a) l'existence d'éléments de preuve relatifs aux éléments mentionnés aux articles 96 et 97 de la Loi qui soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité du demandeur;
- b) l'importance de ces éléments de preuve pour la prise de la décision relative à la demande de protection;
- c) la question de savoir si ces éléments de preuve, à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que soit accordée la protection.

[79] Having reviewed the circumstances under which a hearing must be held, I do not think an interview was required in this case. First of all, the sister's affidavit put her own credibility into question, not Ms. Tsang's. Since section 167 of the Regulations envisions the possibility of a hearing for an applicant, I fail to see how Ms. Tsang could have testified on the basis of her sister's affidavit.

[80] As for Mr. Ansley and his assistant, they could have certainly been cross-examined on their affidavits before the Board, but the Minister chose not to. This was her absolute prerogative. It is trite law that a decision maker is not required to accept affidavit evidence merely because the affiant was not cross-examined (*Bath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1207 (T.D.) (QL); *Singh v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 159).

[81] The applicants further contend that the PRRA officer breached both the regulatory requirement on interviews and the duty of fairness. They submit she should have either interviewed the affiants about the identity of the woman who came to Mr. Ansley's office or given them notice of her concern and an opportunity to respond. I strongly disagree. First of all, the affidavits of Mr. Ansley and his assistant were before the Board in 2001, and the Board gave them very little weight. Between then and now, the Lais could have cured this evidentiary deficiency by seeking evidence to confirm how the affiants knew the woman in Mr. Ansley's office was Tao Mi. However, they did not. Moreover, the Lais' credibility was not the determining issue in the PRRA decision. Rather, the officer found the risks to the Lais had not been established on objective evidence, particularly in light of the diplomatic note. The officer concluded, at page 41 of her reasons, that the unsigned statement was "not probative or significantly determinative of forward-looking risk to the applicants." This was not a credibility finding against the Lais but a finding based on the evidence they submitted to support the claim that they were at risk of torture. For all of these reasons, I do not think the officer breached section 167 of the Regulations by failing to conduct an oral hearing with the Lais to discuss the two affidavits.

[79] Après examen des circonstances dans lesquelles une audience doit être tenue, je ne crois pas qu'une entrevue était nécessaire dans le cas qui nous occupe. En tout premier lieu, l'affidavit souscrit par la sœur de M^{me} Tsang remet en cause la crédibilité de son auteure et non celle de M^{me} Tsang. Comme l'article 167 du Règlement envisage la possibilité d'accorder une audience au demandeur, je ne vois pas comment M^{me} Tsang aurait pu témoigner sur la foi de l'affidavit de sa sœur.

[80] Quant à M^e Ansley et à son assistante, ils auraient certainement pu être contre-interrogés au sujet de leur affidavit devant la Commission, mais le ministre a choisi de ne pas le faire, ce qui était son droit le plus strict. Il est de jurisprudence constante qu'un décideur n'est pas tenu d'accepter un affidavit pour la simple raison que son auteur n'a pas été contre-interrogé (*Bath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1207 (1^{re} inst.) (QL); *Singh c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 159).

[81] Les demandeurs soutiennent en outre que l'agente d'ERAR n'a pas respecté l'obligation que lui impose le règlement en matière d'entrevues et qu'elle a manqué à son devoir d'agir avec équité. Ils affirment qu'elle n'aurait jamais dû interroger les souscripteurs des affidavits au sujet de l'identité de la femme qui s'était présentée au cabinet de M^e Ansley et ils ajoutent qu'à défaut, elle devait leur faire part de ses réserves et leur donner l'occasion de répondre. Je suis en profond désaccord avec cette position. Tout d'abord, il y a lieu de rappeler qu'en 2001, la Commission avait en mains l'affidavit de M^e Ansley et celui de son assistante et qu'elle a décidé de leur accorder très peu de poids. Depuis, les Lai auraient pu corriger cette lacune dans leur preuve en cherchant à obtenir des éléments de preuve pour confirmer sur quoi les auteurs de ces affidavits se fondaient pour affirmer que la femme qui se trouvait dans le cabinet de M^e Ansley était bel et bien M^{me} Tao Mi. Mais ils n'en ont rien fait. De plus, la crédibilité des Lai n'était pas la question déterminante dans la décision d'ERAR. L'agente a plutôt estimé que les risques auxquels les Lai affirmaient qu'ils seraient exposés n'avaient pas été établis sur le fondement d'éléments de preuve objectifs, à la lumière notamment de la note diplomatique. L'agente a conclu, à la page 41 de ses motifs, que la déclaration non signée n'était

[TRADUCTION] « pas probante et qu'elle ne permet pas vraiment d'établir si les demandeurs seraient exposés à un risque à l'avenir ». Il ne s'agissait pas d'une conclusion défavorable portant sur la crédibilité des Lai, mais bien d'une conclusion fondée sur les éléments de preuve qu'ils avaient présentés à l'appui de leur affirmation qu'ils seraient exposés à un risque de torture. Pour tous ces motifs, je ne crois pas que l'agente a contrevenu à l'article 167 du Règlement en n'accordant pas d'audience aux Lai pour discuter des deux affidavits.

(c) Does the diplomatic assurance encompass a conditional death sentence?

[82] The Lais are wanted for arrest for the offence of smuggling, contrary to Article 153 of the *Criminal Law of the People's Republic of China*. Mr. Lai is also wanted for bribery, contrary to Article 389 of the same law. It is true that the Lais have not been charged yet, but as I explained above, it appears a person is not charged with a crime in China until he or she is in custody. While the maximum sentence for bribery is 10 years' imprisonment, the penalty for "especially serious" cases of smuggling jumps to life imprisonment or death, pursuant to Article 151 of the *Criminal Law of the People's Republic of China*. Accordingly, I am confident that removing Mr. Lai to China would subject him to a risk to his life, were it not for the diplomatic assurances. And this is precisely why these assurances were given, in the wake of the Supreme Court's decision in *United States v. Burns*, above.

[83] The Lais' argument with respect to the diplomatic note is twofold. First, they submit the PRRA officer erred by failing to address whether the note encompasses a conditional death penalty. Second, and this argument was raised for the first time before this Court, they argue a suspended death sentence amounts to cruel and unusual treatment or punishment even if the person is never executed.

c) Les assurances diplomatiques englobent-elles la peine de mort conditionnelle?

[82] Les Lai sont recherchés en vertu de mandats d'arrestation pour s'être livrés à de la contrebande en violation de l'article 153 du Code pénal de la République populaire de Chine [*Criminal Law of the People's Republic of China*]. M. Lai est également recherché pour corruption, un délit prévu à l'article 389 de la même loi. Il est vrai qu'aucune accusation n'a encore été portée contre les Lai mais, comme je l'ai déjà expliqué, il semble qu'en Chine, une personne n'est accusée qu'une fois qu'elle est détenue. Bien que la peine maximale prévue pour la corruption soit de dix ans d'emprisonnement, la sanction que prévoit l'article 151 du Code pénal de la République populaire de Chine prévue pour le crime « spécialement grave » de contrebande est la réclusion à perpétuité ou la peine de mort. Je suis donc convaincu que, n'eurent été les assurances diplomatiques, le renvoi de M. Lai en Chine exposerait celui-ci à une menace à sa vie. C'est d'ailleurs la raison précise pour laquelle ces assurances ont été données dans la foulée de l'arrêt *États-Unis c. Burns*, précité, de la Cour suprême.

[83] L'argument invoqué par les Lai au sujet de la note diplomatique comporte deux volets. Premièrement, ils soutiennent que l'agente d'ERAR a commis une erreur en n'abordant pas la question de savoir si la note diplomatique englobait la peine de mort conditionnelle. En second lieu — et cet argument a été soulevé pour la première fois devant notre Cour —, ils affirment qu'une condamnation à mort avec sursis équivaut à un traitement ou une peine cruel et inusité même si l'intéressé n'est jamais exécuté.

[84] Before assessing these arguments, I must first determine the applicable standard of review. The Lais submit the interpretation of the diplomatic note is a matter of international law, not just domestic Chinese law. They claim that since international law is a part of Canadian law, the proper interpretation of the note should therefore be reviewed against a standard of correctness.

[85] The Minister, on the other hand, submits that the interpretation and the reliability of the note are both questions of fact that must be assessed on a standard of patent unreasonableness. While accepting this precise issue has never been decided, the Minister argues that interpreting and assessing the note involved findings about foreign law and evidence of past practice, and as such the PRRA officer's conclusions deserve significant deference.

[86] There is no doubt that foreign law is a matter of fact reviewable on the standard of patent unreasonableness. As the Federal Court of Appeal held in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, [2002] 1 F.C. 200 (F.C.A.), at paragraph 26:

Foreign law is a question of fact, which must be proved to the satisfaction of the Court. Judicial findings about foreign law, therefore, have always been considered on appeal as questions of fact (see J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1997), at page 155). Moreover, it is well settled that this Court will only interfere with a finding of fact, including a finding of fact with regard to expert evidence, if there has been a palpable and overriding error (See for example *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802).

See also: *Magtibay v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005) 271 F.T.R. 153 (F.C.), at paragraph 15; *Aung v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 82, at paragraph 13; *Buttar*

[84] Avant d'évaluer ces arguments, je dois d'abord déterminer la norme de contrôle applicable. Les Lai affirment que l'interprétation de la note diplomatique est une question de droit international, et non seulement une question de droit interne chinois. Ils soutiennent que, comme le droit international fait partie du droit canadien, la norme de contrôle qui s'applique à la question de l'interprétation de la note devrait par conséquent être celle de la décision correcte.

[85] Le ministre, en revanche, affirme que l'interprétation et la fiabilité de la note sont toutes deux des questions de fait qui doivent être évaluées selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Tout en reconnaissant que cette question précise n'a jamais été tranchée, le ministre fait valoir que, pour pouvoir interpréter et évaluer la note, il faut tirer des conclusions au sujet du droit étranger et des éléments de preuve présentés au sujet de l'usage antérieur, de sorte qu'il y a lieu de faire preuve d'un degré élevé de retenue judiciaire en ce qui concerne les conclusions tirées par l'agente d'ERAR.

[86] Il n'y a aucun doute que le droit étranger est une question de fait susceptible d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Comme l'a jugé la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, [2002] 1 C.F. 200 (C.A.F.), au paragraphe 26 :

Le droit étranger est une question de fait qui doit être prouvée à la satisfaction du tribunal. Les conclusions judiciaires au sujet du droit étranger ont donc toujours été considérées en appel comme des questions de fait (voir J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd. (Toronto : Butterworths, 1997), à la page 155). De plus, il est de jurisprudence constante que notre Cour ne modifiera une conclusion de fait, y compris une conclusion de fait portant sur un témoignage d'expert, que si une erreur manifeste et dominante a été commise (voir, par exemple les arrêts *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247 et *Stein et autres c. Le « Kathy K » et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802).

Voir aussi : *Magtibay c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 397, au paragraphe 15; *Aung c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 82, au

v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2006 FC 1281, at paragraph 9; *Nur v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 636, at paragraph 30; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Choubak* (2006), 291 F.T.R. 129 (F.C.).

[87] It is equally beyond dispute that assessing whether an assurance is reliable is a question of fact, reviewable on the standard of patent unreasonableness. The Supreme Court said so in both *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72, at paragraph 17, and *Suresh*, above, at paragraph 39, where it stated:

As mentioned earlier, whether there is a substantial risk of torture if Suresh is deported is a threshold question. The threshold question here is in large part a fact-driven inquiry. It requires consideration of the human rights record of the home state, the personal risk faced by the claimant, any assurances that the claimant will not be tortured and their worth and, in that respect, the ability of the home state to control its own security forces, and more. . . . Such issues are largely outside the realm of expertise of reviewing courts and possess a negligible legal dimension. We are accordingly of the view that the threshold finding of whether Suresh faces a substantial risk of torture, as an aspect of the larger s. 53(1)(b) opinion, attracts deference by the reviewing court to the Minister's decision. The court may not reweigh the factors considered by the Minister, but may intervene if the decision is not supported by the evidence or fails to consider the appropriate factors.

[88] Mr. Matas is certainly correct in asserting that a diplomatic note is more akin to an international law instrument than to a domestic law. In his affidavit, expert John Holmes described the note in this case as “a commitment of a political nature from one state to another.” Having said that, Mr. Holmes recognized that a diplomatic note is not binding in international law. Rather, it reflects one party's intention to fulfill a specific undertaking.

paragraphe 13; *Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1281, au paragraphe 9; *Nur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 636, au paragraphe 30; et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Choubak*, 2006 CF 521.

[87] Il est par ailleurs incontestable que la question de la fiabilité des assurances données constitue une question de fait susceptible d'être contrôlée en fonction de la norme de la décision manifestement déraisonnable. C'est bien ce que la Cour suprême a affirmé tant dans l'arrêt *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72, au paragraphe 17, que dans l'arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 39, où elle dit ce qui suit :

Comme il a été mentionné plus tôt, la question de savoir si M. Suresh court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion est une question préliminaire. En l'espèce, la réponse à cette question dépend en grande partie des faits. Elle exige la prise en considération des antécédents du pays d'origine en matière de respect des droits de la personne, des risques personnels courus par le demandeur, de toute assurance que l'intéressé ne sera pas torturé et de la valeur de telles assurances—et, à cet égard, de la capacité du pays d'origine de contrôler ses propres forces de l'ordre —, ainsi que de bien d'autres considérations. [. . .] Ces questions échappent en grande partie au champ d'expertise des tribunaux de révision et leur aspect juridique est négligeable. Nous sommes par conséquent d'avis que le tribunal de révision doit faire montre de retenue à l'égard de la conclusion concernant la question préliminaire de savoir si M. Suresh court un risque sérieux de torture, en tant qu'aspect de l'opinion générale formulée en vertu de l'al. 53(1)b). Le tribunal ne peut soupeser à nouveau les facteurs pris en compte par le ministre, mais il peut intervenir si la décision n'est pas étayée par la preuve ou si elle n'a pas été prise en tenant compte des facteurs pertinents.

[88] M^e Matas affirme avec raison qu'une note diplomatique s'apparente davantage à un instrument de droit international qu'à un document relevant du droit interne. Dans son affidavit, l'expert John Holmes qualifie d'ailleurs la note dont il est question dans le cas qui nous occupe d' [TRADUCTION] « engagement de nature politique d'un État envers un autre ». Cela étant dit, M. Holmes reconnaît qu'une note diplomatique n'a aucune force obligatoire en droit international et qu'elle traduit plutôt la volonté d'une partie de respecter un engagement déterminé.

[89] I am aware of no case law dealing specifically with the standard of review applicable to interpreting such an instrument. In the above-quoted citation from *Suresh*, above, the Court appears to have focused more on the value to give a diplomatic note than on its interpretation. I have nevertheless concluded that, at least in this case, the interpretation of the assurances from Chinese authorities is so intertwined with the construction of Chinese law that it ought to be considered a question of fact, on which the PRRA officer was entitled to a considerable measure of deference.

[90] Because the diplomatic note is of such crucial importance to resolve many of the issues raised in this application, I take the liberty to reproduce it in full before going any further:

NOTE No. 085/01 (dated May 2, 2001)

The Embassy of the People's Republic of China in Canada presents its compliments to the Department of Foreign Affairs and International Trade Canada and has the honour to respond to Assistant Deputy Minister Caron's letter of April 27, with the following information.

Lai Changxing is the chief criminal suspect of the mega smuggling case in Xiamen of China's Fujian Province. He fled to Canada after the case was detected. It is of great importance for China's efforts to fight against corruption and smuggling to have him repatriated to China for a trial by the competent Chinese judicial departments.

The Chinese side has noted the judicial practice of Canada relating to death penalty in repatriating criminal suspects. In view of this, the Chinese Government undertakes that after his repatriation to China, the Chinese appropriate criminal court will not sentence Lai Changxing to death for all the crimes he may have committed before his repatriation. The Supreme People's Court, the highest judicial organ in China, has decided to that effect and the appropriate criminal court in charge of the alleged smuggling and bribery case will be adequately informed of this decision and will abide by it.

In accordance with the above decision and Article 199 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China* which stipulates that "death sentences shall be subject to

[89] Je ne connais aucune décision de justice qui traite expressément de la norme de contrôle applicable à l'interprétation d'un tel instrument. Dans l'extrait précité de l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême semble s'être attachée davantage à la valeur à accorder à une note diplomatique qu'à son interprétation. Je conclus néanmoins que, du moins dans le cas qui nous occupe, l'interprétation des assurances données par les autorités chinoises est à ce point liée à l'interprétation du droit chinois qu'elle doit être considérée comme une question de fait au sujet de laquelle les conclusions tirées par l'agente d'ERAR méritent de notre part un degré élevé de retenue judiciaire.

[90] Comme la note diplomatique revêt une importance capitale pour résoudre bon nombre des questions en litige dans la présente demande, je me permets de la reproduire intégralement avant d'aller plus loin :

[TRADUCTION]

NOTE N° 085/01 (datée du 2 mai 2001)

L'ambassade de la République populaire de Chine au Canada présente ses compliments au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada; elle a l'honneur de lui transmettre les renseignements suivants en réponse à la lettre du sous-ministre adjoint datée du 27 avril :

Lai Changxing est le suspect principal dans l'affaire de contrebande d'envergure à Xiamen, province du Fujian, en Chine. Il s'est enfui au Canada lorsque l'affaire a été mise au jour. Son rapatriement en Chine pour que son procès soit instruit par les organes judiciaires chinois compétents revêt une importance capitale à la lumière des efforts que la Chine déploie pour lutter contre la corruption et la contrebande.

La Chine prend acte de la pratique judiciaire du Canada en ce qui concerne la peine de mort lorsqu'il est question de rapatrier un prévenu. À la lumière de cette situation, le gouvernement de la Chine s'engage à faire en sorte que le tribunal pénal chinois compétent ne condamne pas Lai Changxing à mort après son rapatriement en Chine pour tous les crimes qu'il peut avoir commis avant son rapatriement. La Cour populaire suprême, la plus haute instance judiciaire en Chine, a rendu une décision à cet égard et le tribunal pénal compétent saisi de l'affaire de contrebande et de corruption sera informé de cette décision et s'y conformera.

Conformément à la décision susmentionnée et à l'article 199 du *Code de procédure pénale de la République populaire de Chine*, qui précise que « les peines de mort sont soumises à

approval by the Supreme People's Court", the appropriate criminal court will not sentence him to death and even if it does, the verdict will not be approved by the Supreme People's Court, therefore, he will not be executed in any case if returned to China.

At the same time, China is a state party to the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. According to the provisions of the relevant Chinese laws, during the period of investigation and trial of Lai after his repatriation and, if convicted, during his term of imprisonment, Lai will not be subject to torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Zeng Mingna, Lai's wife, is also a suspect involved in the same smuggling case. She fled with Lai to Canada. If Zeng is repatriated to China, the above-mentioned commitments will be equally applicable to her.

The Embassy of the People's Republic of China avails itself of this opportunity to renew to the Department of Foreign Affairs and International Trade Canada the assurances of its highest consideration.

[91] I shall address, in the next section of these reasons, how much weight to give this note, and the likelihood that Chinese authorities would renege on their assurances should the Lais be returned to China. While this argument is arguably relevant to assessing both the risk to life and the risk of torture, I believe it is more central with respect to the second type of risk, for reasons that will be spelled out later. The argument I want to tackle now is the Lais' submission that the note does not encompass a suspended death sentence. They claim they could face execution after receiving a suspended death sentence if they do not confess to the crimes for which they maintain their innocence.

[92] The PRRA officer found as a fact that the note ruled out the imposition of the death penalty (PRRA reasons, at page 36). She also found that neither applicant would face either the death penalty or a suspended death sentence (PRRA reasons, at page 35). She concluded the wording was not suspect and did not leave the door open to the Chinese authorities imposing a suspended execution sentence, then executing the Lais later for failing to confess (PRRA reasons, at page 39). She wrote it was pure speculation to argue the note left room to impose a death

l'approbation de la Cour populaire suprême », le tribunal pénal compétent ne le condamnera pas à mort et, même s'il le fait, la Cour populaire suprême ne confirmera pas le verdict; par conséquent, il ne sera en tout état de cause pas exécuté s'il est renvoyé en Chine.

Par ailleurs, la Chine est un État partie à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unies. En vertu de la législation chinoise pertinente, Lai ne sera pas assujéti à la torture et à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pendant l'enquête le visant et son procès après son rapatriement et, s'il est condamné, pendant son incarcération.

Zeng Mingna, l'épouse de Lai, est aussi soupçonnée dans cette affaire de contrebande. Elle s'est enfuie au Canada avec Lai. Les engagements susmentionnés s'appliqueront aussi à Zeng si elle est rapatriée en Chine.

L'ambassade de la République populaire de Chine saisit cette occasion pour renouveler au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada l'assurance de sa plus haute considération.

[91] Je vais, dans la section suivante des présents motifs, aborder la question de la valeur à accorder à cette note et celle de la probabilité que les autorités chinoises reviennent sur leurs assurances si les Lai devaient retourner en Chine. Bien qu'on puisse prétendre que cet argument est utile tant pour évaluer la menace à la vie que pour se prononcer sur le risque de torture, j'estime qu'il concerne davantage ce dernier, pour les motifs que j'exposerai plus loin. L'argument auquel je veux m'attaquer maintenant est l'affirmation des Lai suivant laquelle la note n'englobe pas le cas des condamnations à mort avec sursis. Ils soutiennent qu'ils risquent d'être exécutés après avoir été condamnés à mort avec sursis s'ils n'avouent pas les crimes pour lesquels ils clament leur innocence.

[92] L'agente d'ERAR a constaté que la note excluait la condamnation à mort (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 36). Elle a également conclu qu'aucun des demandeurs ne serait exposé à la peine de mort ou à une condamnation à mort avec sursis (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 35). Elle a estimé que la formulation était claire et qu'elle ne permettait pas aux autorités chinoises de condamner les Lai à la peine capitale avec sursis, pour ensuite les exécuter parce qu'ils n'auraient pas avoué leurs crimes (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 39). Elle a écrit que prétendre que la note laisse

penalty sentence with a two-year postponement.

[93] The Lais take issue with the fact that the PRRA officer seems to have framed the issue in evidentiary terms as opposed to interpretative ones. But I think the applicants' interpretation would lead to an unfair reading of the officer's decision. She does make the argument that there is no evidence to suggest Chinese authorities were not transparent or deliberately left themselves room to impose a conditional death sentence. But a close reading of her reasons, taken as a whole, reveals she was also alert to the wording of the *Criminal Law of the People's Republic of China* and, as a matter of fact, there was much evidence from Chinese witnesses before the Board on that subject.

[94] The death penalty assurance explains that the Supreme People's Court has decided not to impose the death penalty on either of the applicants "for all crimes they may have committed before their return back to China." As the first step to implementing the assurance, the Supreme People's Court will inform the lower courts not to impose the death penalty on the Lais for their alleged crimes.

[95] The second safeguard step is that if the lower courts do impose the death penalty, the Supreme People's Court, which must approve all death sentence executions, will not approve the death penalty execution in this case. This is spelled out in Article 199 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*, which states that "Death sentences shall be subject to approval by the Supreme People's Court."

[96] Now, the Lais argue that conditional, or suspended, death sentences are reviewed by the Higher People's Court under Article 201, not the Supreme People's Court. Because the death penalty assurances in this case refer to Article 199 only, so goes the argument,

aux autorités la latitude nécessaire pour condamner les Lai à la peine de mort en reportant l'exécution de deux ans relève de la pure conjecture.

[93] Les Lai reprochent à l'agente d'ERAR d'avoir abordé la question sous l'angle de la preuve plutôt que de la formuler comme une question d'interprétation. J'estime toutefois que l'interprétation préconisée par les demandeurs conduirait à une lecture injuste de la décision de l'agente. Elle affirme effectivement qu'il n'y a aucun élément de preuve permettant de penser que les autorités chinoises n'ont pas fait preuve de transparence ou qu'elles se sont délibérément réservé la latitude nécessaire pour infliger une peine de mort conditionnelle. Il ressort toutefois d'une lecture attentive de ses motifs, pris globalement, que l'agente était également consciente du libellé du Code pénal de la République populaire de Chine. D'ailleurs, les témoins chinois ont abondamment traité de cette question devant la Commission.

[94] Les assurances données au sujet de la peine de mort précisent que la Cour populaire suprême a décidé de ne pas condamner l'un ou l'autre des demandeurs à mort [TRADUCTION] « pour tous les crimes qu'il peut avoir commis avant son rapatriement ». Pour donner suite à ces assurances, la Cour populaire suprême s'engage, dans un premier temps, à informer les tribunaux inférieurs de cette décision de ne pas condamner les Lai à mort pour les crimes qui leur sont reprochés.

[95] Dans un deuxième temps, la Cour populaire suprême s'engage à ne pas confirmer le verdict de tout tribunal pénal inférieur compétent qui prononcerait une condamnation à mort. Ce pouvoir est prévu à l'article 199 du Code de procédure pénale de la République populaire de Chine [*Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*], qui précise que [TRADUCTION] « les peines de mort sont soumises à l'approbation de la Cour populaire suprême ».

[96] Les Lai font valoir que c'est la Cour populaire supérieure, et non la Cour populaire suprême qui, en vertu de l'article 201, est chargée de réviser les peines de mort conditionnelles ou les condamnations à mort avec sursis. Ils soutiennent que, comme les assurances

they do not apply to conditional or suspended death sentences. For the assurances to extend that far, the Chinese government would have had to have sought and received decisions from both the Higher People's Court and the Supreme People's Court. The assurances would also have had to refer to both Articles 201 and 199. Because of this, the Lais argue they could be executed if they refuse to confess or implicate people according to the Chinese government's wishes because the government would consider such behaviour a crime committed after repatriation. The note only refers to crimes committed before repatriation.

[97] This argument is disingenuous and fatally flawed and runs contrary to Article 50 of the *Criminal Law of the People's Republic of China* and Article 210 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*. These provisions read as follows:

[*Criminal Law of the People's Republic of China*]

Article 50

Anyone who is sentenced to death with a suspension of execution commits no intentional crime during the period of suspension, his punishment shall be commuted to life imprisonment upon the expiration of the two-year period; if he has truly performed major meritorious service, his punishment shall be commuted to fixed-term imprisonment of not less than 15 years but not more than 20 years upon the expiration of the two-year period; if it is verified that he has committed an intentional crime, the death penalty shall be executed upon verification and approval of the Supreme People's Court

[*Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*]

Article 210

When a judgment of the death penalty with immediate execution is pronounced or approved by the Supreme People's Court, the President of the Supreme People's Court shall sign and issue an order to execute the death sentence.

If a criminal sentenced to death with a two-year suspension of execution commits no intentional offense during the period of

données en l'espèce au sujet de la peine de mort ne mentionnent que l'article 199, elles ne s'appliquent pas aux peines de mort conditionnelles ou aux condamnations à mort avec sursis. Pour que les assurances aient une telle portée, il aurait fallu que le gouvernement chinois demande et obtienne une décision à la fois de la Cour populaire supérieure et de la Cour populaire suprême. Il aurait également fallu que les assurances mentionnent à la fois les articles 201 et 199. Les Lai expliquent, pour cette raison, qu'ils pourraient être exécutés s'ils refusent de passer aux aveux ou d'impliquer des gens pour répondre aux souhaits du gouvernement chinois, parce que celui-ci considérerait ces agissements comme un crime commis après le rapatriement. La note ne parle que des crimes commis avant le rapatriement.

[97] En plus d'être peu sincère et d'être mal fondé, cet argument va à l'encontre de l'article 50 du Code pénal de la République populaire de Chine et de l'article 210 du Code de procédure pénale de la République populaire de Chine, qui sont ainsi libellés :

[*Code pénal de la République populaire de Chine*]

[TRADUCTION]

Article 50

Quiconque est condamné à mort avec sursis et ne commet aucun crime intentionnel au cours de sa période de sursis bénéficie, à l'expiration d'une période de deux ans, d'une commutation de sa peine en peine d'emprisonnement à perpétuité; s'il a véritablement accompli un service méritoire important, sa peine est commuée, à l'expiration de la période de deux ans, en une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée minimale de 15 ans et maximale de 20 ans; si l'on constate qu'il a commis un crime intentionnel, la peine de mort est exécutée après vérification et approbation de la Cour populaire suprême.

[*Code de procédure pénale de la République populaire de Chine*]

Article 210

En cas de prononcé ou d'approbation, par la Cour populaire suprême, d'une condamnation à mort à exécution immédiate, le président de la Cour populaire suprême signe et rend une ordonnance d'exécution de la peine de mort.

Si un criminel est condamné à mort avec un sursis de deux ans et ne commet aucun délit intentionnel au cours de sa période

suspension of the sentence and his punishment should therefore be commuted according to law on expiration of such period, the executing organ shall submit a written recommendation to a Higher People's Court for an order; if there is verified evidence that the criminal has committed intentional offense and his death sentence should therefore be executed, the Higher People's Court shall submit the matter to the Supreme People's Court for examination and approval.

[98] These two provisions make it abundantly clear that the Supreme People's Court must approve all death sentences, including conditional death sentences when they are to be executed. This has been made even more explicit, if need be, in a notice from the Supreme People's Court to the Higher People's Court (No. 177), dated November 26, 2003, which is found in Exhibit "J" of Winnifred Liu's affidavit. Moreover, a person will be executed only if he or she commits an intentional crime during the suspension period. Otherwise, the death sentence is automatically commuted to life imprisonment. There was evidence before the PRRA officer that a person refusing to confess does not commit a further crime. This eventuality is addressed in the first part of Article 50, according to which an applicant performing "meritorious service" will see his punishment commuted to a fix term of imprisonment.

[99] It is true that Article 199 is the only provision mentioned in the diplomatic note. But I fail to see how this can be read as "irrefutable evidence the assurances do not encompass a conditional death sentence," to take Mr. Matas' words. I do not see such an instrument as a complete code of criminal law or procedure. More importantly, a fair reading of the note taken in its totality, as well as its genesis, clearly indicates the Chinese authorities wanted to reassure the Canadian government that the Lais would not be put to death under any circumstances for any crimes committed before their repatriation. There is no other way to read the third paragraph of the diplomatic note and its reference to the judicial practice of Canada relating to death penalty. As a result, it was not patently unreasonable for the PRRA officer to conclude there was nothing "sinister" or "suspect" about how the assurance against the death penalty was worded.

de sursis et que sa peine est de ce fait commuée conformément à la loi à l'expiration de cette période, l'organe chargé de l'exécution doit soumettre une recommandation par écrit à la Cour populaire supérieure en vue d'obtenir une ordonnance; si, d'après les éléments de preuve vérifiés, le criminel a commis un délit intentionnel, et que sa peine de mort doit par conséquent être exécutée, la Cour populaire supérieure doit déférer le cas à la Cour populaire suprême pour examen et approbation.

[98] Il ressort à l'évidence de ces deux dispositions que la Cour populaire suprême doit approuver toutes les peines de mort, y compris les condamnations à mort conditionnelles qui doivent être exécutées. Cette procédure est expliquée, si besoin est, avec encore plus de précision dans l'avis n° 177 du 26 novembre 2003 de la Cour populaire suprême à la Cour populaire supérieure que l'on trouve à l'annexe J de l'affidavit de Winnifred Liu. Qui plus est, une personne ne sera exécutée que si elle commet un crime intentionnel au cours de la période de son sursis. Sinon, la peine de mort est automatiquement commuée en peine d'emprisonnement. L'agente d'ERAR disposait d'éléments de preuve suivant lesquels la personne qui refuse de passer aux aveux ne commet pas un crime. La question est abordée dans la première partie de l'article 50, qui prévoit que celui qui accomplit un « service méritoire » verra sa peine commuée en peine d'emprisonnement à durée déterminée.

[99] Il est vrai que l'article 199 est la seule disposition mentionnée dans la note diplomatique. Mais je ne vois pas comment on pourrait interpréter ce fait comme [TRADUCTION] « une preuve irréfutable que les assurances ne s'étendent pas à la peine de mort conditionnelle », pour reprendre les propos de M^e Matas. Je ne perçois pas cet instrument comme un code de droit pénal ou de procédure criminelle exhaustif. Mais surtout, j'estime qu'une interprétation juste de la note, prise dans son ensemble, ainsi que de sa genèse, démontre clairement que les autorités chinoises voulaient rassurer le gouvernement canadien que les Lai ne seraient dans aucun cas mis à mort pour tout crime commis avant leur rapatriement. Il n'y a aucune autre façon d'interpréter le troisième paragraphe de la note diplomatique et son allusion à la pratique des tribunaux canadiens en ce qui concerne la peine de mort. Il n'était donc pas manifestement déraisonnable de la part de

[100] As for the argument that imposing a conditional death sentence is cruel and unusual punishment in itself, even if the applicants are not executed, a few things need be said. First, an officer cannot be faulted for failing to consider arguments that were not put to her *Varga v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 3 (F.C.A.), at paragraph 17. Second, the PRRA officer never considered whether the imposition of a conditional death sentence amounted to a threat to life, torture or cruel and unusual treatment or punishment because she concluded the note did not allow Chinese authorities to impose a suspended execution sentence. She could have based that conclusion upon a legal analysis along the line of the foregoing paragraphs. However, the evidence supporting such an analysis was put to her, and this is likely why she found there was insufficient evidence to conclude the note was suspect and allowed Chinese authorities to impose a suspended execution sentence (PRRA Reasons, at page 39). Third, there is no possibility of the Lais experiencing “death row phenomenon,” or a psychological trauma associated with awaiting an execution which may or may not arrive, once we accept that the assurances foreclose any likelihood of a death sentence being carried out. For all of these reasons, the officer’s conclusion on this argument and, more generally speaking, on the assurance against the death penalty, should be left undisturbed as it does not amount to a patently unreasonable finding.

(d) and (e) The assurance against torture

[101] The applicants have raised two issues regarding the assurance against torture. The first is essentially the same question that was certified by Justice MacKay. The

l’agente d’ERAR de conclure qu’il n’y avait rien de « sinistre » ou de « suspect » dans la façon dont étaient formulées les assurances données au sujet de la peine de mort.

[100] Quant à l’argument voulant que condamner les demandeurs à la peine de mort sous condition constitue en soi une peine cruelle et inusitée et ce, même si les demandeurs ne sont pas exécutés, il y a lieu de faire certaines précisions. Tout d’abord, on ne saurait reprocher à l’agente de ne pas avoir tenu compte d’arguments qui ne lui ont pas été présentés (*Varga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 3 (C.A.F.), au paragraphe 17). En second lieu, l’agente d’ERAR ne s’est jamais penchée sur la question de savoir si l’infliction d’une peine de mort conditionnelle équivaudrait à une menace à la vie, à de la torture ou à un traitement ou une peine cruels et inusités parce qu’elle conclut que la note ne permettait pas aux autorités chinoises de condamner à la peine de mort avec sursis. Elle aurait pu fonder cette conclusion en procédant à une analyse juridique en s’inspirant des paragraphes qui précèdent. Toutefois, les éléments de preuve qui appuient une telle analyse lui ont été soumis et c’est probablement la raison pour laquelle elle a estimé qu’elle ne disposait pas de suffisamment d’éléments de preuve pour pouvoir conclure que la note était suspecte et permettait aux autorités chinoises d’infliger une peine de mort conditionnelle (motifs de l’agente d’ERAR, à la page 39). Troisièmement, il n’y a aucune possibilité que les Lai souffrent du « syndrome du couloir de la mort » ou d’un quelconque traumatisme psychologique associé à l’attente d’une exécution qui pourrait ou non arriver, dès lors que l’on accepte que les assurances données excluent toute probabilité que la peine de mort soit exécutée. Pour tous ces motifs, la conclusion tirée par l’agente sur cet argument et, de façon plus générale, au sujet des assurances données en ce qui concerne la peine de mort, ne devrait pas être modifiée et ne saurait être qualifiée de conclusion manifestement déraisonnable.

d) et e) Les assurances relatives à la torture

[101] Les demandeurs ont soulevé deux questions en ce qui concerne les assurances données au sujet de la torture. La première question est essentiellement la

Federal Court of Appeal did not answer the question, however, because it considered it academic to the issue of whether the Lais were Convention refugees, and thus included under the IRPA. In substance, the Lais are asking this Court to determine when an officer must conduct separate assessments of an assurance against death and an assurance against torture. Is a separate assessment mandated when there is evidence of generalized resort to torture or evidence of torture in similar cases? The Federal Court of Appeal declined to answer that question. However, it explicitly noted the issue could be canvassed at the PRRA stage. Justice Layden-Stevenson then found it a serious issue for the purposes of the Lais' application to stay their removal order.

[102] The second issue relating to the assurance against torture has to do with its reliability. More particularly, the Lais contend that to be effective, the assurance would require monitoring and other mechanisms to test the receiving state's undertakings. The Lais therefore submit the PRRA officer erred by focusing on the notoriety of their case, without considering whether and how torture could come to the public's attention, and how their notoriety could protect them if torture or mistreatment was never discovered. I shall deal with these two issues in the same section of these reasons, as they are closely related.

[103] The first thing to determine is the applicable standard of review. Not surprisingly, the Lais are of the view that both of these questions attract a standard of correctness as they are general in nature. The first issue calls for an elaboration of the Supreme Court's reasoning in *Suresh*, above, on the issue of diplomatic assurances. They claim the second issue is a subset of the first, arguing that if the death penalty and torture assurances must be assessed separately, what, then, is the nature of a separate assessment?

même que celle qu'a certifiée le juge MacKay. La Cour d'appel fédérale a toutefois refusé de répondre à cette question, estimant qu'elle n'aurait aucune incidence pratique sur la question de savoir si les Lai étaient des réfugiés au sens de la Convention et s'ils étaient, par le fait même, visés par la LIPR. Les Lai demandent essentiellement à notre Cour de décider si un agent doit évaluer séparément les assurances données au sujet de la peine de mort et celles données au sujet de la torture. Doit-on procéder à une évaluation distincte lorsque, suivant la preuve, il existe un recours généralisé à la torture ou des éléments de preuve tendant à démontrer qu'on recourt à la torture dans des cas semblables? La Cour d'appel fédérale a refusé de répondre à cette question. Elle a toutefois signalé expressément que la question pouvait être analysée à l'étape de l'ERAR. La juge Layden-Stevenson a par la suite estimé qu'il s'agissait d'une question sérieuse lorsqu'il s'agit de statuer sur la demande de sursis de la mesure de renvoi dont les demandeurs font l'objet.

[102] La seconde question que soulèvent les assurances données au sujet de la torture concerne leur fiabilité. Plus particulièrement, les Lai affirment que, pour être efficaces, les assurances exigeraient une surveillance ainsi que d'autres mécanismes pour qu'on puisse vérifier si l'État en question a respecté ses engagements. Les Lai affirment par conséquent que l'agente d'ERAR a commis une erreur en s'attardant à la notoriété de leur cas sans se demander si et comment la torture pouvait être portée à l'attention du public, et comment leur notoriété pouvait les protéger si la torture ou les mauvais traitements n'étaient jamais découverts. J'examinerai ces deux questions dans la même section des présents motifs, car elles sont étroitement liées.

[103] Il convient en tout premier lieu de déterminer la norme de contrôle applicable. Comme on pouvait s'y attendre, les Lai sont d'avis que ces deux questions donnent lieu à l'application de la norme de la décision correcte en raison de leur caractère général. La première question nous oblige à expliciter le raisonnement suivi par la Cour suprême dans l'arrêt *Suresh*, précité, sur la question des assurances diplomatiques. Les Lai affirment que la seconde question est accessoire à la première et s'interrogent sur la nature de cette évaluation séparée, en supposant qu'il faille évaluer

[104] The Minister, on the other hand, submits that evaluating the assurance's reliability is a matter of fact, reviewable on the standard of patent unreasonableness. In light of the PRRA officer's finding that the assurance was reliable for all of the reasons set out in her decision, they say, it was not patently unreasonable for her to conclude that the absence of a monitoring mechanism did not undermine its reliability. With respect to the issue of a separate assessment, the Minister submits this issue simply does not arise—first, because it is always required, and second, because this is precisely what the officer did in this case.

[105] There is no doubt in my mind that evaluating the reliability of a diplomatic assurance is a question of fact, reviewable on the standard of patent unreasonableness. It is indeed part of the assessment as to whether a failed refugee claimant faces a substantial, forward-looking risk of torture if removed to his country of origin. In both *Ahani*, above, and *Suresh*, above, the Supreme Court made this point clear. Reviewing the Minister's decision on whether Mr. Suresh faced a substantial risk of torture upon deportation, the Court wrote that the Minister's review of an assurance from a foreign state is a fact-driven inquiry with a "negligible legal dimension" (*Suresh*, above, at paragraph 39). This was reiterated by the British Columbia Court of Appeal in *Thailand v. Saxena* (2006), 265 D.L.R. (4th) 55, at paragraphs 47-48, and by this Court in *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 59 Imm. L.R. (3d) 257, at paragraph 11.

[106] Bearing that in mind, the applicants' attempt to frame the issue of monitoring as a legal question must fail. At the end of the day, the threshold question is whether there is a substantial risk that the Lais will be tortured or mistreated in China. To answer that question, the PRRA officer had to take a number of factors into

séparément les assurances données au sujet de la peine de mort et celles données au sujet de la torture.

[104] Le ministre, en revanche, soutient que l'évaluation de la fiabilité des assurances est une question de fait à contrôler selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Compte tenu de la conclusion de l'agente d'ERAR, qui a estimé que les assurances étaient fiables pour toutes les raisons exposées dans sa décision, il n'était pas manifestement déraisonnable de sa part de conclure que l'absence de mécanisme de surveillance ne compromettrait pas la fiabilité des assurances. Sur la question de l'évaluation séparée, le ministre soutient que cette question ne se pose tout simplement pas, premièrement parce que cette évaluation est toujours exigée et, en second lieu, parce que c'est précisément ce que l'agente a fait en l'espèce.

[105] Il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'évaluation de la fiabilité des assurances diplomatiques est une question de fait qui est assujettie à la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable. Elle s'inscrit dans le cadre de l'évaluation de la question à savoir si le demandeur d'asile débouté serait exposé à l'avenir à un risque élevé de torture s'il était renvoyé dans son pays d'origine. Tant dans l'arrêt *Ahani*, précité, que dans l'arrêt *Suresh*, précité, la Cour suprême l'a d'ailleurs bien précisé. Saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre sur la question de savoir si M. Suresh courrait un risque sérieux de torture en cas d'expulsion, la Cour écrit que la réponse à cette question dépend en grande partie des faits et que l'« aspect juridique est négligeable » (*Suresh*, précité, au paragraphe 39). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a repris à son compte cette analyse dans l'arrêt *Thailand v. Saxena* (2006), 265 D.L.R. (4th) 55, aux paragraphes 47 et 48, tout comme notre Cour, dans le jugement *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1503, au paragraphe 11.

[106] Considérant ce qui précède, les tentatives faites par les demandeurs en vue de présenter la question de la surveillance comme une question de droit sont vouées à l'échec. Enfin de compte, la question préliminaire à se poser est celle de savoir si les Lai courent un risque sérieux d'être torturés ou soumis à de mauvais

consideration. The diplomatic note was only one of those factors—though a critical one, as we shall see. The presence or absence of a monitoring mechanism was itself one of the indicia to assess the reliability of the assurance given. By concluding the absence of a monitoring mechanism was not determinative, the PRRA officer made a finding of fact.

[107] Of course, in coming to that conclusion the PRRA officer may be taken as having implicitly denied that some kind of monitoring is always required for an assurance to be reliable. As we shall see shortly, views have been expressed in the recent past about the proper use of diplomatic assurances against torture and what they should encompass. In her reasons, the PRRA officer did indeed refer to various proposals and statements made by non-governmental organizations, human rights activists and UN specialized bodies. But none of these views have so far crystallized in international law. The closest expression to an international norm is the *Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, adopted by the UN General Assembly on December 18, 2002 [UN GA A/RES/57/199]. Though it entered into force on June 22, 2006, it has not been ratified by either Canada or the People's Republic of China. And there is no evidence before me that it is now part of customary international law.

[108] In any event, the PRRA officer did not discuss this broader issue and restricted herself to assessing this particular diplomatic note. In response to the applicants' argument on this point, she wrote, at page 35 of her decision:

I do not agree that the absence of a mechanism to monitor the compliance of the Chinese government with the terms of the note is to be interpreted as rendering the note itself unreliable. Having regard to the nature and format of the diplomatic

traitements en Chine. Pour répondre à cette question, l'agente d'ERAR devait tenir compte d'un certain nombre de facteurs. La note diplomatique ne représentait qu'un de ces facteurs, bien qu'il faille reconnaître, comme nous le verrons, qu'elle constituait un facteur critique. La présence ou l'absence de mécanisme de surveillance était en soi un des indices servant à évaluer la fiabilité des assurances données. En concluant que l'absence de mécanisme de surveillance n'était pas déterminante, l'agente d'ERAR a formulé une conclusion de fait.

[107] Bien sûr, on peut considérer qu'en tirant une telle conclusion, l'agente d'ERAR a implicitement nié qu'une sorte de surveillance est toujours exigée pour qu'une assurance soit fiable. Comme nous le verrons sous peu, des opinions ont été récemment exprimées au sujet de la bonne utilisation des assurances diplomatiques données au sujet de la torture et de ce qu'elles devraient englober. Dans ses motifs, l'agente d'ERAR a effectivement cité diverses propositions et déclarations faites par des organismes non gouvernementaux, des militants des droits de la personne et des organismes spécialisés des Nations Unies. Mais, jusqu'ici, aucune de ces opinions ne s'est cristallisée en droit international. La formulation qui se rapproche le plus d'une norme internationale est le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, qui a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 18 décembre 2002 [AG NU A/RES/57/199]. Bien qu'il soit entré en vigueur le 22 juin 2006, il n'a été ratifié ni par le Canada ni par la République populaire de Chine. Et je ne dispose d'aucun élément de preuve qui tende à démontrer qu'il fait désormais partie du droit international coutumier.

[108] En tout état de cause, l'agente d'ERAR n'a pas discuté de cette question plus large, se bornant à analyser la présente note diplomatique. En réponse à l'argument des demandeurs sur ce point, voici ce qu'elle écrit, à la page 35 de sa décision :

[TRADUCTION] Je ne suis pas d'accord pour dire que l'absence de mécanisme permettant de vérifier si le gouvernement chinois a respecté les modalités de la note doit être interprétée comme enlevant toute fiabilité à la note elle-même. Compte

assurance, the correspondence that took place between Canadian and Chinese representatives to establish the terms of the assurance, and the identity of the applicants, I do not accept counsel's argument that I should dismiss this diplomatic assurance on the basis that its terms cannot be guaranteed without some kind of diplomatic sanction behind it or a mechanism to monitor its compliance.

[109] This passage demonstrates that the officer's decision on this particular issue was entirely fact-driven and was not meant to have precedential value. To borrow from the Supreme Court, the PRR decision, at least on this question, "is not one that will determine future cases except insofar as it is a useful case for comparison" (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 41). For all of these reasons, I am not prepared to assume that a standard of correctness should be applied to the PRR officer's findings that the applicants will not likely face a risk of torture or mistreatment and that the assurance is reliable.

[110] Finally, I need say only a few words about the so called "separate" assessment requirement. A close reading of *Suresh*, above, leads me to the conclusion that the Supreme Court never contemplated that an assurance must only be independently assessed on certain conditions. The Court cautioned the Minister to be cognizant of the distinction between assurances against the death penalty and those against torture and signaled the difficulty in relying too heavily on assurances against torture from countries that have engaged in torture in the past. The Court then suggested some factors the Minister could take into account in cautiously evaluating assurances against torture. There is absolutely no indication that caution is warranted only when torture is allegedly used against similarly situated individuals. On the contrary, the Court stressed at paragraph 124, "the difficulty in relying too heavily on assurances by a state that it will refrain from torture in the future when it has engaged in illegal torture or allowed others to do so on its territory in the past" (emphasis added).

tenu de la nature et de la forme des assurances diplomatiques, de la correspondance échangée entre les représentants canadiens et les représentants chinois pour définir les modalités des assurances en question et de l'identité des demandeurs, je n'accepte pas l'argument de l'avocat suivant lequel je devrais écarter les assurances diplomatiques en question au motif que leur respect ne peut être garanti si elles ne sont pas assorties d'une sorte de sanction diplomatique ou d'un mécanisme permettant d'en vérifier le respect.

[109] Ce passage démontre que la décision de l'agente sur cette question précise était entièrement tributaire des faits et qu'elle n'était pas censée avoir valeur de précédent. Pour reprendre la formule employée par la Cour suprême, la décision d'ERAR, du moins sur cette question, « n'est pas déterminante pour des causes futures, et son utilité se limitera à fournir un élément de comparaison » (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 41). Pour tous ces motifs, je ne suis pas disposé à tenir pour acquis qu'il y a lieu d'appliquer la norme de la décision correcte aux conclusions de l'agente d'ERAR suivant lesquelles il est improbable que les demandeurs soient exposés au risque d'être torturés ou soumis à de mauvais traitements et suivant lesquelles les assurances sont fiables.

[110] Enfin, il me suffira de dire quelques mots au sujet de l'obligation de procéder à ce qu'on est convenu d'appeler l'exigence d'évaluation « séparée ». Une lecture attentive de l'arrêt *Suresh*, précité, m'amène à la conclusion que la Cour suprême n'a jamais envisagé que des assurances devaient impérativement être évaluées de façon indépendante et soumises à certaines conditions. La Cour a invité le ministre à être conscient de la distinction qu'il y a lieu de faire entre les assurances portant sur la peine de mort et celles portant sur la torture, et elle a souligné le problème que crée le fait de trop se fier aux assurances relatives à la torture qui sont données par des pays qui se sont livrés à de la torture dans le passé. La Cour a ensuite suggéré certains facteurs dont le ministre pourrait tenir compte pour évaluer avec prudence les assurances données par un État qu'il n'aura pas recours à la torture. Il n'y a absolument rien qui justifie de faire preuve de prudence uniquement dans les cas où les victimes de la torture seraient des personnes se trouvant dans la même situation. Au contraire, au paragraphe 124, la Cour

[111] Be that as it may, this issue is academic to the case at bar because the PRRA officer did conduct a separate assessment of the assurance against torture. Not only did she state so explicitly at page 20 of her decision, but the content of her reasons reflects that affirmation. After having quoted from *Suresh*, above, she considered a press release issued on December 2, 2005, discussing the UN Special Rapporteur on Torture's recent visit to China (PRRA reasons, at pages 16-17). She looked at general country condition articles and reports about torture in China and the government's attempts to tackle the problem (PRRA reasons, at pages 17-18, 20). She also looked at testimony from prosecutors, defence counsel and convicted offenders in the Xiamen smuggling cases claiming statements from the accused were not extracted through torture or coercion (PRRA reasons, at page 19). She wrote there was a lack of probative evidence to show the 4-20 investigation team mistreated suspects and little evidence to support the theory that the two prison deaths could be attributed to mistreatment or torture (PRRA reasons, at pages 18-19). Finally, she relied on the expert opinions of Dr. Charles Burton and Dr. Jerome Cohen that China will respect the assurances because people around the world will be paying great attention to this case. Because of this, the experts concluded China will not tolerate any errors from lower-level police and other officials in the way they treat the Lais (PRRA reasons, at page 20).

[112] It is true, of course, that the officer referred to many overlapping factors in assessing the assurance against the death penalty and the assurance against

souligne « le problème que crée le fait d'accorder trop de poids à l'assurance donnée par un État qu'il n'aura pas recours à la torture à l'avenir, alors que par le passé il s'y est livré illégalement ou a permis que d'autres s'y livrent sur son territoire » (non souligné dans l'original).

[111] Quoi qu'il en soit, la question est théorique dans le cas qui nous occupe, car l'agente d'ERAR a effectivement évalué séparément les assurances données au sujet de la torture. Non seulement l'affirme-t-elle explicitement à la page 20 de sa décision, mais la teneur de ses motifs confirme cette affirmation. Après avoir reproduit des extraits de l'arrêt *Suresh*, précité, elle examine le communiqué de presse publié le 2 décembre 2005 dans lequel il était question de la récente visite en Chine du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 16 et 17). Elle examine des articles portant sur la situation générale en Chine, ainsi que des rapports sur la torture en Chine et sur les tentatives faites par le gouvernement pour s'attaquer au problème (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 17, 18 et 20). Elle examine également les témoignages de procureurs, d'avocats de la défense et de personnes reconnues coupables dans les affaires du réseau de contrebande de Xiamen suivant lesquels les déclarations faites par les accusés ne leur avaient pas été soutirées sous la contrainte ou la torture (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 19). Elle écrit qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve probants pour démontrer que les enquêteurs de l'équipe 4-20 ont maltraité les suspects, et elle ajoute qu'il y a peu d'éléments de preuve pour appuyer la thèse que les deux décès survenus en prison pouvaient être attribués à de mauvais traitements ou à de la torture (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 18 et 19). Enfin, elle se fonde sur l'avis des experts Charles Burton et Jerome Cohen suivant lesquels la Chine respectera les assurances données parce que, partout dans le monde, les gens surveilleront de près cette affaire. Les experts en concluent que la Chine ne tolérera aucune erreur de la part de ses policiers subalternes ou des autres fonctionnaires dans le traitement qu'ils réserveront aux Lai (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 20).

[112] Il est vrai, bien sûr, que l'agente a mentionné divers facteurs qui se chevauchent pour évaluer les assurances données au sujet de la peine de mort et celles

torture. For example, she found that China has the ability to control its officials' behaviour. Consequently, she concluded the applicants will not be subjected to death, torture, or cruel and unusual mistreatment or punishment (PRRA reasons, at page 35). She also relied on the following:

- Evidence of the witnesses before the Board (PRRA reasons, at page 10);
- The fact that China approached the Canadian government first in their diplomatic negotiations and then responded to the clarifications Canada requested (PRRA reasons, at page 35);
- The lack of evidence to show China had reneged on previous diplomatic commitments (PRRA reasons, at pages 16, 37); and
- The lack of evidence to demonstrate China would not live up to its promises in this case (PRRA reasons, at page 14).

In the end, she also concluded the assurances against both torture and death were reliable for the same reason—the applicants' notoriety. As I shall try to show, this conclusion was an error with respect to the assurance against torture. Any error in the officer's decision, however, was not because she failed to assess the assurance against torture separately.

[113] Based on the foregoing considerations, I will therefore review the PRRA officer's decision against a standard of patent unreasonableness. As is well known, such a standard imposes a high degree of deference from the reviewing court, since a patently unreasonable decision has been described as one that is "clearly irrational" or "evidently not in accordance with reason" (*Law Society of New Brunswick v. Ryan* above, at paragraph 52).

données au sujet de la torture. Ainsi, elle a conclu que la Chine est en mesure de contrôler les agissements de ses fonctionnaires, de sorte que les demandeurs ne seraient pas exposés à une menace à leur vie ou au risque d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels et inusités (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 35). Elle s'est également fondée sur les éléments suivants :

- Les déclarations des témoins entendus devant la Commission (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 10);
- Le fait que c'est la Chine qui a pris l'initiative d'entamer des pourparlers diplomatiques avec le gouvernement canadien pour ensuite répondre aux demandes d'éclaircissements du Canada (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 35);
- L'absence d'éléments de preuve tendant à démontrer que la Chine est revenue sur ses engagements diplomatiques antérieurs (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 16, 37);
- L'absence d'éléments de preuve tendant à démontrer que la Chine ne respectera pas ses promesses en l'espèce (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 14).

Au bout du compte, elle a également conclu que les assurances données, tant en ce qui concerne la torture que la peine de mort, étaient fiables pour la même raison, en l'occurrence, la notoriété dont jouissaient les demandeurs. Comme je vais tenter de le démontrer, cette conclusion est erronée dans le cas des assurances données au sujet de la torture. Je tiens toutefois à préciser que l'erreur dont peut être entachée la décision de l'agente n'est pas attribuable à son défaut d'évaluer séparément les assurances concernant la torture.

[113] Compte tenu des considérations qui précèdent, je vais donc procéder au contrôle de la décision de l'agente d'ERAR en fonction de la norme de la décision manifestement déraisonnable. Il est bien connu que cette norme commande un degré élevé de retenue judiciaire de la part du tribunal saisi de la demande de contrôle judiciaire, étant donné que la décision manifestement déraisonnable a été qualifiée de décision « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la

[114] Moving on now to the officer's risk analysis of torture, it may be helpful to start with the relevant provisions of the PRRA Manual dealing with the procedure for making that assessment. The Manual provides as follows:

10.12 Danger of torture

The standard to be met by an applicant alleging danger of torture is defined in the legislation and is of belief on substantial grounds to exist. . . . Objective factual material must show a probability of danger to the claimant if returned to the country of origin.

10.13 Making an objective assessment of the danger of torture

The assessment of whether there are substantial grounds to believe the applicant would be personally subjected to a danger of torture is to be made on an objective basis. There is no requirement to prove a subjective fear. However, the danger must be personalized to the individual. As in the *Refugee Convention*, the assessment may be based on past events but is forward looking: the issue to be determined is whether events related by the applicant, together with all the other evidence, including country conditions at the time of the decision, show that the applicant would be subjected to torture, if returned. . . .

[115] The PRRA Manual also guides officers on the procedure for assessing the objective risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment:

10.20 Assessing the objective risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment

The assessment of whether there are substantial grounds to believe the applicant would be personally subjected to a risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment is evaluated on an objective basis. The risk must be personalized to the individual. The assessment may be based on past events but is forward looking: the issue to be determined is whether events related by the applicant, together with all the other evidence, including country conditions at the time of the decision, show that the applicant, if returned, would be subjected to a risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment. . . .

raison » (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, au paragraphe 52).

[114] Je passe maintenant à l'analyse du risque de torture à laquelle a procédé l'agente en l'espèce. Il peut être utile de commencer par reproduire les dispositions pertinentes du Guide d'ERAR portant sur la procédure à suivre pour procéder à cette évaluation :

10.12 La menace de torture

La norme qui gouverne la demande basée sur le risque de torture est définie à la loi comme la croyance que celui-ci existe et est fondé sur des motifs sérieux [. . .] Des documents et des faits objectifs doivent démontrer une probabilité de menace pour le demandeur s'il est retourné dans son pays d'origine.

10.13 Procéder à un examen objectif d'une menace de torture

L'examen visant à déterminer s'il y a des motifs sérieux de croire que le demandeur serait personnellement exposé à la menace de torture doit se faire sur une base objective. Il n'y a aucune exigence pour établir une crainte subjective. Cependant, le danger doit être inhérent à la personne. Tout comme dans la *Convention relative au statut des réfugiés*, l'examen peut porter sur des faits antérieurs mais axés sur l'avenir : la question à déterminer est de savoir si les faits relatés par le demandeur, ainsi que tous les autres éléments de preuve, incluant les conditions afférentes au pays au moment de la décision, démontrent que le demandeur serait exposé à la torture s'il était retourné dans son pays.

[115] Le Guide d'ERAR fournit quelques indications aux agents en ce qui concerne la procédure à suivre pour évaluer les menaces ou risques objectifs à la vie ainsi que les peines ou traitements cruels et inusités :

10.20 L'examen de la menace ou du risque objectif à la vie ou de peines ou traitements cruels et inusités

L'examen servant à déterminer s'il existe des motifs importants de croire que le demandeur serait personnellement exposé à une menace à sa vie ou au risque de peines ou de traitements cruels et inusités se fait sur une base objective. Le risque doit être inhérent à la personne. L'examen peut porter sur des faits passés mais est axé sur l'avenir : la question à déterminer est de savoir si les faits relatés par le demandeur, ainsi que tous les autres éléments de preuve, incluant les conditions afférentes au pays au moment de la décision, démontrent que le demandeur serait exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités, s'il était renvoyé dans son pays d'origine. [. . .]

All relevant considerations include the general situation in a country and, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

[116] In their PRRA application, the Lais argued they would face torture and/or cruel and unusual treatment in China because others involved in the Yuan Hua case had been tortured and coerced into making confessions, their family members had been mistreated, Falun Gong members and human rights defenders are tortured in China—and finally, because of China’s general human rights record. The officer considered each of those claims and found the evidence did not satisfy her that the Lais faced a forward-looking risk of torture or mistreatment. She found, *inter alia*:

There was no objective evidence to link the mysterious prison deaths of Mr. Lai’s brother and accountant to a forward-looking risk to either applicant. There was not enough proof that the men were tortured. Nor was there evidence that anyone had requested—and been denied access to—autopsies into their deaths (PRRA reasons, at page 18);

The disclosed court judgments from China were not probative evidence that those involved in the Yuan Hua cases had been coerced or mistreated (PRRA reasons, at page 39);

Despite counsel’s attempts to indict China’s entire judicial system, the specific facts in this case did not suggest that those charged in the Yuan Hua cases had been denied due process or the right to a fair trial. There was no probative evidence that suggested anyone had been convicted unfairly, was denied legal counsel, or had been coerced into confessing (PRRA reasons, at page 41);

There was insufficient evidence to establish any statements from the 4-20 Investigation had been made under duress, although the officer acknowledged officials

Il y a lieu d’examiner tous les facteurs pertinents comme la situation générale du pays et la preuve d’atteintes répétées, graves, flagrantes et multiples aux droits humains par l’État visé, si le cas s’applique.

[116] Dans leur demande d’ERAR, les Lai soutiennent qu’ils seront exposés à la torture et/ou à des traitements cruels et inusités en Chine parce que d’autres individus impliqués dans l’affaire Yuan Hua ont été torturés et forcés de passer aux aveux, que les membres de leur famille ont été soumis à de mauvais traitements, que des membres du Falun Gong et des défenseurs des droits de la personne sont torturés en Chine et, enfin, en raison des antécédents généraux de la Chine en matière de respect des droits de la personne. L’agente a examiné à tour de rôle ces prétentions et a estimé que la preuve ne la convainquait pas que les Lai seraient exposés à l’avenir à un risque de torture ou à de mauvais traitements. Elle a notamment conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il n’y a pas d’éléments de preuve objectifs permettant d’établir un lien entre les mystérieux décès en prison du frère et du comptable de M. Lai et le risque auquel l’un ou l’autre des demandeurs serait exposé à l’avenir. Il n’y a pas suffisamment d’éléments de preuve tendant à démontrer que des hommes étaient torturés. Et il n’y a pas d’éléments de preuve suivant lesquels quelqu’un avait demandé—et s’était vu refuser—une autopsie au sujet de ces décès (motifs de l’agente d’ERAR, à la page 18);

Les jugements des tribunaux chinois déposés en preuve ne constituent pas des éléments de preuve probants que les personnes impliquées dans les affaires de Yuan Hua ont fait l’objet de coercition ou de mauvais traitements (motifs de l’agente d’ERAR, à la page 39);

Malgré les tentatives faites par l’avocat pour dénoncer tout le système judiciaire chinois, les faits spécifiques de la présente affaire ne permettent pas de penser que les personnes qui ont été accusées dans le cadre de l’affaire de la contrebande de Yuan Hua n’ont pas bénéficié d’une application régulière de la loi et d’un procès équitable. Il n’y a aucune preuve probante qui permette de penser que les individus qui ont été reconnus coupables dans le cadre de l’affaire de contrebande de Yuan Hua ont été injustement condamnés, qu’ils n’ont pas eu droit à un avocat ou qu’ils ont fait des aveux sous la contrainte (motifs de l’agente d’ERAR, à la page 41)

Il n’y a pas suffisamment d’éléments de preuve pour établir que les déclarations obtenues dans le cadre de l’enquête 4-20 ont été obtenus sous la contrainte, bien que l’agente

would not likely admit to such behaviour if it occurred (PRRA reasons, at page 19);

There was insufficient evidence that the Chinese government intends to incriminate the applicants with tainted evidence, obtained through duress, mistreatment and torture (PRRA reasons, at page 38)

Tao Mi's purported recantation was worth little weight, because her statement was not signed. Further, there was insufficient direct evidence to corroborate that Tao Mi had been tortured by Chinese authorities (PRRA reasons, at pages 29-30);

The unsigned statement purportedly dictated by Tao Mi was not probative evidence of a forward-looking risk to the applicants (PRRA reasons, at page 41);

[117] It is also noteworthy that the Board had examined the same evidence concerning the manner in which the Chinese authorities had treated the others from the Yuan Hua group of companies, including Tao Mi. The Board also concluded that they had not been tortured. While the Board accepted that detainees are mistreated in China, the Lais had not established mistreatment on a balance of probabilities with respect to any particular statement or confession obtained by 4-20 investigators (Tribunal record, Vol. 7, at pages 2048; 2143-2144).

[118] Thus, while the Lais continue to say there is evidence that others involved in the Yuan Hua companies were tortured and mistreated, the fact is that the officer found there was not a substantial likelihood that the Lais would be tortured or mistreated if returned to China. This entire line of complaint is based on the weight the officer assigned to the evidence, reviewable on the standard of patent unreasonableness.

[119] There was, indeed, ample evidence before the PRRA officer that was also before the Board, and she did refer to that evidence in her reasons (PRRA reasons,

reconnaisse que les fonctionnaires n'admettraient pas avoir agi de la sorte si tel était le cas (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 19);

Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que le gouvernement chinois cherche à incriminer les demandeurs au moyen d'éléments de preuve obtenus illégalement par la contrainte, de mauvais traitements et la torture (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 38);

La présumée rétractation de Tao Mi a peu de poids, parce que sa déclaration n'est pas signée. De plus, il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve directs pour corroborer que Tao Mi a été torturée par les autorités chinoises (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 29 et 30);

La déclaration non signée qu'aurait dictée Tao Mi ne constitue pas une preuve probante que les demandeurs seraient exposés à un risque à l'avenir (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 41).

[117] Il vaut également la peine de noter que la Commission avait examiné les mêmes éléments de preuve en ce qui concerne la façon dont les autorités chinoises avaient traité les autres personnes faisant partie des sociétés de Yuan Hua, y compris Tao Mi. La Commission a également conclu que ces personnes n'avaient pas été torturées. Bien que la Commission ait accepté que les détenus sont soumis à de mauvais traitements en Chine, les Lai n'ont pas établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils ont été soumis à de mauvais traitements en ce qui concerne les aveux ou les déclarations obtenus par les enquêteurs de l'équipe 4-20 (dossier du Tribunal, vol. 7, aux pages 2048, 2143 et 2144).

[118] Ainsi, bien que les Lai continuent à soutenir qu'il existe des éléments de preuve tendant à démontrer que d'autres personnes faisant partie des sociétés de Yuan Hua ont été torturées et soumises à de mauvais traitements, il n'en demeure pas moins que l'agente a conclu qu'il n'existait pas de sérieuse probabilité que les Lai soient torturés ou soumis à de mauvais traitements s'ils retournaient en Chine. Toute cette série de griefs repose sur la valeur que l'agente a accordée aux éléments de preuve, lesquels sont assujettis à la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable.

[119] L'agente d'ERAR disposait effectivement d'abondants éléments de preuve qui avaient également été portés à la connaissance de la Commission, et elle a

at pages 18-19). For example, Dr. Zhao Bing Zhi, defence counsel for two accused persons in the Yuan Hua smuggling operation, was before the Board for two days. He testified that his clients did not show any signs of physical mistreatment. The Board found Dr. Zhao was a credible witness. The chief investigator of the cigarette smuggling investigation case, Wu Jian Ping, also testified in person before the Board for four days. He took some statements himself and supervised other investigators taking statements. He testified that he and his 30 investigators conducted interviews in accordance with the law and did not mistreat any individuals questioned. The Board accepted investigator Wu's evidence on this point and found he was a credible witness. Wang Zhong Hua, the chief Chinese prosecutor in the case against Mr. Li, also testified before the Board for two days. He stated that none of Mr. Li's statements were obtained by means of mistreatment. He was also held to be a credible witness by the Board. Finally, there was the evidence of Li Yong Jun, the principal Chinese prosecutor of a team of eight who had prosecuted 19 people involved in the Yuan Hua smuggling and bribery scheme. He gave testimony before the Board for five days, and was found credible. The Board found no suggestion in his testimony that he participated in the mistreatment of any people subject to his team's prosecution.

[120] A Canadian immigration official also interviewed Mr. Li and Mr. Lai's brother, Lai Shui Qiang. The videotapes and transcripts of these interviews were adduced into evidence. In the tapes, both men affirmed to tell the truth to the immigration officer and said their statements to Chinese authorities were voluntary. They said they were under no physical or mental pressure to give the statements and had an opportunity to review and correct them before signing them.

effectivement cité ces éléments de preuve dans ses motifs (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 18 et 19). Par exemple, M^e Zhao Bing Zhi, l'avocat de la défense qui représentait deux des accusés dans l'affaire du réseau de contrebande de Yuan Hua, a passé deux jours devant la Commission. Il a expliqué que ses clients ne montraient aucun signe de mauvais traitements physiques. La Commission a estimé que M^e Zhao était un témoin crédible. L'enquêteur principal de l'équipe chargée de faire enquête sur le réseau de contrebande de cigarettes, Wu Jian Ping, a également témoigné en personne devant la Commission pendant quatre jours. Il a personnellement recueilli certaines déclarations et supervisait les autres enquêteurs qui recueillaient des déclarations. Il a témoigné que lui et ses 30 enquêteurs avaient mené les interrogatoires conformément à la loi et qu'ils n'avaient soumis à de mauvais traitements aucun des individus interrogés. La Commission a accepté le témoignage de M. Wu sur ce point et a estimé qu'il était un témoin crédible. M^e Wang Zhong Hua, le procureur en chef chinois dans le procès instruit contre M. Li, a lui aussi témoigné devant la Commission pendant deux jours. Il a affirmé qu'aucune des déclarations de M. Li n'avait été obtenue au moyen de mauvais traitements. La Commission l'a lui aussi jugé crédible. Enfin, la Commission a entendu le témoignage de M^e Li Yong Jun, le procureur principal chinois d'une équipe de huit procureurs qui avaient poursuivi 19 personnes impliquées dans les activités de contrebande et de corruption de Yuan Hua. Il a témoigné devant la Commission pendant cinq jours et a été jugé crédible. La Commission n'a rien décelé dans son témoignage qui lui aurait permis de penser qu'il aurait participé aux mauvais traitements qu'auraient subis les personnes poursuivies par son équipe.

[120] Un fonctionnaire canadien de l'immigration a également interrogé M. Li et son frère, Lai Shui Qiang. Les bandes vidéos et la transcription de ces entrevues ont été déposées en preuve. Dans les vidéos, les deux hommes jurent de dire la vérité à l'agent d'immigration et affirment que les déclarations qu'ils ont faites aux autorités chinoises étaient volontaires. Ils ajoutent qu'ils n'ont été soumis à aucune pression physique ou mentale lorsqu'ils ont fait leurs déclarations et précisent qu'on leur a donné la possibilité de les revoir et de les corriger avant de les signer.

[121] I appreciate the Lais' submission that victims of torture are not likely to come forward and state openly that they have been tortured if they are still under the control of state authorities. At the same time, one should not speculate about what may have happened or infer that some or all of the persons convicted in the Yuan Hua smuggling scheme were tortured just because China's record on this issue is far from commendable. Once again, it is not for this Court to reweigh the evidence, absent an error of fact made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before the PRRA officer (*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27]).

[122] The Lais submit the officer should have found that the affidavits affirmed by Clive Ansley and his assistant, attaching an unsigned statement said to be from Tao Mi, established torture. At paragraph 80 of this decision, I rejected the applicants' argument that the officer was obliged to call a hearing if she questioned the identity of the person claiming to be Tao Mi. But the officer went further. Despite her doubts about who authored the unsigned statement, she nevertheless considered it and concluded as follows, at page 41 of her reasons:

I find that the unsigned statement said to have been dictated by Tao Mi [recanting her previous testimony regarding her knowledge of Lai Cheong Sing and Tsang Ming Na's smuggling activities and recounting her treatment at the hands of Chinese authorities which counsel submits equated to torture and mistreatment] is not probative or significantly determinative of forward-looking risk to the applicants.

[123] The officer also considered the Lais' claim that members of the Falun Gong and human rights defenders were tortured and/or mistreated and concluded the Lais were not similarly situated because they were neither

[121] Je suis sensible à l'argument des Lai suivant lequel il est peu probable que les victimes de torture se manifestent et déclarent ouvertement qu'elles ont été torturées si elles sont toujours assujetties au contrôle des autorités de l'État. Par ailleurs, on ne doit pas émettre d'hypothèses sur ce qui aurait pu se produire ou inférer du dossier peu reluisant de la Chine dans ce domaine que la totalité ou une partie des personnes qui ont été reconnues coupables de contrebande dans l'affaire de Yuan Hua ont effectivement été torturées. Je répète que notre Cour ne peut apprécier de nouveau la preuve, à moins d'être convaincue que l'agente d'ERAR s'est fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait (*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27]).

[122] Les Lai font valoir que l'agente aurait dû conclure que les affidavits souscrits par M^c Clive Ansley et par son assistante, et auxquels était jointe une déclaration non signée attribuée à Tao Mi, établissaient que des actes de torture avaient été commis. Au paragraphe 80 du présent jugement, j'ai écarté l'argument des demandeurs suivant lequel l'agente avait l'obligation de tenir une audience si elle remettait en question l'identité de la personne qui affirmait être Tao Mi. Mais l'agente est allée plus loin. En dépit des doutes qu'elle avait au sujet de l'auteur de la déclaration non signée, elle a néanmoins tenu compte de cette déclaration, concluant ce qui suit, à la page 41 de ses motifs :

[TRADUCTION] J'estime que la déclaration non signée qui aurait été dictée par Tao Mi [rétractant son témoignage précédent au sujet de ce qu'elle connaissait des activités de contrebande de Lai Cheong Sing et de Tsang Ming Na et relatant la façon dont les autorités chinoises l'avaient traitée et qui, aux dires de son avocat, équivalait à de la torture et à de mauvais traitements] n'est pas probante et qu'elle n'établit pas de façon déterminante les risques auxquels les demandeurs seraient exposés à l'avenir.

[123] L'agente s'est également attardée à l'argument des Lai suivant lequel des membres du Falun Gong et des défenseurs des droits de la personne sont torturés et/ou soumis à de mauvais traitements en Chine et elle a

Falun Gong practitioners nor human rights defenders (PRRA reasons, at pages 28, 30, 39, 40 and 41).

[124] The officer then considered the Lais' claim that Ms. Tsang's father had been mistreated by Chinese authorities. She concluded the hearsay affidavits from Ms. Tsang's sister, the only evidence provided to support this claim, had limited probative value and did not establish forward-looking risks under subsection 97(1) of the IRPA (PRRA reasons, at page 28). It is noteworthy that the same two hearsay affidavits from Ms. Tsang's sister were before the Board in 2001 and Ms. Tsang was cross-examined on them. That cross-examination evidence was also before the PRRA officer. The Board found Ms. Tsang's evidence and her sister's affidavits were inconsistent and gave them little weight (Tribunal record, Vol. 8, at pages 2342-2343).

[125] As discussed previously, the Lais complain about the weight the officer gave to Ms. Tsang's sister's affidavits, seemingly because they were not provided an oral hearing to explain them. A decision maker is not required to give great weight to affidavit evidence merely because the affiant has not been cross-examined (see paragraph 80 of this decision). It was not patently unreasonable for the officer to give the uncorroborated hearsay affidavits limited probative value.

[126] As I also discussed, the PRRA officer looked at the press release detailing the UN Special Rapporteur on Torture's visit to China. She noted that, according to that report, the practice of torture in China is on the decline but remains widespread, and China has undertaken practical measures to combat it. The press release also noted the absence of essential procedural safeguards necessary to make the prohibition on torture effective and that the problem of torture cannot be

conclu que les Lai ne se trouvaient pas dans la même situation parce qu'ils n'étaient ni des adeptes du Falun Gong ni des défenseurs des droits de la personne (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 28, 30, 39, 40 et 41).

[124] L'agente a ensuite examiné l'affirmation des Lai suivant laquelle les autorités chinoises avaient infligé de mauvais traitements au père de M^{me} Tsang. Elle a conclu que les affidavits fondés sur des oui-dire souscrits par la sœur de M^{me} Tsang, qui étaient les seuls éléments de preuve présentés à l'appui de cette affirmation, avaient une valeur probante limitée et n'établissaient pas que les demandeurs seraient exposés à un risque à l'avenir au sens du paragraphe 97(1) de la LIPR (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 28). Il vaut la peine de noter que les deux mêmes affidavits fondés sur des oui-dire et souscrits par la sœur de M^{me} Tsang avaient été soumis à la Commission en 2001 et que M^{me} Tsang avait été contre-interrogée à leur sujet. Les éléments de preuve recueillis lors de ce contre-interrogatoire avaient également été portés à la connaissance de l'agente d'ERAR. La Commission a estimé que le témoignage de M^{me} Tsang et les affidavits de sa sœur se contredisaient et elle leur a accordé peu de poids (transcription, vol. 8, aux pages 2342 et 2343).

[125] Comme je l'ai mentionné précédemment, les Lai reprochent à l'agente le peu de valeur que celle-ci a accordée aux affidavits souscrits par la sœur de M^{me} Tsang, vraisemblablement parce qu'elle ne leur a pas accordé d'audience pour les expliquer. Le décideur n'est pas tenu d'accorder beaucoup de poids à un affidavit simplement parce que son auteur n'a pas été contre-interrogé (voir paragraphe 80 de la présente décision). Il n'était pas manifestement déraisonnable de la part de l'agente d'accorder une valeur probante limitée à des affidavits relatés non corroborés.

[126] Comme je l'ai également déjà signalé, l'agente d'ERAR a pris acte d'un communiqué de presse relatant la visite effectuée en Chine par un Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture. Elle a fait remarquer que, suivant ce rapport, le recours à la torture en Chine est en baisse mais demeure répandu, et la Chine a pris des mesures concrètes pour le combattre. Le communiqué de presse signalait aussi l'absence de garanties procédurales essentielles nécessaires pour garantir l'efficacité de

brought under effective control in the absence of an independent judiciary in China (PRRA reasons, at pages 16-17).

[127] The officer also wrote, at page 20 of her decision, that she considered continuing reports that torture is still used to coerce confessions from criminal suspects, without elaborating on the subject (PRRA reasons, at page 20). In the 2005 U.S. Department of State, *Country Report on Human Rights Practices*, which the officer had before her, we read:

The law forbids prison guards from extorting confessions by torture, insulting prisoners' dignity, and beating or encouraging others to beat prisoners; however, police and other elements of the security apparatus employed torture and degrading treatment in dealing with some detainees and prisoners. Officials acknowledged that torture and coerced confessions were chronic problems and began a campaign aimed at curtailing these practices. Former detainees credibly reported that officials used electric shocks, prolonged periods of solitary confinement, incommunicado detention, beatings, shackles, and other forms of abuse.

...

During the year police continued to use torture to coerce confessions from criminal suspects, although the government made efforts to address the problem of torture. A one-year campaign by the Supreme People's Procuratorate (SPP) to punish officials who infringed on human rights, including coercing confessions through torture or illegally detaining or mistreating prisoners, ended in May. The campaign uncovered more than 3,700 cases of official abuse.

[128] It is in the context of these findings that one must look at the diplomatic assurance against torture or mistreatment. The Minister argues the assurances were sought as a cautionary measure, that the note was just another piece of evidence for the officer to use when assessing the risk of torture or mistreatment. According

l'interdiction de recourir à la torture et précisait que l'on ne pouvait venir à bout du problème de la torture s'il n'existait pas une magistrature indépendante en Chine (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 16 et 17).

[127] L'agente a également écrit, à la page 20 de sa décision, qu'elle avait tenu compte de rapports suivant lesquels on recourt toujours à la torture pour contraindre des suspects à passer aux aveux, sans toutefois approfondir le sujet (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 20). Voici, à cet égard, un extrait du Rapport de 2005 du Département d'État des États-Unis sur la situation des droits de la personne (U.S. Department of State, *Country Report on Human Rights Practices*), que l'agente avait également en mains :

[TRADUCTION] La loi interdit aux gardiens de prison de soutirer des aveux au moyen de la torture, de porter atteinte à la dignité des prisonniers ou de battre les prisonniers ou d'inciter d'autres personnes à le faire. Cependant, la police et d'autres intervenants de l'appareil de sécurité font appel à la torture et à des traitements dégradants lorsqu'ils ont affaire à des personnes sous garde ou des prisonniers. De hauts fonctionnaires reconnaissent que la torture et les aveux obtenus sous la contrainte constituent des problèmes chroniques, mais ils n'ont pas pris de mesures suffisantes pour y mettre fin. Suivant les déclarations crédibles de certains ex-détenus, les détenus sont soumis à des électrochocs, à l'isolement prolongé, à la détention secrète, à l'absence de contacts avec l'extérieur, à des passages à tabac, à l'imposition de fers et de chaînes et à d'autres formes de violence.

[...]

Au cours de l'année, la police a continué de recourir à la torture pour soutirer des aveux à des suspects, malgré les efforts déployés par le gouvernement pour résoudre le problème de la torture. Une campagne d'un an lancée par le Bureau du Procureur populaire suprême pour punir les fonctionnaires qui violent les droits de la personne notamment en soutirant des aveux par la torture, la détention illégale des prisonniers ou l'infliction de mauvais traitements à ceux-ci, a pris fin en mai. La campagne a mis au jour plus de 3 700 cas d'abus de pouvoir de la part des autorités.

[128] C'est dans le contexte de ces conclusions qu'on doit examiner les assurances diplomatiques portant sur la torture et les mauvais traitements. Le ministre soutient que les assurances ont été demandées à titre de mesure de précaution et que la note diplomatique n'était qu'un élément de preuve parmi d'autres dont l'agente pouvait

to the Minister, the fact that Canada raised the issue of an assurance against torture when discussing the assurance against the death penalty does not establish the Lais would have been at a substantial risk had the request not been made. As a result, the onus remained on the Lais to satisfy the PRRA officer on objective grounds that they would more likely than not be tortured or mistreated in China. The Minister claims they did not meet that burden. Even if I were to find the officer erred by concluding the assurance against torture was reliable, the Minister submits the overall decision should stand because this was not a critical finding.

[129] While this may look like an appealing argument at first sight, I do not find it persuasive. Indeed, it appears from the structure of the officer's reasoning that she balanced evidence of the widespread use of torture in China against the assurances, concluding the Lais would not be tortured because of the assurance. At page 20 of her decision, she wrote:

I have made a separate assessment of the assurances against torture. I note that consideration of an application for protection has to be made keeping in mind current documentary evidence, but also putting it in proper context. The evidence before me has a great deal to say about the troubling existence of torture used by Ministry of Public Security officials, despite China's being a signatory to the Convention Against Torture. On the one hand, Canada has been given assurances that no death penalty will result should Lai Cheong Sing be removed to China, nor will torture be enacted against him. Against this backdrop is public source information about the use of torture to coerce confessions out of suspects.

[130] Equally relevant is that a good portion of the officer's final summary of her findings focused on the assurances and their reliability regarding torture (PRRA reasons, at pages 34-38). A close reading of that summary reveals the officer clearly attached great weight to the assurances. While I have already cited the

tenir compte pour évaluer les risques de torture ou de mauvais traitements. Suivant le ministre, le fait que le Canada a soulevé la question des assurances relatives à la torture lors des discussions sur les assurances portant sur la peine de mort ne démontre pas que les Lai courraient un risque sérieux si cette demande n'avait pas été faite. Il incombait donc toujours aux Lai de convaincre l'agente d'ERAR, au moyen de raisons objectives, qu'il serait plus probable qu'improbable qu'ils subissent de la torture ou de mauvais traitements en Chine. Le ministre affirme qu'ils ne se sont pas acquittés de ce fardeau. Il ajoute que, même si je devais conclure que l'agente a commis une erreur en concluant que les assurances données au sujet de la torture sont fiables, sa décision devrait être confirmée parce qu'il ne s'agit pas d'une conclusion déterminante.

[129] Bien que cet argument puisse sembler séduisant de prime abord, je ne le trouve pas convaincant. Il ressort en effet de la structure du raisonnement de l'agente que celle-ci a mis en balance les éléments de preuve relatifs au recours généralisé à la torture en Chine avec les assurances qui avaient été données, concluant que les Lai ne seraient pas torturés, sur la foi de ces assurances. Voici ce qu'elle écrit, à la page 20 de sa décision :

[traduction] J'ai évalué séparément les assurances données au sujet de la torture. Je tiens à signaler que l'examen d'une demande doit se faire en tenant compte des éléments de preuve documentaire portant sur la situation actuelle mais qu'il faut également les situer dans leur contexte. Les éléments de preuve dont je dispose font largement état du recours troublant à la torture par les fonctionnaires du ministère de la Sécurité publique, malgré le fait que la Chine soit un des signataires de la Convention contre la torture. En revanche, le Canada a obtenu des assurances suivant lesquelles les Lai ne seront pas condamnés à la peine de mort et ne seront pas soumis à la torture s'ils sont renvoyés en Chine. C'est sur cette toile de fond que l'on doit situer les renseignements de source publique portant sur le recours à la torture pour obtenir sous la contrainte des aveux de la part de suspects.

[130] Je trouve également pertinente une bonne partie du résumé final de ses conclusions dans lequel l'agente s'attache aux assurances et à leur fiabilité en ce qui concerne la torture (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 34 à 38). Une lecture attentive de ce résumé révèle que l'agente a, de toute évidence, accordé

following excerpt from page 35 of the officer's decision, I reproduce it again for convenience:

Counsel appears to be conflating his view of the noted deficiencies in Chinese law and practice with his opinion that the diplomatic note will not be sufficient to protect the applicants from either the death penalty or torture. I find, based on my consideration of the evidence, that the Government has the ability to ensure that the full terms of the diplomatic note will be abided by, in other words, that neither of the applicants will face either the death penalty, or a suspended death sentence, or be subjected to torture, or cruel and unusual mistreatment or punishment. I do not agree that the absence of a mechanism to monitor the compliance of the Chinese government with the terms of the note is to be interpreted as rendering the note itself unreliable. Having regard to the nature and format of the diplomatic assurance, the correspondence that took place between Canadian and Chinese representatives to establish the terms of the assurance, and the identity of the applicants, I do not accept counsel's argument that I should dismiss this diplomatic assurance on the basis that its terms cannot be guaranteed without some kind of diplomatic sanction behind it or a mechanism to monitor its compliance.

[131] In short, the Minister's argument simply does not reflect the substance of the PRRA officer's reasons. To accept it would distort the officer's reasoning and findings. The assurances were clearly central to her assessment of the risks mentioned in section 97 of the IRPA, and I have not been convinced that she would have come to the same conclusion had there been no diplomatic note. As a result, I must carefully review what she said about those assurances to determine whether she erred or not, as it plainly had an impact on her ultimate decision.

[132] Now, what did the officer have to say about the diplomatic note and the assurances found therein? I have already summarized her main findings at paragraph 38 of my reasons. It is worth emphasizing, however, that she was well aware of the flaws and pitfalls inherent in diplomatic assurances and of the criticisms and warnings leveled by a number of human rights organizations with

beaucoup de poids aux assurances. Bien que j'aie déjà cité l'extrait suivant tiré de la page 35 de la décision de l'agente, je le reproduis une fois de plus par souci de commodité :

[TRADUCTION] L'avocat semble vouloir faire un lien entre son opinion au sujet des lacunes relevées dans le droit et la pratique chinois et son avis que la note diplomatique ne suffira pas pour protéger les demandeurs contre la peine de mort ou la torture. Après examen de la preuve, je conclus que le gouvernement est en mesure de garantir que la note diplomatique sera respectée dans son intégralité, en d'autres mots, qu'aucun des demandeurs ne risque d'être condamné à la peine de mort ou d'être exposé au risque d'être soumis à la torture ou à des traitements ou peines cruels et inusités. Je ne suis pas d'accord pour dire que l'absence de mécanisme permettant de vérifier si le gouvernement chinois a respecté les modalités de la note doit être interprétée comme enlevant toute fiabilité à la note elle-même. Compte tenu de la nature et de la forme des assurances diplomatiques, de la correspondance échangée entre les représentants canadiens et les représentants chinois pour définir les modalités des assurances en question et de l'identité des demandeurs, je n'accepte pas l'argument de l'avocat suivant lequel je devrais écarter les assurances diplomatiques en question au motif que leur respect ne peut être garanti si elles ne sont pas assorties d'une sorte de sanction diplomatique ou d'un mécanisme permettant d'en vérifier le respect.

[131] Bref, l'argument du ministre ne correspond tout simplement pas à l'essence des motifs de l'agente d'ERAR. Accepter cet argument fausserait le raisonnement et les conclusions de l'agente. Les assurances ont de toute évidence joué un rôle déterminant dans l'évaluation qu'elle a faite des risques mentionnés à l'article 97 de la LIPR, et on ne m'a pas convaincu qu'elle en serait venue à la même conclusion s'il n'y avait pas eu de note diplomatique. En conséquence, je dois examiner attentivement ce qu'elle a dit au sujet de ces assurances pour décider si elle a commis une erreur ou non, car cela a de toute évidence influencé sa décision finale.

[132] Or, qu'est-ce que l'agente avait à dire au sujet de la note diplomatique et des assurances qu'on y trouve? J'ai déjà résumé ses principales conclusions au paragraphe 38 de mes motifs. Il vaut toutefois la peine de souligner qu'elle était bien consciente des lacunes et des embûches inhérentes aux assurances diplomatiques, ainsi que des critiques et des mises en garde formulées

respect to the use of these notes. Indeed, the officer started her analysis with a quote from a Human Rights Watch report released in April 2005, entitled “Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture” [(2005), 17 *Human Rights Watch* No. 4(D)]. The report includes a disparaging critique of the Board’s decision in the *Lai* case (Tribunal record, Vol. 4, page 1071; PRR reasons, at pages 9-10).

[133] But more importantly, in her summary of findings, the officer also referred to a joint report issued by Amnesty International, Human Rights Watch and the International Commission of Jurists (the Joint Report). The Joint Report calls upon member states of the Council of Europe to reject any proposals to establish minimum standards for the use of diplomatic assurances against the risk of torture (“Reject rather than Regulate: Call on Council of Europe Member States not to Establish Minimum Standards for the Use of Diplomatic Assurances in Transfers to Risk of Torture and Other Ill-treatment”, December 2, 2005; Tribunal record, Vol. 1, at pages 170-223). According to the Joint Report, diplomatic assurances are not an effective safeguard against torture. Furthermore, they violate the absolute prohibitions against torture and against forcibly sending a person to a country where there are substantial grounds for believing that he may be subjected to these treatments. She also noted the essential argument against diplomatic assurances is that they are, in and of themselves, an acknowledgement that a risk of torture exists in the receiving country, and that a signatory to the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36] has no reason to have to guarantee that no such mistreatment will occur.

[134] While conceding that these were strong arguments, the officer nevertheless found these

par plusieurs organisations de défense des droits de la personne relativement à l’utilisation de ces notes. D’ailleurs, l’agente a entamé son analyse en citant un rapport de Human Rights Watch d’avril 2005 intitulé « Toujours en danger : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture » [(2005), 17 *Human Rights Watch*, n° 4(D)] [Développements survenus depuis avril 2004 au sujet des assurances diplomatiques]. On trouve dans ce rapport une critique très sévère de la décision de la Commission dans l’affaire *Lai* (dossier du Tribunal, vol. 4, à la page 1071; motifs de l’agente d’ERAR, aux pages 9 et 10).

[133] Mais l’aspect le plus important est le fait que, dans le résumé de ses conclusions, l’agente cite également un rapport conjoint publié par Amnesty Internationale, Human Rights Watch et la Commission internationale des juristes (le rapport conjoint). Le rapport conjoint invite les États membres du Conseil de l’Europe à rejeter toute proposition visant à établir des normes minimales relatives à l’usage d’assurances diplomatiques dans les transferts de personnes risquant la torture (« Reject rather than Regulate : Call on Council of Europe Member States not to Establish Minimum Standards for the Use of Diplomatic Assurance in Transfers to Risk of Torture and Other Ill-treatment », 2 décembre 2005; dossier du Tribunal, vol. 1, aux pages 170 à 223). Suivant le rapport conjoint, les assurances diplomatiques ne constituent pas une protection efficace contre la torture. De plus, elles violent l’interdiction absolue de la torture et du renvoi forcé d’une personne vers un pays où il y a des raisons sérieuses de penser qu’elle risque d’être victime de tortures ou de mauvais traitements. L’agente mentionne également l’argument essentiel invoqué contre les assurances diplomatiques, en l’occurrence le fait qu’elles constituent en elles-mêmes une reconnaissance de l’existence d’un risque de torture dans le pays d’accueil et le fait qu’un pays signataire de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, [10 décembre 1984, [1987 R.T. Can. n° 36] n’a aucune raison d’avoir à garantir que ces mauvais traitements ne seront pas exercés.

[134] Tout en reconnaissant la force de ces arguments, l’agente a néanmoins estimé que ces

considerations were offset here by the international publicity surrounding the Lais' case. She wrote, at pages 36-37 of her decision:

I have noted the report's conclusion that any such assurances are inherently unreliable as they are founded on trust that the receiving state will uphold its word when there is no basis for that trust. I find that while these considerations are well-received, they do not factor in other elements germane to the issue, such as, for example, the media interest in the applicants, the fact that a representative of the People's Republic of China was the first to broach the idea of offering an assurance that later became a diplomatic note, the disclosure to the media and to the public in general, both in Canada and China and internationally of the existence of such an assurance, and China's own position and placement in the world.

...

I note Human Rights Watch's statement that there is ample evidence to suggest that diplomatic assurances have not worked; HRW reports that the practice of seeking diplomatic assurances against torture and ill-treatment is a global phenomenon. Human Rights Watch's focus is on this international perspective, in its campaign to request that Council of Europe member states reject any proposals to establish standards for the use of diplomatic assurances, but my analysis is centered on the possibility of forward-looking risk to the applicants. The stance of the applicants is that the existence of the diplomatic assurance will do nothing to protect them against risk. The evidence before me is not sufficient for me to find that the People's Republic of China has reneged on previous assurances it has made, notwithstanding counsel's arguments on this ground. I find that in this particular case, for all the reasons already discussed previously, the Government of the People's Republic of China will abide by the assurances contained in the Diplomatic Note.

[135] It is abundantly clear that the PRRA officer was swayed, at the end of the day, by her assumption that the Lais would be protected by their own notoriety. This was, in fact, a recurrent theme in her reasons. And in my opinion, this is precisely where she erred. The officer might have been right to distinguish between an international campaign discouraging states from relying

considérations étaient contrebalancées par la publicité internationale entourant l'affaire des Lai. Elle écrit ce qui suit, aux pages 36 et 37 de sa décision :

[TRADUCTION] J'ai pris acte de la conclusion du rapport au sujet du manque inhérent de fiabilité de ces assurances en raison du fait qu'elles sont fondées sur la confiance en l'assurance donnée par le pays d'accueil, alors que rien ne justifierait cette confiance. J'estime que, bien que légitimes, ces considérations ne tiennent pas compte d'autres aspects pertinents, comme par exemple l'intérêt que les médias ont manifesté envers les demandeurs, le fait que c'est un représentant de la République populaire de Chine qui a été le premier à évoquer l'idée d'offrir des assurances qui ont par la suite pris la forme d'une note diplomatique, la divulgation tant au Canada qu'en Chine et à l'échelle planétaire de l'existence de ces assurances, et la situation et la position de la Chine elle-même dans le monde.

[...]

Je prends acte de l'affirmation de Human Rights Watch selon laquelle il existe des preuves abondantes tendant à démontrer l'inefficacité des assurances diplomatiques. Human Rights Watch reconnaît que l'usage consistant à demander des assurances diplomatiques concernant la torture et les mauvais traitements constitue un phénomène généralisé. Alors que Human Rights Watch se place du point de vue international pour justifier la campagne qu'il a lancée en vue d'inviter les États membres du Conseil de l'Europe à rejeter toute proposition visant à établir des normes relatives à l'usage d'assurances diplomatiques, mon analyse est axée sur la question de savoir si les demandeurs seraient exposés à des risques à l'avenir. La thèse des demandeurs est que l'existence des assurances diplomatiques ne leur fournit aucune protection adéquate contre ces risques. Malgré les arguments avancés par l'avocat sur ce point, j'estime que les éléments de preuve portés à ma connaissance ne sont pas suffisants pour me permettre de conclure que la République populaire de Chine est revenue sur les assurances qu'elle avait déjà données. Je conclus que, dans le cas qui nous occupe, pour les motifs déjà exposés, le gouvernement de la République populaire de Chine respectera les assurances contenues dans la note diplomatique.

[135] Il est indéniable qu'au bout du compte, l'agente d'ERAR était influencée par son hypothèse que les Lai seraient protégés par leur propre notoriété. C'est d'ailleurs un thème qui revient constamment dans ses motifs. Et, à mon avis, c'est précisément sur ce point qu'elle s'est méprise. L'agente aurait pu, à juste titre, faire la distinction entre, d'une part, une campagne

on diplomatic assurances, on the one hand, and a personalized assessment of a forward-looking risk of torture in a particular case. I am also prepared to accept, as the officer implicitly did, that in the absence of clear legal rules, domestic or international, foreclosing the possibility of relying on diplomatic assurances, the decision to seek and obtain such assurances in any given case and to rely on them to assess section 97 risks is a policy decision that is not reviewable by the courts. I would note, however, that such a position dangerously borders on cynicism. As stated in the aforementioned Joint Report [at page 2]:

. . . agreeing to enforce an exception to a receiving state's torture practices in an individual case has the effect of accepting the torture of others similarly situated in the receiving country. In other words, asking for the creation of such an island of supposed legality in the country of return amounts, or in any case comes dangerously close to the sending state accepting the ocean of abuse that surrounds it.

[136] Yet, the officer did not address two major flaws the applicants raised on the basis of the same reports she cited in her decision. First, there appears to be a growing consensus that diplomatic assurances should not be sought when the practice of torture is sufficiently systematic or widespread. In his report to the U.N. General Assembly of September 1, 2004 [*Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc. A/59/324, the U.N. Special Rapporteur on Torture looked at the *non-refoulement* obligations inherent in the absolute and non-derogable prohibition against torture and other forms of ill-treatment. Noting that all relevant considerations must be taken into account when determining whether there are substantial grounds for believing a person would be at risk of being subjected to torture, the Special Rapporteur expressed the view that in circumstances where there is a “consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights”, or of “systematic practice of torture,” “the principle of non-refoulement must be strictly observed and diplomatic assurances should not be resorted to.” (Report submitted pursuant to General Assembly

internationale visant à dissuader les États d'ajouter foi aux assurances diplomatiques, et, d'autre part, une évaluation personnalisée des risques de torture pour l'avenir dans un cas déterminé. Je suis également disposé à accepter, comme l'agente l'a fait implicitement, qu'à défaut de règles de droit internes ou internationales claires interdisant d'ajouter foi aux assurances diplomatiques, la décision consistant à demander et à obtenir de telles assurances dans un cas déterminé et de s'y fier pour évaluer les risques prévus à l'article 97 est une décision de principe qui échappe au pouvoir de contrôle des tribunaux. Je tiens toutefois à signaler qu'une telle façon de penser frise le cynisme. Ainsi qu'il est dit dans le rapport conjoint susmentionné :

[TRADUCTION] [. . .] créer des exceptions dans des cas particuliers en acceptant le recours à la torture dans le pays d'accueil revient à accepter la torture dans le cas d'autres personnes se trouvant dans une situation semblable dans le pays d'accueil. En d'autres termes, en réclamant la reconnaissance de la présumée légitimité de la torture dans le pays d'accueil, on s'approche dangereusement d'une acceptation, de la part du pays d'origine, des innombrables exactions qui accompagnent nécessairement la torture.

[136] Pourtant, l'agente a omis d'aborder deux graves lacunes que les demandeurs ont signalées en se fondant sur les mêmes rapports que ceux cités par l'agente dans sa décision. Premièrement, il semble que l'on s'accorde de plus en plus pour dire que l'on ne devrait pas demander d'assurances diplomatiques lorsque le recours à la torture est suffisamment systématique ou généralisé. Dans son rapport à l'Assemblée générale de l'ONU du 1^{er} septembre 2004 [*Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines, ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. de L'ONU, A/59/324], le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture rappelle que le principe du non-refoulement fait partie intégrante de l'interdiction générale, absolue et impérative de la torture et des autres formes de mauvais traitements. Signalant que, pour déterminer s'il y a des motifs sérieux de croire qu'une personne risque d'être soumise à la torture, il faut tenir compte de toutes les considérations pertinentes, le Rapporteur spécial s'est dit d'avis que lorsqu'il existe, dans un pays, un « ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives [. . .] le principe de non-refoulement doit être strictement

resolution 58/164, UN Document A/59/324 [at paragraph 37]).

[137] The logic behind such a stand is easy to grasp. If a country is not prepared to respect a higher legal instrument that it has signed and ratified—in this case, the U.N. Convention Against Torture—why would it respect a lower-level instrument such as a diplomatic note, that is not binding in international law and not enforceable? At pages 13-14 of the Joint Report, Human Rights Watch, Amnesty International and the International Commission of Jurists elaborate further on this dilemma:

As noted by the Council of Europe's Commissioner for Human Rights "the weakness inherent in the practice of diplomatic assurances lies in the fact that where there is a need for such assurances there is clearly an acknowledged risk of torture and ill-treatment." The value of signing an "understanding" or accepting an "assurance" from a state that does not respect even legally-binding multi-lateral agreements prohibiting torture and other ill-treatment is necessarily cheap. Promises to take measures detailed in diplomatic assurances are mere repetitions—indeed, pale echoes—of treaty and other international obligations which receiving states have already promised but failed to respect in the past.

The reliance on such non-binding agreements to enforce legally binding obligations may, in fact, undercut the credibility and integrity of universally binding legal norms and their system of enforcement. This is particularly the case if authorities in a country have persistently refused access to existing international mechanisms. [Footnotes omitted.]

[138] The PRRA officer acknowledged numerous reports attesting to the fact that the use of torture in China is still widespread. She admitted, at page 20 of her decision, that the evidence speaks of the "troubling existence" of torture as a tool in China, despite being a signatory to the U.N. Convention against Torture. However, the PRRA officer nevertheless failed to assess whether it was appropriate to rely on diplomatic assurances at all from the Government of China. This

respecté et qu'il convient de ne pas recourir aux assurances diplomatiques » (Rapport soumis en application de la résolution 58/164 de l'Assemblée générale, Document de l'ONU A/59/324 [au paragraphe 37]).

[137] La logique qui sous-tend cette position est facile à saisir. Si un pays n'est pas disposé à respecter un instrument juridique supérieur qu'il a signé et ratifié — en l'occurrence la Convention des Nations Unies contre la torture —, pourquoi respecterait-il un instrument de moindre importance comme une note diplomatique, qui n'a aucune force obligatoire et qui n'est pas exécutoire en droit international? Aux pages 13 et 14 de leur rapport conjoint, Human Rights Watch, Amnesty Internationale et la Commission internationale des juristes développent leur pensée sur ce dilemme :

[TRADUCTION] Comme le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a déclaré, à propos des assurances diplomatiques : « la faiblesse inhérente à cette pratique tient au fait que de telles assurances ne sont nécessaires que parce qu'il existe manifestement un risque constaté de tortures ou de mauvais traitements. La valeur de la signature d'un « accord » ou de l'acceptation des « assurances » données par un État qui ne respecte même pas des accords multilatéraux juridiquement contraignants qui interdisent la torture et les autres mauvais traitements est nécessairement faible. Les assurances diplomatiques ne sont que de simples répétitions—en fait, un faible écho—des obligations internationales que les États d'accueil se sont déjà engagés à respecter, notamment par traité, mais qu'ils ont violées dans le passé.

S'appuyer sur des accords bilatéraux non contraignants comme les assurances diplomatiques pour assurer le respect d'obligations juridiquement obligatoires met à mal la crédibilité et l'intégrité des normes juridiques universelles et de leur système de mise en application, ce qui est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit d'un pays qui refuse systématiquement tout recours aux mécanismes internationaux déjà existants. [Notes omises.]

[138] L'agente d'ERAR a reconnu que de nombreux rapports confirmaient que le recours à la torture est encore répandu en Chine. Elle a admis, à la page 20 de sa décision, que la preuve témoignait de [TRADUCTION] « l'existence troublante » de la torture en Chine, malgré le fait que celle-ci soit un des pays signataires de la Convention des Nations Unies contre la torture. L'agente d'ERAR ne s'est toutefois pas demandée s'il y avait lieu d'ajouter foi aux assurances diplomatiques

analysis is simply not engaged. The officer moved from the overall pattern of torture in China to considering the Lais' particular case, without ever deciding whether it was at all appropriate to do so in light of the overall pattern. I agree with the Lais that this is, in itself, patently unreasonable.

[139] But there is more. Even in those situations where there may not be a pattern but where there is a risk of torture or other forms of ill-treatment in an individual case, an assurance should at the very least fulfill some essential requirements to ensure that it is effective and meaningful. Contrary to the death penalty, which usually takes place in the open and is therefore easier to ascertain, torture is practised behind closed doors and is denied by the states where it occurs. Indeed, officials that engage in those practices are usually skilled at preventing any visible manifestations and adept at ensuring, through threats, that no complaints will ever be made. As the above-mentioned three non-governmental organizations wrote, at page 12 of the Joint Report:

Torture and other ill-treatment, especially when practised by persons adept at hiding their infliction and consequences, are notoriously difficult to ascertain even where systemic, varied and professional visiting or monitoring and other preventive mechanisms are in place, let alone through the sole mechanism of occasional visits. In contrast, in the case of the death penalty, facts such as the contents of charge sheets and sentences handed down by courts are easy to establish in many countries. Thus, in death penalty cases, potential breaches of the assurances can usually be identified and addressed before the sentence is carried out, in contrast to cases involving diplomatic assurances against torture and other ill-treatment, where sending states run the unacceptable risk of being able to identify a breach, if at all, only after torture and other ill-treatment have already occurred.

[140] The U.N. Special Rapporteur on Torture, in his above-quoted report of September 1, 2004, listed a

données par le gouvernement chinois. Elle ne s'est tout simplement pas livrée à cette analyse. Après avoir examiné la situation générale qui existe en Chine en ce qui concerne la torture, elle est passée à l'examen du cas particulier des Lai sans jamais décider s'il convenait de le faire, compte tenu de la situation générale. Je suis d'accord avec les Lai pour dire que cette façon de procéder était, en soi, manifestement déraisonnable.

[139] Mais il y a plus. Même dans les cas où il n'y a pas de répétition systématique d'actes de torture, mais où il existe un risque de torture ou d'autres formes de mauvais traitements dans un cas individuel, une assurance devrait à tout le moins répondre à certaines exigences pour être efficace et avoir un sens. Contrairement à la peine de mort, qui est habituellement exécutée au grand jour et qu'il est facile de vérifier, la torture est pratiquée en secret et les États où elle a lieu nient son existence. D'ailleurs, ceux qui se livrent à de telles pratiques sont habituellement passés maîtres dans l'art d'empêcher toute manifestation visible de leurs exactions et de s'assurer, par la menace, que les victimes ne portent jamais plainte. Ainsi que les trois organisations non gouvernementales susmentionnées l'écrivent, à la page 12 du rapport conjoint :

[TRADUCTION] Il est bien connu qu'il est très difficile de savoir s'il y a eu infliction de torture ou d'autres formes de mauvais traitements, surtout lorsque ces actes sont pratiqués par des personnes qui savent rendre leurs sévices et leurs conséquences indécélables et ce, même lorsqu'il existe des mécanismes de prévention, telles que des visites professionnelles et des contrôles, et encore moins lorsque le seul mécanisme prévu n'est qu'une visite occasionnelle. En revanche, dans le cas de la peine de mort, des faits vérifiables tels que les actes d'accusation et les sentences prononcées par les tribunaux sont faciles à établir dans bon nombre de pays. Dans le cas de la peine de mort, on peut habituellement dénoncer un manquement aux assurances diplomatiques concernant la peine de mort avant qu'une exécution n'ait lieu, tandis que, dans le cas des assurances diplomatiques portant sur la torture et les autres formes de mauvais traitements, le pays d'origine court le risque inacceptable d'être dans l'incapacité d'identifier une violation de ces assurances, et en tout cas, étant donné le secret qui entoure la torture, seulement après que la torture ou les mauvais traitements ont déjà eu lieu.

[140] Dans son rapport précité du 1^{er} septembre 2004, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture

number of minimal conditions to make an assurance verifiable, including provisions with respect to prompt access to a lawyer, (video) recording of all interrogation sessions and recording of the identity of all persons present, prompt and independent medical examination, and forbidding incommunicado detention or detention at undisclosed places. He also added that there should be a system of effective monitoring which is prompt, regular and includes private interviews (see paragraphs 41-42 of his report).

[141] Even monitoring mechanisms have proven problematic. It has been noted, for example, that people who have suffered torture or other ill-treatment are often reluctant to speak out due to fear of retaliation against them and/or their families. It has even been argued that monitoring one or a few designated detainees (as opposed to systematic and general monitoring) could actually put those detainees in a worse position and leave members of their families more vulnerable to reprisals. This is why, in a more recent report, the U.N. Special Rapporteur on Torture expressed the view that post-return mechanisms do little to mitigate the risk of torture and have proven ineffective in both safeguarding against torture and as a mechanism of accountability (see Special Rapporteur on Torture, *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc. A/60/316, August 30, 2005, at paragraph 46; see also U.N. High Commissioner for Human Rights, *Human Rights Day—Statement by UN High Commissioner for Human Rights Louise Arbour on Terrorists and Torturers*, New York, 7 December 2005).

[142] Once again, I find the PRRA officer erred by failing to determine whether the assurances met the essential requirements to make them meaningful and reliable. Assuming for the moment that assurances can, in the right circumstances, drastically mitigate the risk of

dresse une liste de conditions minimales qui doivent être remplies pour rendre une assurance vérifiable. Ainsi, ces assurances devraient au minimum comporter des dispositions relatives aux droits de pouvoir consulter rapidement un avocat, à l'enregistrement (audiovisuel) de tous les interrogatoires et à la mention dans les procès-verbaux de l'identité de toutes les personnes présentes, à la possibilité de bénéficier d'un examen médical indépendant dans un délai aussi bref que possible et à l'interdiction à la détention en secret ou à la détention dans des lieux tenus secrets. Le Rapporteur spécial ajoute qu'il est nécessaire de mettre en place un système de surveillance efficace, rapide et régulier, et d'inclure des entretiens privés (voir les paragraphes 41 et 42 de son rapport).

[141] Même les mécanismes de surveillance se sont avérés problématiques. On a constaté, par exemple, que les victimes de torture ou de mauvais traitements hésitent souvent à dénoncer les exactions par crainte de représailles contre elles-mêmes ou les membres de leur famille. On a même soutenu que le fait de ne contrôler qu'un seul détenu ou un petit groupe de détenus (par opposition à un contrôle général et systématique) pourrait en fait les placer dans une situation pire et rendre les membres de leur famille plus vulnérables. C'est la raison pour laquelle, dans un rapport plus récent, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a exprimé l'avis que les mécanismes de surveillance ultérieure n'atténuent guère le risque de torture et se sont révélés inefficaces tant pour préserver les individus de la torture que pour obliger les États à assumer leurs responsabilités (voir Rapporteur spécial sur la torture, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. de l'ONU A/60/316, 30 août 2005, au paragraphe 46; voir aussi Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Déclaration de M^{me} Louise Arbour Haut-Commissaire aux droits de l'homme à l'occasion de la journée internationale des droits de l'homme—Des terroristes et des tortionnaires*, 7 décembre 2005).

[142] Une fois de plus, je conclus que l'agente d'ERAR a commis une erreur en ne déterminant pas si les assurances satisfaisaient aux conditions essentielles à remplir pour avoir un sens et pouvoir être considérées comme fiables. En supposant pour le moment que les

torture, she never engaged in any discussion about what those essential requirements might be, let alone whether those requirements were met. She simply wrote that the Lais' notoriety will protect them, and incidentally, that there is no evidence that China has reneged on any previous assurances. This last point can be dealt with quite easily. The PRRA officer's assertion rested on the testimony of one of the Minister's expert witnesses, John Holmes. He said that of the 10, 20 or 30 notes he had seen from the People's Republic of China during his career, he was not aware of any that were violated. But we know nothing of the nature of these notes and whether they provided assurances of the nature here at stake.

[143] As for their notoriety, I agree with the Lais that it is of no use if China's failure to comply with the assurance against torture does not become public. For torture to become known, however, there would have to be some compliance and verification mechanisms in place. More specifically, there would have to be an effective monitoring system by independent organizations like the International Committee of the Red Cross. If torture is practised without anybody ever knowing it, notoriety will be of no avail to the Lais. This should have been of particular concern to the PRRA officer, especially down the road, in 10, 15 or 20 years from now, when media attention will obviously have shifted to other high-profile cases. In failing to address this issue, and in skipping such an important step in her reasoning, the officer erred and came to a conclusion that was patently unreasonable.

(f) Fair Trial

[144] The Lais argue that the PRRA officer never concluded, on a balance of probabilities, whether they would receive a fair trial in China. As a result, they claim the summary of her findings (at least on this issue), already reproduced at paragraph 47 of these

assurances peuvent, dans une situation idéale, atténuer radicalement les risques de torture, force est de reconnaître que l'agente ne s'est jamais interrogée sur la nature de ces conditions essentielles et encore moins sur la question de savoir si ces conditions étaient remplies. Elle s'est contentée d'écrire que la notoriété des Lai les protégerait et, accessoirement, que la preuve ne permettait pas de penser que la Chine était revenue sur les assurances déjà données. Ce dernier point peut être résolu très facilement. L'affirmation de l'agente d'ERAR reposait sur le témoignage d'un des témoins experts du ministre, John Holmes. M. Holmes avait déclaré que, sur les 10, 20 ou 30 notes diplomatiques émanant de la République populaire de Chine qu'il avait vues au cours de sa carrière, il n'en connaissait aucune qui n'avait pas été respectée. Mais nous ne savons rien de la nature de ces notes et on ignore si elles fournissaient des assurances de même nature que celles qui sont en cause dans le cas qui nous occupe.

[143] Quant à la notoriété, je suis d'accord avec les Lai pour dire qu'elle est illusoire si le défaut de la Chine de se conformer aux assurances relatives à la torture n'est jamais divulgué au public. Pour que l'on sache si des tortures ont été exercées, il faut qu'il existe un mécanisme de contrôle et de vérification. Pour être plus précis, il faudrait qu'il y ait un système de surveillance efficace appliqué par une organisation indépendante comme le Comité international de la Croix-Rouge. Si la torture est pratiquée à l'insu de tous, les Lai ne pourront en invoquer la notoriété. L'agente d'ERAR aurait dû tenir compte de ce facteur, d'autant plus que, dans 10, 15 ou 20 ans, l'attention des médias se sera de toute évidence déplacée vers d'autres affaires ayant un plus grand retentissement médiatique. En n'abordant pas cette question et en escamotant une étape aussi importante dans son raisonnement, l'agente a commis une erreur et a tiré une conclusion qui était manifestement déraisonnable.

f) Procès équitable

[144] Les Lai soutiennent que l'agente d'ERAR n'a jamais conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils bénéficieraient d'un procès équitable en Chine. Ils affirment, en conséquence, que le résumé de ses conclusions qui est déjà reproduit au paragraphe 47 des

reasons, is flawed because it is essentially a conclusion not resting on any previous findings.

[145] Moreover, they claim the PRRA officer did not clarify whether it was unlikely the Lais' trial would be unfair—or, that despite the likelihood of unfairness, it would not constitute a risk under subsection 97(1) of the IRPA. In either case, the Lais contend she was wrong. She could not decline and refuse to rule on that question. If, however, she is taken to have ruled that the applicants will not be at risk of cruel and unusual treatment despite the fact that their trial will fall short of international standards, she must have been wrong. It is the Lais' submission that an unfair trial, not compatible with internationally recognized norms, necessarily amounts to cruel and unusual treatment where the consequences of the trial is prolonged imprisonment. While the Lais recognize that not every criminal trial held in China is unfair, they contend that theirs will be as their case is highly politicized. They rely for that proposition, *inter alia*, on:

- The comments made by the former Chinese Prime Minister, who said of Mr. Lai that “he should have died three times and that is not even enough” (Board Exhibit A-21);
- An exhibit opened up by the Chinese government which displayed the “names of the main leading cadres who were recruited, corrupted, bribed and controlled by Lai Chang Xing” (Board Exhibits C-42 and A-34);
- The constant vilification of Mr. Lai by the Chinese news media (Board Exhibit C-42); and
- The fact that the Chinese government has already seized and auctioned off Mr. Lai's assets, thus showing that they are prepared to act on the presumption they have formed of his guilt (PRRA record, Vol. 2, Tab 26).

présents motifs est — du moins sur cette question — entaché d'erreurs parce qu'il constitue essentiellement une conclusion qui ne repose sur aucune des constatations antérieures.

[145] Les Lai soutiennent par ailleurs que l'agente d'ERAR n'a pas précisé s'il était peu probable que le procès des Lai soit inéquitable ou que, malgré le fait qu'il soit probablement inéquitable, il ne constituerait pas un risque prévu au paragraphe 97(1) de la LIPR. Les Lai affirment que, dans un cas comme dans l'autre, l'agente d'ERAR a eu tort. Elle ne pouvait refuser de se prononcer sur cette question. Toutefois, si l'on doit considérer qu'elle a estimé que les demandeurs ne seraient pas exposés à un risque de traitements cruels et inusités malgré le fait que leur procès ne répondait pas aux normes internationales, il faut conclure qu'elle a eu tort. Les Lai affirment qu'un procès inéquitable qui ne satisfait pas aux normes internationales reconnues équivaut nécessairement à un traitement cruel et inusité lorsque ce procès entraîne un emprisonnement prolongé. Bien que les Lai reconnaissent que les procès criminels qui ont lieu en Chine ne sont pas tous inéquitables, ils affirment que leur procès sera inéquitable parce qu'il est fortement politisé. Pour appuyer cette proposition, ils invoquent notamment :

- Les propos de l'ancien premier ministre chinois, qui a déclaré que M. Lai [TRADUCTION] « aurait dû mourir trois fois et ce n'est même pas assez » (pièce A-21 de la Commission);
- Un document consulté par le gouvernement chinois dans lequel figurait [TRADUCTION] « le nom des principaux cadres supérieurs que Lai Chang Xing avait recrutés, corrompus, achetés et contrôlés » (pièces C-42 et A-34 de la Commission);
- La diffamation constante dont M. Lai a fait l'objet de la part des journalistes chinois (pièce C-42 de la Commission);
- Le fait que le gouvernement chinois avait déjà saisi les biens de M. Lai et les avait vendus en justice, démontrant ainsi qu'ils sont disposés à agir sur le fondement de la présomption de culpabilité qu'ils ont

[146] As attractive as it may appear at first sight, I do not find this argument convincing. First of all, the officer did make some findings about the fair trial issue, although they were not necessarily isolated in their own particular section. After reviewing some specific trials of those involved in the Yuan Hua companies, for example, the officer found (PRRA reasons, at page 26):

The evidence before me does not indicate that any of the individuals in the Yuan Hua case were prevented from obtaining defence counsel, nor is there objectively identifiable evidence to indicate that defence counsel in these cases were constrained in representing their clients, were threatened, or came under any pressures from the Chinese authorities in making defence cases for their clients.

[147] The officer also looked at the manner in which evidence was obtained in the Yuan Hua prosecutions. Prosecutors intend to use the same evidence against the Lais when they are brought to trial in China. The officer wrote, at pages 38-39 of her decision:

. . . I cannot conclude that the evidence exists in the documentary material before me to indicate that coercion and/or torture or mistreatment of witnesses in the Yuan Hua trials took place and that the evidence that the government of China plans to present in order to incriminate the applicants is tainted evidence, obtained through duress and mistreatment and torture.

...

. . . the disclosed court judgments are not probative evidence that coercion and ill-treatment have been used on those involved in the Yuan Hua cases.

[148] The officer was entitled to come to these findings on the basis of the extensive evidence that she

établie dans son cas (dossier de l'agente d'ERAR, vol. 2, onglet 26).

[146] Bien qu'il puisse sembler séduisant à première vue, cet argument ne me convainc pas. En premier lieu, l'agente a bel et bien tiré certaines conclusions au sujet de l'équité du procès, bien qu'elle ne les ait pas nécessairement regroupées sous la même rubrique. Ainsi, après avoir examiné le procès de certaines des personnes impliquées dans l'affaire des sociétés de Yuan Hua, l'agente a conclu ce qui suit (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 26) :

[TRADUCTION] Les éléments de preuve portés à ma connaissance ne permettent pas de penser qu'on a empêché les personnes impliquées dans l'affaire de Yuan Hua de retenir les services d'un avocat de la défense, et il n'existe pas non plus d'éléments de preuve objectivement identifiables qui indiquent qu'on a empêché les avocats de la défense de représenter leurs clients, qu'on leur a fait des menaces ou que les autorités chinoises ont exercé des pressions sur eux dans la préparation de la défense de leurs clients.

[147] L'agente a également examiné la manière dont les éléments de preuve avaient été obtenus dans les procès de Yuan Hua. Les procureurs ont l'intention de se servir des mêmes éléments de preuve contre les Lai lorsqu'ils seront traduits en justice en Chine. L'agente écrit ce qui suit, aux pages 38 et 39 de sa décision :

[TRADUCTION] [. . .] Je ne puis conclure qu'il existe dans la preuve documentaire qui m'a été soumise des éléments qui permettent de penser qu'on a recouru à la contrainte dans le cas des témoins qui ont été entendus dans le cadre des procès de Yuan Hua ou qu'on les a soumis à la torture ou à de mauvais traitements. Il n'y a par ailleurs pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que le gouvernement chinois cherchait à incriminer les demandeurs au moyen d'éléments de preuve obtenus illégalement par la contrainte, de mauvais traitements ou la torture.

[. . .]

. . . Les jugements des tribunaux qui ont été communiqués ne constituent pas une preuve probante que l'on a recouru à la contrainte dans le cas des personnes impliquées dans les procès de Yuan Hua ou qu'on leur a infligé de mauvais traitements.

[148] L'agente avait le droit de tirer ces conclusions sur le fondement de la preuve abondante qu'elle a

reviewed in her reasons. The fact that some of these findings appeared in the summary is of no consequence.

[149] Second, I think it is quite clear from a fair and comprehensive reading of her reasons that the officer rejected the notion that the Lais would not get a fair trial. While she accepted that the Chinese legal system is indeed defective in many respects and falls short of international standards, she refused to draw the inference that the Lais would therefore be subjected to a risk of cruel and unusual treatment. The officer was not asked to make a statement on the nature of trials in China in general, but to look at the Lais' situation specifically. And she found that, as others charged in the Yuan Hua smuggling case had received, in the main, due process and fair trials, the nature of the trial the Lais would face would be like those similarly situated to them and would not put them at risk. Her reasoning was well captured in the excerpt I quoted at paragraph 47 of these reasons.

[150] It is therefore erroneous to contend that she erred in finding the Lais would not be at risk of cruel and unusual treatment despite the fact that their trial would fall short of international standards. This is a mischaracterization of her finding. Her conclusion was that their trial would, by and large, be fair, as were the trials of all those involved in the same operation.

[151] At the hearing, there was much debate around subparagraph 97(1)(b)(iii) of the IRPA and whether it is triggered as soon as somebody is sentenced to life imprisonment. According to the applicants, putting somebody in prison for life is in and of itself cruel and unusual treatment, and it can only be justified if it is incidental to lawful sanctions and if those sanctions are not imposed in disregard of international norms. This position, it seems to me, is at odds with the reasoning of the Supreme Court of Canada in *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at page 1072, where the

examinée dans ses motifs. Le fait que certaines de ces conclusions ne se retrouvent pas dans son résumé ne tire pas à conséquence.

[149] Deuxièmement, je crois qu'une lecture raisonnable et exhaustive des motifs de l'agente démontre à l'évidence qu'elle a écarté l'idée que les Lai ne pourraient bénéficier d'un procès équitable en Chine. Tout en admettant que le système judiciaire chinois comporte de nombreuses lacunes et qu'il ne répond pas aux normes internationales, elle a refusé d'en inférer que les Lai ne seraient pas exposés à un risque de traitements cruels et inusités. On ne demandait pas à l'agente de se prononcer sur la nature des procès en Chine en général, mais d'examiner la situation particulière des Lai. Or, elle a conclu que, comme les autres personnes accusées dans le cadre de l'affaire du réseau de contrebande de Yuan Hua avaient bénéficié, dans l'ensemble, de l'application régulière de la loi et de procès équitables, le procès qui serait intenté contre les Lai serait de la même nature que celui qu'avaient subi les personnes se trouvant dans la même situation qu'eux et ne les exposerait à aucun risque. On peut facilement suivre le fil de son raisonnement au paragraphe 47 des présents motifs.

[150] Il est donc faux de prétendre que l'agente d'ERAR a commis une erreur en concluant que les Lai ne seraient pas exposés à un risque de traitements cruels et inusités malgré le fait que leur procès ne répondrait pas aux normes internationales. Il s'agit là d'une mauvaise qualification de sa conclusion. Elle a conclu que leur procès serait, pour l'essentiel, équitable, tout comme celui qu'avaient subi les personnes impliquées dans la même opération.

[151] À l'audience, on a longuement débattu du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR et de la question de savoir s'il entre en jeu dès qu'une personne est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité. Suivant les demandeurs, mettre quelqu'un en prison pour le reste de ses jours constitue en soi un traitement cruel et inusité qui ne peut se justifier que s'il s'accompagne accessoirement de sanctions licites et que si ces sanctions ne sont pas infligées au mépris des normes internationales. Cette façon de voir contredit, à mon sens, le raisonnement suivi par la Cour suprême du

Court stated that “[s]ection 12 [of the Charter] will only be infringed where the sentence is so unfit having regard to the offence and the offender as to be grossly disproportionate.” That being said, I am of the view that this debate is a red herring in the context of this case. Whether the shortcomings of the Chinese legal system have to be assessed against international standards, as the Lais would have it, or whether they must be factored in the threshold analysis required to determine if they would be at risk of unusual treatment in the first place, is irrelevant here. To the extent that similarly situated individuals have not been exposed to these flaws when facing their trials, the issue just does not arise.

[152] Finally, the Lais submitted that their trial would not be a run of the mill criminal trial. While some of it may admittedly be fair, it will be highly politicized. Relying on the 2005 U.S. Department of State Report for China and on a document prepared by the Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade (record of the applicants, at pages 146-149), they submitted that courts are not independent from the government in those cases where the political authorities have an interest, as is the case here. The short answer to that claim is that it was duly considered by the officer and rejected unequivocally. She stated, at pages 40-41 of her reasons:

On the issue of whether conviction of the applicants is assured, I find this assertion to be without support. The evidence before the Board regarding the applicants’ suspected involvement in criminal activities, that is, smuggling and bribery, came from different sources, not merely confessions that counsel submits were coerced by torture or the threat of torture. Those other sources included material evidence gathered from Lai Cheong Sing’s office building and witness testimony. To conflate the intent of the Chinese authorities in attempting to return the applicants to face Chinese law and justice with the supposition that the applicants have already been convicted, and/or will be unable to obtain or confer with defence counsel, and/or will be unable to obtain a fair trial, is not supported by the evidence.

Canada dans l’arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la page 1072, où la Cour déclare que « [i]l n’y aura violation de l’art. 12 [de la Charte] que si, compte tenu de l’infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d’être exagérément disproportionnée ». Ceci étant dit, j’estime que ce débat nous lance sur une fausse piste dans le contexte de la présente affaire. Il importe peu, en l’espèce, que l’on évalue les lacunes du système judiciaire chinois en fonction des normes internationales, comme les Lai le préconisent, ou qu’on en tienne compte dans le cadre de l’analyse préliminaire à laquelle il faut se livrer pour déterminer s’ils seraient a priori exposés à un risque de traitements inusités. Dans la mesure où des personnes se trouvant dans une situation semblable n’ont pas souffert de ces lacunes lors de leur procès, la question ne se pose tout simplement pas.

[152] Enfin, les Lai soutiennent que leur procès ne serait pas un procès criminel banal. Malgré le fait qu’il puisse être en partie équitable, il n’en demeure pas moins qu’il est fortement politisé. Se fondant sur le Rapport de 2005 par pays du Département d’État des États-Unis sur la Chine et sur un document publié par le Ministère canadien des Affaires étrangères et du Commerce international (dossier des demandeurs, aux pages 146 à 149), ils affirment que les tribunaux ne sont pas indépendants du gouvernement dans les affaires dans lesquelles les autorités politiques ont un intérêt, comme c’est le cas en l’espèce. Pour répondre à cet argument, il suffit de rappeler que l’agente l’a dûment examiné et l’a rejeté de façon non équivoque. Voici ce qu’elle déclare, aux pages 40 et 41 de ses motifs :

[TRADUCTION] Sur la question de savoir si la condamnation des demandeurs est assurée, j’estime que cette affirmation est sans fondement. Les éléments de preuve soumis à la Commission au sujet de la présumée implication des demandeurs dans les activités criminelles, c’est-à-dire la contrebande et la corruption, proviennent de différentes sources; il ne s’agit pas de simples aveux qui auraient, comme l’avocat le prétend, été extorqués sous la torture ou la menace de la torture. Parmi ces autres sources, il y a lieu de mentionner les éléments de preuve recueillis dans l’immeuble à bureaux de Lai Cheong Sing ainsi que les dépositions des témoins. La preuve ne permet pas de faire de lien entre l’intention des autorités chinoises de chercher à faire revenir les demandeurs en Chine pour répondre de leurs actes devant la loi et la justice chinoises et la supposition que les

Counsel's evidence regarding Guo Guoting would appear to be directly relevant regarding the treatment of defence counsel by authorities, [*sic*] however, I note that Mr. Guo's own evidence is that he came into conflict with the authorities in seeking to defend Falun Gong practitioners, human rights activists, and other defence lawyers, and now has himself been targeted for this reason. As noted previously, I do not award significant weight to Guo Guoting's evidence as it relates to Lai Cheong Sing and Tsang Ming Na. Mr. Guo's evidence is that he served as defence counsel to human rights defenders, "political criminals" and Falun Gong practitioners, none of which I find describes the applicants. I note in particular no objective evidence to corroborate any political dimension to the Chinese government's interest in the return of the applicants to face criminal charges. While I note Mr. Guo's evidence that defence counsel are at risk of themselves being charged for taking on politically tinged cases, in this situation I give more weight to the evidence of Zhou Bing Zhi, a defence lawyer who represented two defendants in the Yuan Hua trials (one an appeal case) and testified that he had himself felt no political pressures or threats in representing his clients.

[153] As I have already indicated, the officer's finding on the nature of the trial the applicants would receive in China was a factual finding subject to review on the standard of patent unreasonableness. Based on the evidence before her, the officer's finding on the nature of the trial the applicants face was not patently unreasonable.

(g) A law of general application

[154] The Lais' final argument can be disposed of rather quickly. Mr. Matas had submitted that relatives of Tsang Ming Na (her mother, Cai Xiu Meng, and the girlfriend of her brother, Zhuang Shao Cheng) were convicted and jailed because they arranged for money which belonged to the applicants to be transferred to them for the purpose of paying their legal fees in

demandeurs ont déjà été condamnés et/ou ne seront pas en mesure d'obtenir ou de consulter un avocat de la défense et/ou ne pourront bénéficier d'un procès équitable.

Le témoignage de l'avocat au sujet de Guo Guoting semblerait se rapporter directement au sort que les autorités réservent aux avocats de la défense. Je constate toutefois que M^e Guo a lui-même déclaré qu'il avait eu des démêlés avec les autorités lorsqu'il avait tenté de défendre des adeptes du Falun Gong, des militants des droits de la personne, ainsi que d'autres avocats de la défense et qu'il est lui-même ciblé pour cette raison. Comme je l'ai déjà précisé, je n'accorde pas beaucoup de poids à ce que M^e Guo Guoting a déclaré au sujet de Lai Cheong Sing et de Tsang Ming Na. Dans son témoignage, M^e Guo affirme qu'il a été avocat de la défense dans des affaires concernant des militants des droits de la personne, des « criminels politiques » et des adeptes du Falun Gong, qui n'ont, à mon avis, rien en commun avec les demandeurs. Je ne relève en particulier l'existence d'aucun élément de preuve objectif corroborant l'affirmation suivant laquelle l'intérêt manifesté par le gouvernement chinois au sujet du retour des demandeurs pour répondre aux accusations criminelles comporte une dimension politique. Tout en prenant acte du témoignage de M^e Guo suivant lequel les avocats de la défense courent eux-mêmes le risque d'être accusés d'accepter des causes à connotation politique, dans le cas qui nous occupe, j'accorde plus de poids au témoignage de M^e Zhou Bing Zhi, un avocat de la défense qui représentait deux accusés dans les procès de Yuan Hua (en appel, dans un des deux cas) et qui a déclaré qu'il n'avait personnellement subi aucune pression politique ou menace lorsqu'il avait défendu ses clients.

[153] Comme je l'ai déjà dit, la conclusion tirée par l'agente au sujet de la nature du procès que subiraient les demandeurs en Chine était une conclusion de fait à laquelle s'appliquait la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable. Vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait, l'agente n'a pas tiré de conclusion manifestement déraisonnable en se prononçant sur la nature du procès que subiraient les demandeurs en Chine.

g) Une loi d'application générale

[154] Le dernier argument des Lai peut être tranché assez rapidement. M^e Matas soutient que des proches de Tsang Ming Na (sa mère, Cai Xiu Meng, et la petite amie de son frère, Zhuang Shao Cheng) ont été condamnées et ont été incarcérées parce qu'elles avaient fait le nécessaire pour transférer de l'argent aux demandeurs pour les aider à payer leurs frais de justice

Canada. In the applicants' view, this was evidence that anyone associated with them would face sanction and punishment. The PRRA officer rejected that contention and found these convictions "were ones of general application, and not ones that bespeak of forward-looking risk to the applicants" (PRRA reasons, at page 28).

[155] The Lais argued that the officer erred in relying on the concept of law of general application, because it only relates to the Convention refugee definition under section 96 of the IRPA, not to the grounds for protection the officer was considering there. The relevant inquiry is set out in subparagraph 97(1)(b)(iii) of the IRPA and should have been whether the risk the applicants face is or is not inherent or incidental to lawful sanctions, and if it is, whether the risk is nevertheless imposed in disregard of accepted international standards. While the officer did state that the conviction and jailing of Tsang Ming Na's relatives were "not imposed in disregard of international standards", so runs the argument, she did not consider those standards and therefore failed to have regard to the material before her and to exercise her jurisdiction (PRRA reasons, at page 40).

[156] I believe this argument is without merit, essentially for the reasons raised by the respondent. First of all, it is not accurate to say that the officer applied the wrong test in relying on the concept of law of general application. Though the convictions of Ms. Tsang's relatives were relevant to the applicants' overall risk assessment, there was no particular way in which that evidence had to be assessed. Moreover, the officer did, in fact, consider the convictions of Ms. Tsang's relatives for "harbouring a fugitive" under Article 310 of the *Criminal Law of the People's Republic of China* and did find that these convictions were not in violation of international standards. Having reviewed the judgment of the Chinese court in that case, she found Ms. Tsang's relatives were represented by counsel, who presented arguments at an open trial, that they pleaded guilty and that they were given credit at sentencing for their time in

au Canada. Suivant les demandeurs, ces faits démontrent que quiconque est associé à eux s'expose à l'infliction de peines et de sanctions. L'agente d'ERAR a rejeté cet argument, estimant que ces condamnations [TRADUCTION] « étaient de portée générale et qu'elles ne permettaient de conclure que les demandeurs seraient exposés à un risque dans l'avenir » (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 28).

[155] Les Lai soutiennent que l'agente a commis une erreur en se fondant sur le concept de la loi d'application générale, parce qu'il ne se rapporte qu'à la définition du réfugié au sens de la Convention au sens de l'article 96 de la LIPR et non aux motifs de protection que l'agente examinait en l'espèce. L'analyse à laquelle il faut procéder est précisée au sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR : elle consistait à se demander si le risque auquel sont exposés les demandeurs est inhérent ou accessoire à des sanctions légitimes et, dans l'affirmative, si le risque est néanmoins imposé au mépris de normes internationales généralement admises. Les demandeurs affirment que, bien que l'agente ait effectivement déclaré que la condamnation et l'incarcération des proches de Tsang Ming Na n'avaient pas été « infligées au mépris des normes internationales », elle n'a pas examiné les normes en question et n'a pas tenu compte des éléments dont elle disposait et n'a pas exercé sa compétence (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 40).

[156] Je crois que cet argument est mal fondé, surtout pour les raisons invoquées par le défendeur. D'abord et avant tout, il est inexact de dire que l'agente n'a pas appliqué le bon critère en se fondant sur le concept de la loi d'application générale. Certes, la condamnation des proches de M^{me} Tsang était un facteur pertinent lorsqu'il s'agissait d'évaluer globalement les risques des demandeurs, mais il n'y avait pas de façon particulière d'évaluer les éléments de preuve. Qui plus est, l'agente a bel et bien tenu compte de la condamnation des proches de M^{me} Tsang pour « hébergement de fugitifs » au sens de l'article 310 du Code pénal de la République populaire de Chine et elle avait effectivement conclu que ces condamnations ne violaient pas les normes internationales. Après avoir examiné le jugement du tribunal chinois dans cette affaire, elle a conclu que les proches de M^{me} Tsang étaient représentées par un

custody awaiting trial (PRRA reasons, at pages 28, 29 and 40). As a result, she concluded the relatives' convictions were arrived at pursuant to a law of general application that did not violate international standards and was not imposed in violation of international standards and did not bespeak of forward-looking risks to the applicants.

[157] The Lais would have it that Article 310 of the *Criminal Law of the People's Republic of China* is contrary to the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 19, 1966 [1976] Can. T.S. No. 47], which both Canada and China have signed and ratified, and which provides that everyone shall be entitled to legal assistance when facing a criminal charge. Since Ms. Tsang's relatives were merely trying to help the Lais pay their legal fees, they argue, their conviction was clearly a violation of international standards.

[158] I do not find this argument very compelling. There is no evidence to the effect that the money was provided for the only purpose of covering the legal fees of the applicants. But even more to the point, it is the act of providing money to fugitives that is the offence under Article 310, irrespective of what the fugitives say they want the money for. It cannot be said, therefore, that Article 310 criminalizes legal assistance.

[159] Finally, the Lais themselves do not face prosecution under Article 310. The officer nevertheless considered the facts giving rise to the convictions of Ms. Tsang's relatives in her overall risk assessment of the Lais' case, together with their argument that the convictions meant the Lais would be denied defence counsel. She found that they did not support a finding that the Lais would be unable to access their legal privileges and rights if returned to China. These are factual findings reviewable on the standard of patent

avocat, que cet avocat avait plaidé dans le cadre d'un procès public, qu'elles avaient reconnu leur culpabilité et que le temps qu'elles avaient passé en détention en attendant leur procès leur avait été crédité (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 28, 29 et 40). Par conséquent, elle a conclu que la condamnation des proches avait été prononcée conformément à une loi d'application générale qui ne violait pas les normes internationales et que cette sanction n'avait pas été infligée en violation de normes internationales et qu'elle ne permettait pas de conclure que les demandeurs seraient exposés à un risque à l'avenir.

[157] Les Lai voudraient que la Cour conclue que l'article 310 du Code pénal de la République populaire de Chine est contraire au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47], que le Canada et la Chine ont tous les deux signé et ratifié et qui prévoit que toute personne qui est accusée d'une infraction pénale a droit à l'assistance de l'avocat de son choix. Étant donné que les proches de M^{me} Tsang cherchaient seulement à les aider à payer leurs frais judiciaires, les Lai font valoir que leur condamnation violait de toute évidence les normes internationales.

[158] Je ne trouve pas cet argument très convaincant. Il n'y a aucun élément de preuve tendant à démontrer que l'argent a servi uniquement à couvrir les frais judiciaires des demandeurs. Mais ce qui est déterminant, c'est le fait que c'est l'acte consistant à fournir de l'argent à des fugitifs qui constitue l'infraction visée à l'article 310 et ce, indépendamment de ce pour quoi les fugitifs disent vouloir cet argent. On ne saurait donc prétendre que l'article 310 criminalise le recours à un avocat.

[159] Enfin, les Lai eux-mêmes ne risquent pas d'être poursuivis en vertu de l'article 310. L'agente a néanmoins tenu compte des faits à l'origine de la condamnation des proches de M^{me} Tsang pour procéder à son évaluation globale des risques auxquels les Lai seraient exposés, en plus de tenir compte de leur argument valant que leur droit à l'assistance de l'avocat de leur choix leur serait nié du fait des condamnations. Elle a estimé que ces arguments ne permettraient pas de conclure que les Lai ne pourraient se prévaloir de leurs

unreasonableness. On that basis, I am not convinced the officer made a reviewable error.

CONCLUSION

[160] For all of the foregoing reasons, I shall therefore grant the application for judicial review. In coming to that conclusion, I do not doubt the good faith of the Chinese Government nor do I want to cast aspersion on those officials who were instrumental in the drafting and issuance of the diplomatic note. The role of this Court, in reviewing decisions made by a PRRA officer, is not to pass judgment on foreign countries' record but only to determine if the decision under review is consistent with Canadian law. In the case at bar, I have concluded that the PRRA decision, though well reasoned and quite comprehensive in its assessment of the facts and of the submissions made by both counsel, is deficient in its assessment of the risk of torture.

ORDER

THIS COURT ORDERS that the application for judicial review is granted, and the Court certifies the following questions:

1. Where the Minister takes a public position on pre-removal risk to an applicant before a pre-removal risk assessment application is decided, is there a reasonable apprehension that the Minister's decision on a pre-removal risk assessment application will be biased?
2. What is the appropriate standard of review for the interpretation of a diplomatic note providing assurances against the death penalty or the infliction of torture or other cruel or unusual treatment?
3. Is it appropriate to rely on assurances against torture in assessing an applicant's risk under section 97 of the

droits et privilèges légaux s'ils retournaient en Chine. Ce sont là des conclusions de fait auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable. Or, je ne suis pas convaincu que l'agente a commis une erreur qui justifierait notre intervention.

DISPOSITIF

[160] Pour tous les motifs que j'ai exposés, je vais donc faire droit à la demande de contrôle judiciaire. Pour en arriver à cette conclusion, je ne doute pas de la bonne foi du gouvernement chinois et je ne voudrais pas dénigrer les fonctionnaires qui ont participé à la rédaction et à l'établissement de la note diplomatique. Le rôle de notre Cour, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'ERAR, ne consiste pas à se prononcer sur la situation qui existe dans un pays étranger, mais uniquement de décider si la décision qui lui est soumise est conforme au droit canadien. En l'espèce, j'ai conclu que, malgré le fait qu'elle soit bien motivée et que l'agente a fait preuve d'exhaustivité dans son évaluation des faits et des observations formulées par les deux avocats, la décision d'ERAR comporte des lacunes en ce qui concerne l'appréciation des risques de torture.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la présente demande de contrôle judiciaire soit accueillie et la Cour certifie les questions suivantes :

1. Lorsque le ministre prend officiellement position au sujet des risques avant renvoi au sujet d'un demandeur, avant qu'une décision soit rendue au sujet d'un examen des risques avant renvoi, peut-il exister une crainte raisonnable de partialité quant à la décision du ministre au sujet de la demande d'examen des risques avant renvoi?
2. Quelle est la norme de contrôle applicable à l'interprétation d'une note diplomatique qui donne une assurance contre la peine de mort ou la torture ou autres peines ou traitements cruels et inusités?
3. Est-il approprié de se fier à une assurance donnée contre la torture dans le cadre d'un examen des risques

IRPA when there are credible reports that torture prevails in the country where the applicant is to be removed? If so, under what circumstances?

4. If there is a risk of torture in an individual case, what are the requirements that an assurance against torture should fulfill to make that risk less likely than not? Should the assurance provide for monitoring to allow for verification of compliance for that assurance to be found reliable? In the absence of a monitoring mechanism, is the notoriety of the person to be removed a relevant, and a sufficient, consideration for the PRRA officer in determining whether it is more likely than not that the assuring state will adhere to the diplomatic assurance?

du demandeur effectué en vertu de l'article 97 de la LIPR, lorsqu'il existe des rapports crédibles qui attestent l'existence du recours à la torture dans le pays où le demandeur doit être renvoyé? Si c'est le cas, dans quelles circonstances?

4. S'il existe un risque de torture dans un cas particulier, à quelles exigences une assurance donnée contre la torture doit-elle satisfaire pour rendre ce risque plutôt improbable? Faudrait-il prévoir une surveillance pour garantir le respect de l'assurance donnée afin qu'elle soit jugée fiable? En l'absence d'un système de surveillance, la notoriété de la personne qui sera renvoyée représente-t-elle un critère suffisant et pertinent pour que l'agent d'ERAR puisse déterminer s'il est plutôt probable que l'État qui donne l'assurance respectera son engagement?

T-1124-07
2007 FC 807

T-1124-07
2007 CF 807

The Canadian Wheat Board (*Applicant*)

La Commission canadienne du blé (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (WHEAT BOARD) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION DU BLÉ) c. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Hansen J.—Ottawa, July 25, 26 and 31, 2007.

Cour fédérale, juge Hansen—Ottawa, 25, 26 et 31 juillet 2007.

Agriculture — Judicial review challenging Governor in Council's authority to make Regulations Amending the Canadian Wheat Board Regulations SOR/2007-131, s. 2 (new Regulation) amending Canadian Wheat Board Regulations, s. 9 — Amendment removing barley, barley products from "single desk" marketing authority of Canadian Wheat Board (CWB) — 1998 amendments to Canadian Wheat Board Act (Act) allowing Parliament to include any grain in CWB's single desk, to exclude wheat, barley — Also repealing Act, s. 46(b) giving Governor in Council authority to exclude wheat from Part IV — New Regulation would extend Part III to barley but remove CWB's "single desk" authority because Part IV no longer extended thereto — Act, s. 47 not expressly referring to exclusion of barley or any grain but s. 47.1 expressly providing barley may be excluded from application of Act provided conditions met — S. 47.1 giving Parliament power to exclude barley — Simultaneous repeal of Act, s. 46(b), addition of s. 47.1 supporting view that Parliament intended to revoke Governor in Council's power under s. 47 to exclude barley, other grains from application of Parts III, IV of Act — 1998 amendments to Act intended to create separate self-contained processes: one to extend Act to barley, one to exclude barley from Act — New Regulation ultra vires, of no force, effect — Application allowed.

Agriculture — Contrôle judiciaire contestant le pouvoir de la gouverneure en conseil d'adopter l'art. 2 du Règlement modifiant le Règlement sur la Commission canadienne du blé, DORS/2007-131 (le nouveau Règlement), qui modifie l'art. 9 du Règlement sur la Commission canadienne du blé — La modification retirait l'orge et les produits de l'orge du pouvoir de commercialisation à guichet unique de la Commission canadienne du blé (la CCB) — Les modifications apportées en 1998 à la Loi sur la Commission canadienne du blé (la Loi) donnent au législateur le pouvoir d'ajouter tout grain au pouvoir de commercialisation à guichet unique de la CCB et d'y retirer le blé et l'orge — L'art. 46b) de la Loi a également été abrogé, conférant au gouverneur en conseil le pouvoir d'exclure le blé de l'application de la partie IV — Le nouveau Règlement étendrait l'application de la partie III à l'orge, mais la retirerait du pouvoir de commercialisation à guichet unique de la CCB parce que la partie IV ne s'y étendait plus — L'art. 47 ne mentionne pas expressément l'exclusion de l'orge ou d'autres grains, mais l'art. 47.1 prévoit expressément que l'orge peut être exclue de l'application de la Loi si certaines conditions sont réunies — L'art. 47.1 confère au législateur le pouvoir d'exclure l'orge — L'abrogation de l'art. 46b) de la Loi et l'édiction simultanée de l'art. 47.1 appuient la conclusion que le législateur avait l'intention de révoquer le pouvoir du gouverneur en conseil, conféré par l'art. 47, d'exclure l'orge et d'autres grains de l'application des parties III et IV de la Loi — Les modifications apportées en 1998 à la Loi avaient pour objectif de créer des processus séparés et indépendants, l'un pour étendre l'application de la Loi à l'orge et l'autre pour exclure l'orge de l'application de la Loi — Le nouveau Règlement est ultra vires et inopérant — Demande accueillie.

Construction of Statutes — Judicial review challenging Governor in Council's authority to make Regulations Amending the Canadian Wheat Board Regulations, SOR/2007-131, s. 2 (new Regulation)—Principles in relation to subordinate legislation, statutory interpretation reviewed

Interprétation des lois — Contrôle judiciaire contestant le pouvoir de la gouverneure en conseil d'adopter l'art. 2 du Règlement modifiant le Règlement sur la Commission canadienne du blé, DORS/2007-131 (le nouveau Règlement) — Examen de principes de législation déléguée et

— *Canadian Wheat Board Act*, ss. 47, 47.1, when read together in ordinary sense, delegating power to include barley in application of Act to Governor in Council but reserving power to exclude barley therefrom to Parliament — Specific enactment (Act, s. 47.1) taking precedence over power to exclude by regulation created by operation of Act, s. 47, Interpretation Act, s. 31(4) — Inclusion of Act, s. 47.1 reflecting contrary intention by Parliament displacing statutory presumption in Interpretation Act, s. 31(4) that power to make regulations including power to repeal, amend, vary regulations.

This was an application for judicial review challenging the Governor in Council's authority to make the *Regulations Amending the Canadian Wheat Board Regulations*, SOR/2007-131, section 2 (new Regulation) amending section 9 of the *Canadian Wheat Board Regulations* (Regulations). The amendment would have removed barley and barley products (barley) from the "single desk" marketing authority of the Canadian Wheat Board (CWB). Under Parts III and IV of the *Canadian Wheat Board Act* (Act), the CWB has exclusive control over wheat produced in the designated area. Amendments in 1948 gave the Governor in Council the authority to extend by regulation the application of either or both of Parts III and IV to oats or to barley. In 1971, Parts III and IV of the Act were extended to oats and barley by an amendment to section 9 of the Regulations but the extension to oats was later removed and those Parts only applied to barley.

In 1998, section 47.1 was added requiring the Minister to comply with certain conditions before introducing a bill to exclude any wheat or barley from Part IV or to extend the application of Parts III and IV to any other grain. At the same time, paragraph 46(b), which gave the Governor in Council the authority to exclude any kind or grade of wheat from the provisions in Part IV, was repealed. On June 7, 2007, the Governor in Council, under sections 46, 47 and 61 of the Act amended section 9 of the Regulations by extending Part III of the Act to barley, thereby removing the CWB's monopoly or "single desk" authority on barley.

The issues were whether the Governor in Council had the authority to make the new Regulation and whether it was *ultra vires*.

Held, the application should be allowed.

Section 47 expressly provides the Governor in Council with the authority to extend the application of Parts III and IV

d'interprétation des lois — Les art. 47 et 47.1 de la Loi sur la Commission canadienne du blé, interprétés ensemble dans leur sens courant, délèguent au gouverneur en conseil le pouvoir d'étendre l'application de la Loi, mais réservent au législateur le pouvoir de l'exclure — La disposition expresse (art. 47.1 de la Loi) l'emporte sur le pouvoir d'exclusion par règlement créé par l'application de l'art. 47 de la Loi et de l'art. 31(4) de la Loi d'interprétation — L'ajout de l'art. 47.1 de la Loi reflète une indication contraire du législateur qui écarte la présomption légale établie par l'art. 31(4) de la Loi d'interprétation que le pouvoir de prendre des règlements comporte le pouvoir de les modifier, de les abroger ou de les remplacer.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire contestant le pouvoir de la gouverneure en conseil d'adopter l'article 2 du Règlement modifiant le Règlement sur la Commission canadienne du blé, DORS/2007-131 (le nouveau Règlement), qui modifie l'article 9 du Règlement sur la Commission canadienne du blé (le Règlement). La modification aurait retiré l'orge et les produits de l'orge (l'orge) du pouvoir de commercialisation à guichet unique de la Commission canadienne du blé (la CCB). En vertu des parties III et IV de la Loi sur la Commission canadienne du blé (la Loi), la CCB a le pouvoir exclusif sur le blé produit dans la région désignée. Des modifications apportées en 1948 ont donné au gouverneur en conseil le pouvoir d'étendre, par règlement, l'application de la partie III ou de la partie IV, ou des deux, à l'avoine ou à l'orge. En 1971, une modification à l'article 9 du Règlement a étendu à l'avoine et à l'orge l'application des parties III et IV, mais l'application à l'avoine de ces parties a été retirée par la suite; ces parties ne s'appliquent qu'à l'orge.

En 1998, l'article 47.1 a été ajouté; cette disposition oblige le ministre à observer certaines conditions avant de déposer un projet de loi ayant pour effet de soustraire du blé ou de l'orge à l'application de la partie IV ou d'étendre l'application des parties III et IV à un autre grain. En outre, l'alinéa 46b), qui conférait au gouverneur en conseil le pouvoir de soustraire tout type ou grade de blé à l'application de la partie IV, a été abrogé au même moment. Le 7 juin 2007, en vertu des articles 46, 47 et 61 de la Loi, la gouverneure en conseil a modifié l'article 9 du Règlement en étendant la partie III de la Loi à l'orge, retirant ainsi le monopole, ou le pouvoir de commercialisation à guichet unique, de la CCB sur l'orge.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si la gouverneure en conseil avait le pouvoir de prendre le nouveau Règlement et si celui-ci était *ultra vires*.

Jugement : la demande doit être accueillie.

L'article 47 donne expressément au gouverneur en conseil le pouvoir d'étendre l'application des parties III et IV, ou de

or either of them to barley and does not expressly refer to the exclusion of barley or any grain. Section 47.1 however expressly provides that barley may be excluded from the application of the Act and has reserved to Parliament the power to exclude barley provided that certain conditions are met. There is no express delegated authority to the Governor in Council to exclude barley. Read together in their ordinary sense, the power to include barley is delegated to the Governor in Council but the power to exclude is reserved to Parliament. The repealed paragraph 46(b) of the Act specifically authorized the exclusion of wheat and barley by virtue of the re-enactment provision by regulation without the need to rely on the *Interpretation Act*, subsection 31(4) which states that the power to make regulations includes the power to repeal. The language of section 47.1 is similar to that of the repealed paragraph 46(b) except for one key difference: paragraph 46(b) provided for exclusion by regulation and section 47.1 provides for exclusion by Parliament. The simultaneous repeal of paragraph 46(b) and the enactment of section 47.1 supports the view that at the time of the 1998 amendments, Parliament intended to revoke the Governor in Council's power under section 47 to exclude barley and other grains from the application of Parts III and IV of the Act.

The argument that the Act contemplates two distinct regimes for changing its application, a very narrow regulatory power and a much broader statutory power, was rejected. When section 47.1 is read with a view to ascertaining the scope of the provision in relation to barley, one of the powers expressly reserved to Parliament is the exclusion of barley from the application of the Act. This specific enactment takes precedence over the power to exclude by regulation created by the operation of section 47 and subsection 31(4) of the *Interpretation Act*. The language of the existing section 47 only speaks of extension and contains no express language of exclusion.

Finally, by repealing the former section 9 of the Regulations and replacing it with the new section 9, the Governor in Council has excluded barley from the CWB's single desk authority, a power expressly reserved to Parliament in section 47.1. In 1998, Parliament did not intend to create two alternative regimes for the exclusion of barley from the Act. The 1998 amendments were intended to create separate self-contained processes: one to extend the Act to barley and one to exclude barley from the Act. The inclusion of section 47.1 reflects a contrary intention by Parliament that displaces the statutory presumption in subsection 31(4) of the *Interpretation Act*. Therefore, the new Regulation is *ultra vires* and of no force and effect.

l'une des deux parties, à l'orge et il ne mentionne pas expressément l'exclusion de l'orge ou d'autres grains. Cependant, l'article 47.1 prévoit expressément que l'orge peut être exclue de l'application de la Loi et le législateur s'est réservé le pouvoir d'exclure l'orge si certaines conditions sont réunies. Il n'y a aucun pouvoir expressément délégué au gouverneur en conseil lui permettant d'exclure l'orge. Les dispositions de la Loi, interprétées ensemble dans leur sens courant, délèguent au gouverneur en conseil le pouvoir d'étendre l'application à l'orge, mais réservent au législateur le pouvoir de l'exclure. L'alinéa 46b) de la Loi, qui a été abrogé, autorisait expressément l'exclusion par règlement du blé et de l'orge en vertu de la disposition sur l'édiction de nouveau, sans qu'il soit nécessaire de se fonder sur le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, qui précise que le pouvoir de prendre des règlements comporte le pouvoir de les abroger. Le libellé de l'article 47.1 est semblable à celui de l'alinéa 46b), qui a été abrogé, à l'exception d'une différence importante : l'alinéa 46b) prévoyait l'exclusion par règlement et l'article 47.1 prévoit l'exclusion par le législateur. L'abrogation de l'alinéa 46b) et l'édiction simultanée de l'article 47.1 appuient la conclusion qu'au moment où les modifications ont été apportées en 1998, le législateur avait l'intention de révoquer le pouvoir du gouverneur en conseil, conféré par l'article 47, d'exclure l'orge et d'autres grains de l'application des parties III et IV de la Loi.

L'argument selon lequel la Loi prévoit deux régimes distincts en matière de modification de son application, un pouvoir réglementaire très restreint et un pouvoir législatif beaucoup plus large, a été rejeté. Lorsque l'article 47.1 est interprété en vue de déterminer la portée de la disposition en ce qui a trait à l'orge, il en ressort que l'un des pouvoirs expressément réservé au législateur est l'exclusion de l'orge de l'application de la Loi. Cette disposition expresse l'emporte sur le pouvoir d'exclusion par règlement créé par l'application de l'article 47 et du paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*. Le libellé de l'article 47 actuel ne mentionne que l'extension; il n'y a aucun terme explicite d'exclusion.

Enfin, en abrogeant l'ancien article 9 du Règlement et en le remplaçant par le nouvel article 9, la gouverneure en conseil a exclu l'orge du pouvoir de commercialisation à guichet unique de la CCB, pouvoir qui est expressément réservé au législateur en vertu de l'article 47.1. En 1998, le législateur n'avait pas l'intention de créer deux régimes distincts pour l'exclusion de l'orge de la Loi. Les modifications de 1998 avaient pour objectif de créer des processus séparés et indépendants, l'un pour étendre l'application de la Loi à l'orge, et l'autre pour exclure l'orge de l'application de la Loi. L'ajout de l'article 47.1 reflète une indication contraire du législateur qui écarte la présomption légale établie par le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*. Par conséquent, le nouveau Règlement est *ultra vires* et il est inopérant.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935, S.C. 1947, c. 15.
Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 2(1) “designated area” (as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 1), 5 (as am. *idem*, s. 28(E)), 46 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 49; 1997, c. 36, s. 204; 1998, c. 17, ss. 24, 28(E)), 47 (as am. by S.C. 1995, c. 31, s. 4), 47.1 (as enacted by S.C. 1998, c. 17, s. 25), 61.
Canadian Wheat Board Act, 1935 (The), S.C. 1935, c. 53, s. 29A (as enacted by S.C. 1948, c. 4, s. 5).
Canadian Wheat Board Regulations, C.R.C., c. 397, s. 9 (as am. by SOR/89-282, s. 1; 2007-131, s. 2).
Canadian Wheat Board Regulations, SOR/71-393, s. 9.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 3(1), 31(4).
Regulations Amending the Canadian Wheat Board Regulations, SOR/2007-131.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al., [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Bay Travel Centre Ltd. v. Registrar of Travel Services et al.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 685; 60 C.P.R. (2d) 6 (B.C. Co. Ct.); *Waddell v. Schreyer et al.* (1983), 5 D.L.R. (4th) 254; [1984] 1 W.W.R. 307; 49 B.C.L.R. 305; 8 Admin. L.R. 266 (B.C.S.C.); *Bell Canada v. Challenge Communications Limited*, [1979] 1 F.C. 857; (1978), 86 D.L.R. (3d) 351; 22 N.R. 1 (C.A.); *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of)*, [2006] 1 S.C.R. 865; (2006), 269 D.L.R. (4th) 79; 20 C.B.R. (5th) 1; 349 N.R. 1; 212 O.A.C. 338; 10 P.P.S.A.C. (3d) 66; 2006 SCC 24; *Bank of Montreal v. Gratton* (1987), 45 D.L.R. (4th) 290; [1988] 1 W.W.R. 372; 18 B.C.L.R. (2d) 138 (B.C.C.A.).

CONSIDERED:

Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General) (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review challenging the Governor in Council’s authority to make the *Regulations Amending the Canadian Wheat Board*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 3(1), 31(4).
Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935, S.C. 1947, ch. 15.
Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 2(1) « région désignée » (mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 1), 5 (mod., *idem*, art. 28(A)), 46 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 49; 1997, ch. 36, art. 204; 1998, ch. 17, art. 24, 28(A)), 47 (mod. par L.C. 1995, ch. 31, art. 4), 47.1 (édicte par L.C. 1998, ch. 17, art. 25), 61.
Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935, S.C. 1935, ch. 53, art. 29A (édicte par S.C. 1948, ch. 4, art. 5).
Règlement modifiant le Règlement sur la Commission canadienne du blé, DORS/2007-131.
Règlement sur la Commission canadienne du blé, C.R.C., ch. 397, art. 9 (mod. par DORS/89-282, art. 1; 2007-131, art. 2).
Règlement sur la Commission canadienne du blé, DORS/71-393, art. 9.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre, [1980] 2 R.C.S. 735; *Bay Travel Centre Ltd. v. Registrar of Travel Services et al.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 685; 60 C.P.R. (2d) 6 (C. c. C.-B.); *Waddell v. Schreyer et al.* (1983), 5 D.L.R. (4th) 254; [1984] 1 W.W.R. 307; 49 B.C.L.R. 305; 8 Admin. L.R. 266 (C.S.C.-B.); *Bell Canada c. Challenge Communications Limited*, [1979] 1 C.F. 857 (C.A.); *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, [2006] 1 R.C.S. 865; 2006 CSC 24; *Bank of Montreal v. Gratton* (1987), 45 D.L.R. (4th) 290; [1988] 1 W.W.R. 372; 18 B.C.L.R. (2d) 138 (B.C.C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE :

Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général), T-1962-93, le juge Rothstein, jugement en date du 10-9-93, C.F. 1^{re} inst., inédit.

DEMANDE de contrôle judiciaire contestant le pouvoir de la gouverneure en conseil de prendre le *Règlement modifiant le Règlement sur la Commission*

Regulations SOR/2007-131 and declaring those Regulations *ultra vires* and of no force and effect. Application allowed.

canadienne du blé, DORS/2007-131, et déclarant ce Règlement *ultra vires* et inopérant. Demande accueillie.

APPEARANCES:

John Lorn McDougall, Q.C., Brian R. Leonard and Matthew Fleming for applicant.
Dave Hill and Stephen Vincent for respondent.
Alan J. Ladyka for intervener Province of Manitoba.
Donald A. McKillop Q.C. for intervener Province of Saskatchewan.
G. Alan Meikle, Q.C. for intervener Province of Alberta.

ONT COMPARU :

John Lorn McDougall, c.r., Brian R. Leonard et Matthew Fleming pour la demanderesse.
Dave Hill et Stephen Vincent pour le défendeur.
Alan J. Ladyka pour l'intervenante, la province du Manitoba.
Donald A. McKillop, c.r. pour l'intervenante, la province de Saskatchewan.
G. Alan Meikle, c.r., pour l'intervenante, la province de l'Alberta.

SOLICITORS OF RECORD:

Fraser Milner Casgrain LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Deputy Attorney General of Manitoba for intervener Province of Manitoba.
Deputy Attorney General of Saskatchewan for intervener Province of Saskatchewan.
Deputy Attorney General of Alberta for intervener Province of Alberta.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L., Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Le sous-procureur général du Manitoba pour l'intervenante, la province du Manitoba.
Le sous-procureur général de la Saskatchewan pour l'intervenante, la province de Saskatchewan.
Le sous-procureur général de l'Alberta pour l'intervenante, la province de l'Alberta.

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

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

HANSEN J.:

LA JUGE HANSEN :

Introduction

Introduction

[1] On June 7, 2007, by Order in Council P.C. 2007-937, the Governor in Council made regulations amending the *Canadian Wheat Board Regulations*, C.R.C., c. 397 (Regulations). The amendment to section 9 [SOR/2007-131, s. 2] (the new Regulation) of the Regulations coming into force on August 1, 2007, will remove barley and barley products (barley) from the “single desk” marketing authority of the Canadian Wheat Board (CWB).

[1] Le 7 juin 2007, par le décret C.P. 2007-937, la gouverneure en conseil a pris un règlement modifiant le *Règlement sur la Commission canadienne du blé*, C.R.C., ch. 397 (le Règlement). La modification apportée à l'article 9 [DORS/2007-131, art. 2] (le nouveau Règlement) du Règlement, qui entrera en vigueur le 1^{er} août 2007, retirera l'orge et les produits de l'orge (l'orge) du pouvoir de commercialisation à guichet unique de la Commission canadienne du blé (la CCB).

[2] In Court file T-1124-07, the CWB argues that the new Regulation is *ultra vires* the authority of the Governor in Council and asks the Court to declare the new Regulation *ultra vires* and of no force and effect.

[3] In Court file T-1105-07, the Friends of the Canadian Wheat Board and others (the Friends) also challenge the authority of the Governor in Council to make the new Regulation and essentially ask for the same relief as the CWB.

[4] Prothonotary Aronovitch ordered that the hearing of these two judicial reviews would be expedited and heard at the same time. She also granted the provinces of Alberta, Saskatchewan, and Manitoba intervenor status in both files.

[5] The provinces of Manitoba and Saskatchewan support the applicants in both files and the Province of Alberta supports the position taken by the respondent.

[6] As the judicial reviews in the two Court files concern the same legal issues, the applicants ask for the same relief, and the interveners take the same positions in both files, these reasons will also apply to and will be filed as the reasons for judgment in Court file T-1105-07.

Background

[7] The Canadian Wheat Board is a corporation without share capital. It is not an agent of Her Majesty the Queen nor is it a Crown Corporation. Pursuant to section 5 [as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 28(E)] of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24 (Act), the CWB's objective is the "marketing in an orderly manner, in interprovincial and export trade, grain grown in Canada." Under Parts III [ss. 31-44] and IV [ss. 45 and 46] of the Act, the CWB has the exclusive control over wheat produced in the designated area. In subsection 2(1) [as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 1] of the Act, "designated area" is defined as the area comprising the provinces of Alberta, Saskatchewan, Manitoba, and that part of British Columbia known as the Peace River District.

[2] Dans le dossier T-1124-07, la CCB soutient que la gouverneure en conseil n'avait pas le pouvoir de prendre le nouveau Règlement et elle demande à la Cour de déclarer le nouveau Règlement *ultra vires* et inopérant.

[3] Dans le dossier T-1105-07, le groupe Friends of the Canadian Wheat Board et d'autres parties (Friends) contestent aussi le pouvoir de la gouverneure en conseil de prendre le nouveau Règlement et ils demandent essentiellement la même réparation que la CCB.

[4] La protonotaire Aronovitch a ordonné que l'audition de ces deux demandes de contrôle judiciaire soit accélérée et que les demandes soient instruites en même temps. Elle a aussi accordé la qualité d'intervenantes aux provinces d'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba dans les deux dossiers.

[5] Les provinces du Manitoba et de la Saskatchewan appuient les demandeurs dans les deux dossiers et la province d'Alberta appuie la position du défendeur.

[6] Comme les demandes de contrôle judiciaire présentées dans les deux dossiers portent sur les mêmes questions de droit, que les demandeurs demandent la même réparation et que les intervenantes prennent la même position dans les deux dossiers, les présents motifs s'appliqueront aussi au dossier T-1105-07 et y seront déposés comme motifs du jugement.

Le contexte

[7] La Commission canadienne du blé est une personne morale sans capital-actions. Elle n'est ni mandataire de Sa Majesté la Reine, ni une société d'État. Conformément à l'article 5 [mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 28(A)] de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24 (la Loi), la mission de la CCB est « d'organiser, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada ». En vertu des parties III [art. 31 à 44] et IV [art. 45 et 46] de la Loi, la CCB a le pouvoir exclusif sur le blé produit dans la région désignée. Au paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 1] de la Loi, le terme « région désignée » est défini comme signifiant la région formée des provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et

[8] When the first version of the Act was enacted in 1935 [*The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1935, c. 53], the Act only applied to the marketing of wheat. At that time the CWB did not have the exclusive control over wheat. Amendments to the Act in 1947 [*An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1947, c.15] gave the CWB the exclusive authority over the marketing of wheat. The addition of section 29a to the Act in 1948 [S.C. 1948, c. 4, s. 5] gave the Governor in Council the authority to extend by regulation the application of either or both of Parts III and IV to oats or to barley. It read, in part:

29a. (1) The Governor in Council may by regulation extend the application of Part III or of Part IV or of both Parts III and IV to oats or to barley or to both oats and barley.

(2) Where the Governor in Council has extended the application of any Part of this Act under subsection one, the provisions of the said Part shall be deemed to be re-enacted in this Part, subject to the following:

- (a) the words “oats” and “barley”, as the case may be, shall be substituted for the word “wheat”;
- (b) the expression “oat products” or “barley products”, as the case may be, shall be substituted for the expression “wheat products”;

[9] Between 1949 and 1971, the Governor in Council made regulations extending Parts III and IV of the Act to oats and barley on an annual basis for each crop year.

[10] In 1971, Parts III and IV of the Act were extended to oats and barley by an amendment to section 9 of the Regulations [*Canadian Wheat Board Regulations*, SOR/71-393]. The extension to oats was removed in 1989 [SOR/89-282, s. 1]. Since that time, section 9 of the Regulations states that “Parts III and IV of the Act are hereby extended to barley.”

d’Alberta, et de la partie de la province de la Colombie-Britannique connue sous le nom de district de Peace River.

[8] Lorsque la première version de la Loi a été édictée en 1935 [*Loi sur la Commission canadienne du blé 1935*, S.C. 1935, ch. 53], la Loi ne s’appliquait qu’à la commercialisation du blé. À cette époque, la CCB n’avait pas le pouvoir exclusif sur le blé. Des modifications à la Loi adoptées en 1947 [*Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935*, S.C. 1947, ch. 15] ont donné à la CCB le pouvoir exclusif sur la commercialisation du blé. L’ajout de l’article 29a à la Loi en 1948 [S.C. 1948, ch. 4, art. 5] a donné au gouverneur en conseil le pouvoir d’étendre, par règlement, l’application de la partie III ou de la partie IV, ou des deux, à l’avoine ou à l’orge. L’article 29a se lisait en partie comme suit :

29a. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, étendre l’application de la Partie III ou de la Partie IV, ou à la fois de la Partie III et de la Partie IV, à l’avoine ou à l’orge, ou tant à l’avoine qu’à l’orge.

(2) Lorsque le gouverneur en conseil a étendu l’application de quelque Partie de la présente loi, en vertu du paragraphe premier, les dispositions de ladite Partie sont censées être édictées de nouveau en la présente Partie, sous les réserves suivantes :

- a) Le mot « avoine » ou « orge », suivant le cas, remplacera le mot « blé »;
- b) L’expression « produits de l’avoine » ou « produits de l’orge », selon le cas, remplacera l’expression « produits du blé »;

[9] Entre 1949 et 1971, le gouverneur en conseil a pris des règlements étendant l’application des parties III et IV de la Loi à l’avoine et à l’orge à tous les ans pour chaque campagne agricole.

[10] En 1971, une modification à l’article 9 du Règlement [*Règlement sur la Commission canadienne du blé*, DORS/71-393] a étendu à l’avoine et à l’orge l’application des parties III et IV de la Loi. L’application à l’avoine des parties III et IV a été retirée en 1989 [DORS/89-282, art. 1]. Depuis ce temps, l’article 9 du Règlement est rédigé ainsi : « L’application des parties III et IV de la Loi est étendue à l’orge. »

[11] In addition to creating the new governance structure for the CWB that exists today, the 1998 amendments to the Act added section 47.1 [S.C. 1998, c. 17, s. 25]. It reads:

47.1 The Minister shall not cause to be introduced in Parliament a bill that would exclude any kind, type, class or grade of wheat or barley, or wheat or barley produced in any area in Canada, from the provisions of Part IV, either in whole or in part, or generally, or for any period, or that would extend the application of Part III or Part IV or both Parts III and IV to any other grain, unless

(a) the Minister has consulted with the board about the exclusion or extension; and

(b) the producers of the grain have voted in favour of the exclusion or extension, the voting process having been determined by the Minister.

[12] The 1998 amendments also repealed paragraph 46(b) of the Act [S.C. 1998, c. 17, s. 24]. It read:

46. The Governor in Council may make regulations

...

(b) to excluded any kind of wheat, or any grade thereof, or wheat produced in any area in Canada, from the provisions of this Part either in whole or in part, or generally, or for any period;

[13] As noted above, on June 7, 2007, the Governor in Council, pursuant to sections 46 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 49; 1997, c. 36, s. 204; 1998, c. 17, ss. 24, 28(E)], 47 [as am. by S.C. 1995, c. 31, s. 4] and 61 of the Act, amended the Regulations by replacing the existing section 9 with the following:

9. Part III of the Act is extended to barley.

[14] With this amendment, Part IV will no longer be extended to barley. As a result, although the Canadian Wheat Board will still be entitled to market barley, barley will be removed from the CWB's monopoly or, as it is known, its "single desk" authority.

[11] En plus de la création de la nouvelle structure de gouvernance de la CCB qui existe aujourd'hui, les modifications apportées à la Loi en 1998 comprenaient aussi l'ajout de l'article 47.1 [L.C. 1998, ch. 17, art. 25]. Cet article est rédigé comme suit :

47.1 Il ne peut être déposé au Parlement, à l'initiative du ministre, aucun projet de loi ayant pour effet, soit de soustraire quelque type, catégorie ou grade de blé ou d'orge, ou le blé ou l'orge produit dans telle région du Canada, à l'application de la partie IV, que ce soit totalement ou partiellement, de façon générale ou pour une période déterminée, soit d'étendre l'application des parties III et IV, ou de l'une d'elles, à un autre grain, à moins que les conditions suivantes soient réunies :

a) il a consulté le conseil au sujet de la mesure;

b) les producteurs de ce grain ont voté—suivant les modalités fixées par le ministre—en faveur de la mesure.

[12] L'alinéa 46b) de la Loi a aussi été abrogé par les modifications de 1998 [L.C. 1998, ch. 17, art. 24]. Il était ainsi rédigé :

46. Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

[...]

b) soustraire tout type ou grade de blé, ou le blé produit dans une région donnée du Canada, à l'application de la présente partie, totalement ou partiellement, de façon générale, ou pour une période déterminée;

[13] Comme je l'ai déjà mentionné, le 7 juin 2007, en vertu des articles 46 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 49; 1997, ch. 36, art. 204; 1998, ch. 17, art. 24, 28(A)], 47 [mod. par L.C. 1995, ch. 31, art. 4] et 61 de la Loi, la gouverneure en conseil a modifié le Règlement en remplaçant l'article 9 par l'article suivant :

9. L'application de la partie III de la Loi est étendue à l'orge.

[14] Par cette modification, l'application de la partie IV ne s'étendra plus à l'orge. Par conséquent, bien que la Commission canadienne du blé puisse continuer la commercialisation de l'orge, l'orge sera retirée du monopole de la CCB, soit son pouvoir de commercialisation à guichet unique.

The Respondent's Submissions

[15] The respondent submits that the key regulation-making power is found in subsection 47(1) of the Act. It authorizes the Governor in Council by regulation to extend the application of certain parts of the Act to barley. It reads:

47. (1) The Governor in Council may, by regulation, extend the application of Part III or of Part IV or of both Parts III and IV to oats or to barley or to both oats and barley.

[16] Subsection 47(1) read together with subsection 31(4) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 provide the Governor in Council with the power to repeal the extension of the Act to barley. Subsection 31(4) of the *Interpretation Act* reads:

31. . . .

(4) Where a power is conferred to make regulations, the power shall be construed as including a power, exercisable in the same manner and subject to the same consent and conditions, if any, to repeal, amend or vary the regulations and make others.

[17] Further, as provided in subsection 3(1) of the *Interpretation Act*, this statutory presumption may only be displaced by a contrary intention that is clear and unambiguous. Subsection 3(1) reads:

3. (1) Every provision of this Act applies, unless a contrary intention appears, to every enactment, whether enacted before or after the commencement of this Act.

[18] The respondent maintains that in this instance Parliament has not expressed a contrary intention.

[19] The respondent also submits that this position is consistent with Justice Rothstein's [as he then was] consideration of the applicability of subsection 31(4) to the Act in *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.). At page 198, Justice Rothstein stated:

Les observations du défendeur

[15] Le défendeur soutient que le principal pouvoir de réglementation se trouve au paragraphe 47(1) de la Loi. Ce paragraphe permet au gouverneur en conseil d'étendre, par règlement, l'application de certaines parties de la Loi à l'orge :

47. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, étendre l'application de la partie III ou de la partie IV, ou des deux, à l'avoine et à l'orge, ou à l'un des deux.

[16] Le paragraphe 47(1), interprété à la lumière du paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, donne au gouverneur en conseil le pouvoir d'abroger l'extension de l'application de la Loi à l'orge. Le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation* est rédigé ainsi :

31. [. . .]

(4) Le pouvoir de prendre des règlements comporte celui de les modifier, abroger ou remplacer, ou d'en prendre d'autres, les conditions d'exercice de ce second pouvoir restant les mêmes que celles de l'exercice du premier.

[17] De plus, comme le prévoit le paragraphe 3(1) de la *Loi d'interprétation*, la présomption légale portant sur le pouvoir de prendre des règlements ne peut être écartée que s'il est clair et non équivoque qu'il existe une indication contraire dans la loi. Le paragraphe 3(1) est rédigé ainsi :

3. (1) Sauf indication contraire, la présente loi s'applique à tous les textes, indépendamment de leur date d'édiction.

[18] Le défendeur soutient que dans le présent cas, le législateur n'a pas exprimé d'indication contraire.

[19] Le défendeur fait aussi valoir que cette position cadre avec l'examen que le juge Rothstein [tel était alors son titre] a fait des conditions d'application du paragraphe 31(4) à la Loi dans la décision *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)*, T-1962-93 (C.F. 1^{re} inst.). Aux pages 9 et 10, le juge Rothstein a expliqué :

In extending the application of Parts III and IV of the *Canadian Wheat Board Act* to barley, the Governor in Council is acting by regulation. I can see no reason why s. 31(4) of the *Interpretation Act* would not enable the Governor in Council, if he chose to do so, to repeal the extension of Parts III and IV to barley.

At this point in time, s. 9 of the *Canadian Wheat Board Regulations*, C.R.C. 1978, c. 397, as amended, extends Part III and IV of the *Canadian Wheat Board Act* to barley. The Governor in Council has not acted to repeal this extension, but I see no reason why he could not do so provided it was done in accordance with relevant provisions of the *Canadian Wheat Board Act* and s. 31(4) of the *Interpretation Act*.

[20] Contrary to the applicants' submissions, the respondent argues that these statements by Justice Rothstein are an integral part of the decision and are not *obiter dicta*. The respondent grounds this assertion on the following analysis.

[21] The issue in *Saskatchewan Wheat Pool* was whether the Governor in Council could by regulation deregulate the interprovincial marketing of barley and the export and import of barley to or from the United States. The regulations at issue partially deregulated the single desk for barley. That is, barley producers could sell their barley to buyers in the United States without going through the CWB.

[22] In his decision, Justice Rothstein noted the similarity between the provisions of the former section 29a and the statutory authority in section 47 of the Act empowering the Governor in Council by regulation to extend the application of Parts III and IV to oats and barley. At page 196, Justice Rothstein stated:

... Parliament thought it best to maintain flexibility and leave it to the Governor in Council to act by regulation to extend the Canadian Wheat Board's exclusive authority over oats and barley.

[23] Following a recital of the provisions of section 29a, he stated at page 196:

En étendant à l'orge l'application des parties III et IV de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, le gouverneur en conseil agit par règlement. Je ne puis constater l'existence d'aucun motif pour lequel le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation* ne permettrait pas au gouverneur en conseil d'abroger l'extension de l'application des parties III et IV à l'orge, s'il décide de le faire.

À l'heure actuelle, l'article 9 du *Règlement sur la Commission canadienne du blé*, C.R.C. 1978, ch. 397, dans sa forme modifiée, étend à l'orge l'application des parties III et IV de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*. Le gouverneur en conseil n'a pas agi pour abroger cette extension, mais je ne puis voir pourquoi il ne pourrait pas le faire, à condition que ce soit conformément aux dispositions pertinentes de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* et du paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*.

[20] Le défendeur soutient que, contrairement aux observations des demandeurs, les explications du juge Rothstein constituent les motifs déterminants de la décision et ne sont pas des remarques incidentes. Le défendeur fonde cet argument sur l'analyse suivante.

[21] La question en litige dans l'affaire *Saskatchewan Wheat Pool* était de savoir si le gouverneur en conseil pouvait, par règlement, déréglementer le commerce interprovincial de l'orge et les activités d'importation et d'exportation avec les États-Unis. Le règlement en question déréglementait en partie la commercialisation à guichet unique de l'orge. En d'autres mots, les producteurs d'orge pouvaient vendre leur orge à des acheteurs aux États-Unis sans passer par la CCB.

[22] Dans sa décision, le juge Rothstein a noté les ressemblances entre les dispositions de l'ancien article 29a et le pouvoir conféré par l'article 47 de la Loi qui permet au gouverneur en conseil d'étendre, par règlement, l'application des parties III et IV à l'avoine et à l'orge. À la page 6, le juge Rothstein a écrit :

Le législateur croyait qu'il était préférable de maintenir la souplesse et de laisser le gouverneur en conseil agir par règlement pour étendre le pouvoir exclusif de la Commission canadienne du blé sur l'avoine et l'orge [. . .]

[23] Après avoir cité l'article 29a, le juge Rothstein a conclu à la page 7 :

Thus while it was left to the Governor in Council, in his discretion, to extend or not extend Parts III and/or IV of the Act to oats and/or barley, once they were extended, those Parts were deemed re-enacted so as to apply to oats and/or barley. The effect of the words of s. 29A(2) was to apply Parts III and/or IV, only with the necessary modifications to recognize that those Parts were applicable to oats and/or barley. No other changes to Parts III and IV other than those envisaged by s. 29A were authorized. The Governor in Council was not vested with the authority to amend Parts III and IV.

[24] The respondent maintains that the preceding quote is the crux of the decision. The Governor in Council has a limited authority, namely, to extend the single desk to barley in its entirety or to repeal that extension in its entirety. The Governor in Council does not have the authority to alter any one aspect of the single desk regime set out in Part IV of the Act.

[25] Following a review of the history of the manner in which the Act was extended by regulation to barley, Justice Rothstein states, at page 197:

I refer to the annual making of regulations because the applicants in this case argue that the Governor in Council, in acting under s. 29A, now s. 47, is, in effect, promulgating the coming into force of legislation governing the Canadian Wheat Board's authority over barley and that once exercised, the power is spent. In other words, the Governor in Council cannot revoke the extension of Parts III and IV once he has extended them and that it is only Parliament that can revoke the Board's authority over barley.

The inference I draw from the annual extensions of Parts III and IV to oats and barley is that the Governor in Council could act by regulation to extend the board's exclusive control over the marketing of oats and barley in a crop year if he chose to do so; however, if in any crop year the Governor in Council chose not to do so, the board would not have control over oats and barley for that crop year and would continue not to have control until the Governor in Council decided to extend the application of Parts III and IV at a later date.

This view is supported by the fact that s. 29A has been re-enacted as a continuing enabling provision as s. 47 of the *Canadian Wheat Board Act*, 1985, as amended.

Par conséquent, le gouverneur en conseil pouvait, à sa discrétion, étendre l'application des parties III et IV de la Loi à l'avoine ou à l'orge, mais une fois qu'il le faisait, ces parties étaient réputées édictées de nouveau de façon à s'appliquer à l'avoine ou à l'orge. L'effet du libellé du paragraphe 29A(2) était d'appliquer les parties III ou IV uniquement avec les modifications nécessaires pour que ces parties s'appliquent à l'avoine ou à l'orge. Aucune modification des parties III et IV autre que celles qui étaient envisagées par l'article 29A n'était autorisée. Le gouverneur en conseil n'était pas investi du pouvoir de modifier les parties III et IV.

[24] Le défendeur soutient que la citation précédente constitue le fondement de la décision. Le gouverneur en conseil a un pouvoir limité, à savoir le pouvoir d'étendre le commerce à guichet unique en entier à l'orge ou d'abolir cette extension complètement. Le gouverneur en conseil n'a pas le pouvoir de modifier un aspect quelconque du pouvoir de commercialisation à guichet unique prévu à la partie IV de la Loi.

[25] Après un rappel de l'historique de l'extension de la Loi à l'orge par règlement, le juge Rothstein explique, aux pages 8 et 9 :

Je mentionne l'adoption annuelle de règlements parce qu'en l'espèce, les requérants soutiennent que le gouverneur en conseil, agissant en vertu de l'article 29A [maintenant article 47], promulgue en fait l'entrée en vigueur de la loi régissant le pouvoir que possède la Commission canadienne du blé à l'égard de l'orge et qu'une fois que ce pouvoir est exercé, il est épuisé. En d'autres termes, le gouverneur en conseil ne peut pas révoquer l'extension du champ d'application des parties III et IV une fois qu'il a étendu l'application de ces parties, et seul le législateur peut révoquer le pouvoir que possède la Commission à l'égard de l'orge.

La déduction que je fais à partir de l'extension annuelle de l'application des parties III et IV à l'avoine et à l'orge est que le gouverneur en conseil pourrait agir par règlement pour étendre le contrôle exclusif de la Commission au commerce de l'avoine et de l'orge pendant une campagne agricole s'il décide de le faire; toutefois, si au cours d'une campagne agricole, le gouverneur en conseil décide de ne pas le faire, la Commission n'exercerait aucun contrôle sur l'avoine et l'orge pendant cette campagne agricole, et ce, tant que le gouverneur en conseil ne déciderait pas d'étendre l'application des parties III et IV à une date ultérieure.

Ce point de vue est étayé par le fait que l'article 29A a été édicté de nouveau, à titre de disposition d'habilitation continue, en tant qu'article 47 de la *Loi sur la Commission*

This leads me to the conclusion that the extension of Parts III and IV to oats and barley is a regulatory action of the Governor in Council. It is not analogous to the promulgation of a statute and the regulatory power is not spent once it is acted upon by the Governor in Council.

[26] Based on the above, the respondent says that the finding, at page 198 is integral to the decision since Justice Rothstein ultimately decided that the challenged regulation was *ultra vires* as it partially deregulated barley from the single desk, a power not given to the Governor in Council under section 47 [of the Act] and subsection 31(4) [of the *Interpretation Act*].

[27] The respondent also points to page 205 as another key aspect of the decision where Justice Rothstein finds that while section 47 gives the Governor in Council the power to extend Parts III and IV to barley, that is the extent of the regulatory power conferred. Parts III and IV of the Act cannot be changed because of the deemed re-enactment provisions.

[28] Finally, the respondent also refers the Court to pages 205-106 of the decision. They read:

I earlier indicated that it was my view that s. 47 of the *Canadian Wheat Board Act* and s. 31(4) of the *Interpretation Act*, confer on the Governor in Council the power to revoke the extension of Parts III and IV of the *Canadian Wheat Board Act* to barley. I was somewhat troubled by the proposition that the Act allowed the Governor in Council to completely deregulate barley but not deregulate it in part as has been attempted here. I have carefully reviewed s. 47 to see if there was a necessary implication that barley could be partially deregulated by the Governor in Council. I cannot see how this can be the case. When Parts III and IV of the *Canadian Wheat Board Act* are extended to barley, they are deemed re-enacted. It is beyond the authority of the Governor in Council to amend Parts III and IV, which is what is implied by partial deregulation.

canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24, dans sa forme modifiée.

Cela me fait conclure que l'extension de l'application des parties III et IV à l'avoine et à l'orge constitue une mesure réglementaire du gouverneur en conseil. La chose n'est pas analogue à la promulgation d'une loi et le pouvoir de réglementation n'est pas épuisé une fois que le gouverneur en conseil l'a exercé.

[26] Compte tenu de ce qui précède, le défendeur soutient que la conclusion, aux pages 9 et 10 fait partie intégrante de la décision, puisque le juge Rothstein a finalement décidé que le règlement contesté était *ultra vires* parce qu'il retirait en partie l'orge du pouvoir de commercialisation à guichet unique, alors que l'article 47 [de la Loi] et le paragraphe 31(4) [de la *Loi d'interprétation*] ne donnaient pas ce pouvoir au gouverneur en conseil.

[27] Le défendeur mentionne aussi que les pages 18 et 19 sont un autre aspect important de la décision. Le juge Rothstein a conclu dans ce paragraphe que, bien que l'article 47 confère au gouverneur en conseil le pouvoir d'étendre les parties III et IV à l'orge, telle est l'étendue du pouvoir de réglementation conféré. Les parties III et IV ne peuvent pas être modifiées en raison des dispositions sur l'édiction de nouveau qui est réputée.

[28] Enfin, le défendeur renvoie la Cour aux pages 19 et 20 de la décision. Ils sont ainsi rédigés :

J'ai déjà indiqué qu'à mon avis, l'article 47 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* et le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation* confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir de révoquer l'extension de l'application des parties III et IV de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* à l'orge. Le point de vue selon lequel la Loi permettait au gouverneur en conseil de déréglementer complètement l'orge, mais non de la déréglementer en partie, comme on a ici tenté de le faire, me préoccupe quelque peu. J'ai minutieusement examiné l'article 47 pour voir s'il prévoyait implicitement que l'orge pouvait être partiellement déréglementée par le gouverneur en conseil. Je ne puis voir comment cela peut être le cas. Lorsque l'application des parties III et IV de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* est étendue à l'orge, ces parties sont réputées édictées de nouveau. Le gouverneur en conseil n'est pas autorisé à modifier les parties III et IV, ce que laisse implicitement entendre la déréglementation partielle.

I can only conclude that Parliament was prepared to permit the Governor in Council only to decide whether or not the interprovincial and export trade in barley should be subject to the same regulatory regime set forth in the Act as was applicable to wheat. If the Governor in Council decided upon the deregulatory approach, the Canadian Wheat Board would not trade in barley and there would be no licencing system applicable. There would be an open or free market in barley. However, if the Governor in Council decided to regulate barley, it would involve the board having exclusive control over the marketing of barley either by trading in the commodity itself or by licencing others to do so. The Act does not contemplate partial deregulation by the Governor in Council as was attempted by Order in Council P.C. 1993-1399.

[29] The respondent acknowledges that the *Saskatchewan Wheat Pool* decision does not end the debate. The question today is whether anything has transpired since 1993 that alters or displaces the conclusion reached by Justice Rothstein. The respondent maintains that nothing has occurred that would undermine the conclusion.

[30] The respondent submits that when the 1998 amendments were passed, Parliament must be taken to have been aware of the presumption found in subsection 31(4) [of the *Interpretation Act*] and the outcome in the *Saskatchewan Wheat Pool* case. The respondent also submits that in 1998 it would have been open to Parliament to repeal the regulation-making power in section 47 or the presumption in subsection 31(4) but it was not done.

[31] The respondent also takes the position that the Act contemplates two distinct regimes for changing the scope of its application. First, pursuant to the combined operation of section 47 and subsection 31(4) [of the *Interpretation Act*] the Governor in Council has the authority to extend or revoke the application of Part III or Part IV, or both Parts III and IV, to oats or barley by regulation. Second, pursuant to section 47.1, Parliament may extend or revoke the application of the Act to any grain including wheat and barley. However, if a bill is

Je puis uniquement conclure que le législateur était uniquement prêt à permettre au gouverneur en conseil de déterminer si le commerce interprovincial et l'exportation de l'orge devaient être assujettis au même régime de réglementation prévu par la Loi que celui qui s'appliquait au blé. Si le gouverneur en conseil choisissait la déréglementation, la Commission canadienne du blé ne se livrerait pas au commerce de l'orge et aucun système d'octroi de licences ne s'appliquerait. Le marché de l'orge serait libre. Toutefois, si le gouverneur en conseil décidait de réglementer l'orge, la Commission exercerait un contrôle exclusif sur le commerce de l'orge soit en se livrant elle-même au commerce de la denrée soit en accordant des licences à d'autres personnes pour le faire. La Loi n'envisage pas la déréglementation partielle par le gouverneur en conseil comme ce dernier a tenté de le faire par le décret C.P. 1993-1399.

[29] Le défendeur reconnaît que la décision *Saskatchewan Wheat Pool* ne met pas fin au débat. La question aujourd'hui est de déterminer s'il s'est passé quelque chose depuis 1993 qui modifie ou écarte la conclusion du juge Rothstein. Le défendeur soutient qu'il ne s'est rien passé qui puisse miner la conclusion du juge.

[30] Le défendeur soutient qu'il faut présumer que, lorsqu'il a adopté les modifications en 1998, le législateur savait qu'il existait une présomption au paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation* et qu'il connaissait l'issue de l'affaire *Saskatchewan Wheat Pool*. Le défendeur ajoute qu'en 1998, le législateur aurait pu abroger le pouvoir de prendre un règlement, prévu à l'article 47, ou la présomption qui se trouve au paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, mais qu'il ne l'a pas fait.

[31] Le défendeur est aussi d'avis que la Loi prévoit deux régimes distincts pour la modification de la portée de son application. Premièrement, en vertu de l'application conjointe de l'article 47 et du paragraphe 31(4) [de la *Loi d'interprétation*], le gouverneur en conseil a le pouvoir d'étendre ou de révoquer, par règlement, l'application de la partie III ou de la partie IV, ou des deux, à l'avoine ou à l'orge. Deuxièmement, en vertu de l'article 47.1, le législateur peut étendre ou révoquer l'application de la Loi à toute catégorie de

introduced to alter the application of Part IV to wheat or barley in any way, or to extend the application of Parts III and IV, or both Parts III and IV to any other grain, then section 47.1 requires that two conditions precedent be met.

[32] The respondent argues that the duality of regimes interpretation finds further support in the fact that the new unproclaimed section 47 [see S.C. 1998, c. 17, s. 25] maintains the ability of the Governor in Council to extend or repeal the extension of Parts III or IV, or both Parts III and IV to barley. As well, subsection 47(5) requires conditions parallel to those found in section 47.1 to be satisfied before the Minister recommends making a regulation to the Governor in Council.

[33] Finally, the respondent characterizes the power under section 47.1 as being much broader than the very limited power conferred on the Governor in Council by operation of section 47 and subsection 31(4) [of the *Interpretation Act*]. Subject to certain conditions, it gives the power to Parliament to include any grain, for example canola, in the single desk of the CWB. Similarly, the powers to exclude in section 47.1 are much broader than the limited power to exclude under section 47. In section 47.1, the power to exclude is not just to wheat and barley but any kind, type, class or grade of wheat and barley produced anywhere in Canada. As Justice Rothstein stated in *Saskatchewan Wheat Pool*, the Governor in Council's power does not permit it to partially deregulate by taking one type of barley out of the single desk but not another or to take barley grown in Alberta out of the single desk but not barley grown in the other two prairie provinces. These powers are reserved to Parliament under section 47.1. In contrast, the powers under section 47 are simply an "on" and an "off" switch, the Governor in Council may extend the application of the Act to barley or may repeal the extension of the Act to barley.

grain, y compris le blé et l'orge. Cependant, si un projet de loi est déposé visant à modifier l'application de la partie IV au blé ou à l'orge de quelque façon que ce soit, ou d'étendre l'application des parties III ou IV, ou des deux, à toute autre catégorie de grain, alors l'article 47.1 prévoit que deux conditions doivent d'abord être réunies.

[32] Le défendeur fait valoir que le fait que le nouvel article 47 [voir L.C. 1998, ch. 17, art. 25] non proclamé préserve le pouvoir du gouverneur en conseil d'étendre l'application ou d'abroger l'extension de l'application des parties III ou IV, ou des deux, à l'orge appuie aussi l'interprétation fondée sur la dualité des régimes. De plus, le paragraphe 47(5) prévoit des conditions semblables à celles de l'article 47.1 qui doivent être respectées avant que le ministre puisse recommander au gouverneur en conseil de prendre un règlement.

[33] Finalement, le défendeur soutient que le pouvoir prévu à l'article 47.1 est beaucoup plus étendu que celui, plus limité, qui est conféré au gouverneur en conseil par l'application de l'article 47 et du paragraphe 31(4) [de la *Loi d'interprétation*]. Sous réserve de certaines conditions, l'article 47.1 donne au Parlement le pouvoir d'ajouter tout grain, par exemple le canola, au pouvoir de commercialisation à guichet unique de la CCB. Dans le même ordre d'idées, le pouvoir d'exclusion prévu à l'article 47.1 est beaucoup plus étendu que le pouvoir limité d'exclusion prévu à l'article 47. À l'article 47.1, le pouvoir d'exclusion ne s'applique pas uniquement au blé et à l'orge, mais à tout type, catégorie ou grade de blé ou d'orge produit dans toute région du Canada. Comme le juge Rothstein l'a affirmé dans la décision *Saskatchewan Wheat Pool*, le pouvoir du gouverneur en conseil ne lui permet pas d'effectuer une déréglementation partielle en retirant un seul type d'orge de la commercialisation à guichet unique et en y laissant les autres, ou en y retirant l'orge produite en Alberta, mais pas l'orge produite dans les deux autres provinces des Prairies. Ces pouvoirs sont réservés au législateur en vertu de l'article 47.1. En comparaison, les pouvoirs prévus à l'article 47 servent simplement d'« interrupteur » : le gouverneur en conseil peut étendre l'application de la Loi à l'orge ou peut abroger une telle extension.

Analysis

[34] Before turning to an analysis of the validity of the specific Regulation at issue in the present case, it is worthwhile to review certain principles in relation to subordinate legislation and statutory interpretation.

[35] It is well established that those who are granted the power by Parliament to enact subordinate legislation must exercise that power in accordance with the enabling statute. As stated by Justice Estey in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735 [at page 752]:

However, in my view the essence of the principle of law here operating is simply that in the exercise of a statutory power the Governor in Council, like any other person or group of persons, must keep within the law as laid down by Parliament or the Legislature. Failure to do so will call into action the supervising function of the superior court whose responsibility is to enforce the law, that is to ensure that such actions as may be authorized by statute shall be carried out in accordance with its terms, or that a public authority shall not fail to respond to a duty assigned to it by statute.

[36] In *Bay Travel Centre Ltd. v. Registrar of Travel Services et al.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 685, Chief Justice McLachlin, as a Judge of the British Columbia County Court, abstracted the following principles from prior Supreme Court of Canada jurisprudence. At pages 693-694 she states:

It is well-established that Regulations may neither exceed nor be inconsistent with the statutory provisions under which they are made. If they do, they constitute attempts to legislate by adding to or amending the statute, and will be held to be *ultra vires*: *Belanger v. The King*, (1916) 34 D.L.R. 221; 54 S.C.R. 265, 20 C.R.C. 343. The delegated authority must be exercised strictly and in accordance with the enabling statute; Regulations may neither enlarge nor abridge the scope or substance of the delegated power: *King v. National Fish Co. Ltd.*, [1931] Ex. C.R. 75. The proper method of construction is to read the enabling statute together with the Regulations, so that any excess of power assumed by the body entrusted with the duty of making the Regulations is revealed: *King v. National Fish Co. Ltd.*, *supra*.

[37] In *Waddell v. Schreyer et al.* (1983), 5 D.L.R. (4th) 254 (B.C.S.C.), at pages 271-272, 275, Justice

Analyse

[34] Avant d'analyser la validité du règlement en question en l'espèce, il convient d'examiner certains principes de législation déléguée et d'interprétation des lois.

[35] Il est bien établi que ceux à qui le législateur délègue un pouvoir de législation doivent exercer ce pouvoir conformément à la loi habilitante. Comme le juge Estey l'a expliqué dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735 [à la page 752] :

Cependant, à mon avis, l'essentiel du principe de droit applicable en l'espèce est simplement que dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n'importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la Législature. Y déroger déclenche le rôle de surveillance de la cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c'est-à-dire de s'assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu'une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu'elle lui impose.

[36] Dans la décision *Bay Travel Centre Ltd. v. Registrar of Travel Services et al.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 685, la juge en chef McLachlin, alors juge de la Cour de comté de la Colombie-Britannique, a dégagé les principes suivants de la jurisprudence antérieure de la Cour suprême du Canada. Aux pages 693 et 694, elle écrit :

[TRADUCTION] Il est bien établi que le règlement ne peut pas excéder les dispositions légales en vertu desquelles il est pris, ni être incompatible avec ces dispositions. Le cas échéant, il s'agit d'une tentative d'ajouter à la loi ou de la modifier qui sera considérée comme étant *ultra vires* : *Belanger v. The King* (1916), 34 D.L.R. 221, 54 R.C.S. 265, 20 C.R.C. 343. Le pouvoir délégué doit être exercé rigoureusement et conformément à la loi habilitante; un règlement ne peut ni élargir, ni restreindre la portée ou le contenu du pouvoir délégué : *King v. National Fish Co. Ltd.*, [1931] R.C. de l'É. 75. L'examen de la loi habilitante et du règlement en regard est la méthode d'interprétation appropriée. Elle fait ressortir tout excès de pouvoir de la part de l'entité à qui le pouvoir de réglementation a été confié : décision *King v. National Fish Co. Ltd.*, précitée.

[37] Dans *Waddell v. Schreyer et al.* (1983), 5 D.L.R. (4th) 254 (C.S.C.-B), aux pages 271, 272 et 275, le juge

Lysyk made a number of observations that are helpful in this analysis. He stated:

In determining the scope of a power or discretion delegated by Parliament it may be necessary to look beyond the literal terms of the particular delegating provision of the enactment to ascertain limitations on that power or discretion which must have been intended by Parliament. . . .

Rephrased in terms less charged than evasion of an Act of Parliament, the underlying principle is familiar enough. In determining whether impugned subordinate legislation has been enacted in conformity with the terms of the parent statutory provision, it is essential to ascertain the scope of the mandate conferred by Parliament, having regard to the purpose(s) or objects(s) of the enactment as a whole. The test of conformity with the Act is not satisfied merely by showing that the delegate stayed within the literal (and often broad) terminology of the enabling provision when making subordinate legislation. The power-conferring language must be taken to be qualified by the overriding requirement that the subordinate legislation accord with the purposes and objects of the parent enactment read as a whole.

. . .

. . . the delegate may not frustrate or evade the Act of Parliament or exercise his discretionary powers arbitrarily or otherwise than in accordance with the purposes or objects of the enactment. The delegate must not only stay within the literal terms of the delegating provision but must respect, as well, restrictions upon his mandate that are implicit in the legislative scheme considered in its entirety.

[38] It is also well established that regulations passed pursuant to the authority of an Act cannot operate as an amendment of that statute. As the Court of Appeal stated in *Bell Canada v. Challenge Communications Limited*, [1979] 1 F.C. 857, at page 866:

Where there is a conflict between one of the provisions of a statute and a regulation passed thereunder, the statute itself is treated as supplying the governing consideration and the regulation is treated as being subordinate to it.

[39] As to the principles of statutory interpretation, in *Canada 3000 Inc (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of)*, [2006] 1 S.C.R. 865, at paragraph 36, the Supreme Court of Canada reiterated the fundamental

Lysyk a fait certaines observations qui sont utiles pour la présente analyse. Il a affirmé :

[TRADUCTION] Pour déterminer la portée d'un pouvoir ou d'un pouvoir discrétionnaire délégué par le législateur, il peut être nécessaire d'aller plus loin que l'interprétation littérale de la disposition précise de la loi effectuant délégation pour qu'il soit possible de déterminer les limites que le législateur souhaitait donner à ce pouvoir ou à ce pouvoir discrétionnaire [. . .]

En utilisant des termes moins lourds qu'« infraction à une loi fédérale », le principe qui ressort est assez connu. Pour déterminer si la législation déléguée contestée se conforme aux exigences de la loi habilitante, il est essentiel de définir la portée du mandat conféré par le législateur en ce qui a trait à l'intention ou à l'objet de la loi dans son ensemble. Le fait de démontrer que le délégataire a respecté littéralement le libellé (souvent vague) de la loi habilitante lorsqu'il a pris un règlement n'est pas suffisant pour satisfaire au critère de la conformité à la loi. Le libellé de la disposition habilitante doit être interprété comme comportant l'exigence primordiale selon laquelle le règlement doit respecter l'intention et l'objet de la loi habilitante prise dans son ensemble.

[. . .]

[. . .] le délégataire ne peut pas rendre la loi fédérale inexécutable et ne peut pas s'y soustraire; il ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire de façon arbitraire ni de façon qui ne soit pas conforme à l'intention ou à l'objet de la loi. Le délégataire ne doit pas seulement respecter littéralement le libellé de la disposition qui lui délègue ses pouvoirs, mais doit aussi respecter les limites à son mandat qui sont implicites dans le texte de loi pris dans son ensemble.

[38] Il est bien établi aussi que les règlements pris en application d'une loi ne peuvent avoir pour effet de modifier cette loi. Comme la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *Bell Canada c. Challenge Communications Limited*, [1979] 1 C.F. 857, à la page 866 :

En cas de conflit entre la loi et un de ses règlements d'application, on doit considérer que la loi prévaut et que le règlement doit lui être subordonné.

[39] En ce qui a trait aux principes d'interprétation des lois, dans l'arrêt *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, [2006] 1 R.C.S. 865, au paragraphe 36, la Cour suprême du Canada a répété

principle of statutory interpretation, namely, that “the words of an Act must be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”.

[40] With these principles in mind, I will now turn to an analysis as to whether the new Regulation is *ultra vires*.

[41] As reviewed earlier, the respondent’s position that the new Regulation is valid is grounded on the combined operation of section 47 of the Act and subsection 31(4) of the *Interpretation Act*, reliance on the *Saskatchewan Wheat Pool* decision, and the absence of a contrary intention that would displace the statutory presumption in subsection 3(1) of the *Interpretation Act*.

[42] Turning first to the *Saskatchewan Wheat Pool* case, for the purpose of this analysis it is not necessary to decide whether page 198 of the decision are *obiter* or the *ratio* of the case. Even if a conclusion is reached that page 198 reflects the *ratio* of the decision, the question still remains whether anything has transpired subsequent to Justice Rothstein’s decision that would give rise to a different result today.

[43] In particular, the question is whether section 47.1 and the repeal of paragraph 46(b) reflect a contrary intention of Parliament to the use of section 47 and subsection 31(4) [of the *Interpretation Act*] as the authority to repeal the Regulation extending the application of Part IV of the Act to barley.

[44] The respondent argues that a contrary intention as contemplated in subsection 3(1) [of the *Interpretation Act*] must be clear and unambiguous. In my view, this is not a correct statement of the law. In *Bank of Montreal v. Gratton* (1987), 45 D.L.R. (4th) 290, at page 293, the British Columbia Court of Appeal in the context of considering the same phrase in the provincial legislation held:

le principe fondamental de l’interprétation des lois, soit qu’« il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur ».

[40] Gardant à l’esprit ces principes, j’examinerai maintenant si le nouveau Règlement est *ultra vires*.

[41] Comme je l’ai mentionné plus tôt, l’avis du défendeur selon lequel le nouveau Règlement est valide est fondé sur l’application conjointe de l’article 47 de la Loi et du paragraphe 31(4) de la *Loi d’interprétation*, sur la décision *Saskatchewan Wheat Pool* et sur l’absence d’une indication contraire qui écarterait la présomption légale visée au paragraphe 3(1) de la *Loi d’interprétation*.

[42] Je me pencherai d’abord sur la décision *Saskatchewan Wheat Pool*. Pour la présente analyse, il n’est pas nécessaire de déterminer si les pages 9 et 10 de la décision sont des remarques incidentes ou s’ils constituent les motifs déterminants de la décision. Même si je concluais que, les pages 9 et 10 constituent les motifs déterminants de la décision, la question reste tout de même de savoir s’il s’est passé quelque chose après la décision du juge Rothstein qui entraînerait un résultat différent aujourd’hui.

[43] En particulier, il faut déterminer si l’article 47.1 et l’abrogation de l’alinéa 46b) sont une indication contraire donnée par le législateur à l’encontre de l’utilisation de l’article 47 et du paragraphe 31(4) [de la *Loi d’interprétation*] comme fondement du pouvoir d’abroger le Règlement qui étend l’application de la partie IV de la Loi à l’orge.

[44] Le défendeur soutient qu’une indication contraire, aux termes du paragraphe 3(1)) [de la *Loi d’interprétation*], doit être claire et non équivoque. À mon avis, il ne s’agit pas d’un énoncé correct du droit. Dans l’arrêt *Bank of Montreal v. Gratton* (1987), 45 D.L.R. (4th) 290, à la page 293, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a examiné le même terme dans la loi provinciale et a conclu :

The contrary intention need not be found in express words, but may be inferred from the scheme of the enactment, its legislative history and other circumstances which surround the use of the word in question. Although the *Interpretation Act* does not use the words “the context otherwise requires”, the conclusion that a contrary intention appears may be based on the fact that the context otherwise requires.

[45] The first task in statutory interpretation is to discern the ordinary sense or meaning of the relevant provision. In the present case, section 47 expressly provides the Governor in Council with the authority to extend the application of Parts III and IV or either of them to barley. Section 47 does not expressly refer to the exclusion of barley or any grain. Section 47.1, however, expressly provides that barley may be excluded from the application of the Act. As well, in section 47.1, Parliament reserved to itself the power to exclude barley provided that certain conditions were met. Within the Act itself, there is no express delegated authority to the Governor in Council to exclude barley. Read together in their ordinary sense, the power to include barley is delegated to the Governor in Council, but the power to exclude is reserved to Parliament.

[46] The parties tendered a great deal of evidence surrounding the legislative history comprised primarily of excerpts from Hansard. I have not found this evidence to be particularly helpful in discerning Parliament’s intention at the time it passed the 1998 amendments. In many instances, the specific amendment being discussed could not be identified with any degree of certainty.

[47] In contrast, the evolution of the legislation in terms of the express provisions dealing with the inclusion and exclusion of grain is helpful. Prior to the 1998 amendments when section 47.1 was added to the Act, paragraph 46(b) of the Act specifically authorized the exclusion of wheat, and barley by virtue of the re-enactment provision, by regulation without the need to rely on the *Interpretation Act*. Paragraph 46(b) was repealed at the same time section 47.1 was added to the Act. The language of section 47.1 is similar to the language of the repealed paragraph 46(b) except for one

[TRADUCTION] Il n’est pas nécessaire de relever l’indication contraire en termes précis; elle peut être sous-entendue dans l’esprit de la loi, dans son historique ou dans d’autres circonstances qui entourent l’utilisation du terme en question. Bien que la loi intitulée *Loi d’interprétation* n’utilise pas les termes « le contexte l’exige par ailleurs », la conclusion qu’il existe une indication contraire peut être fondée sur le fait que le contexte l’exige par ailleurs.

[45] La première tâche à effectuer lors de l’interprétation des lois est de déterminer le sens courant ou la signification ordinaire de la disposition pertinente. En l’espèce, l’article 47 donne expressément au gouverneur en conseil le pouvoir d’étendre l’application des parties III et IV, ou de l’une des deux parties, à l’orge. L’article 47 ne mentionne pas expressément l’exclusion de l’orge ou d’autres grains. Cependant, l’article 47.1 prévoit expressément que l’orge peut être exclue de l’application de la Loi. De plus, dans l’article 47.1, le législateur s’est réservé le pouvoir d’exclure l’orge si certaines conditions étaient réunies. Dans la Loi même, il n’y a aucun pouvoir expressément délégué au gouverneur en conseil lui permettant d’exclure l’orge. Les dispositions de la Loi, interprétées ensemble dans leur sens courant, délèguent au gouverneur en conseil le pouvoir d’étendre l’application à l’orge, mais réservent au législateur le pouvoir de l’exclure.

[46] Les parties ont présenté une imposante preuve portant sur l’historique de la Loi, composée principalement d’extraits du Hansard. Je ne trouve pas que cette preuve soit particulièrement utile pour m’aider à discerner l’intention du législateur à l’époque où il a adopté les modifications de 1998. Dans de nombreux cas, il était impossible de déterminer avec certitude de quelle modification on discutait.

[47] Par contre, l’évolution de la Loi en ce qui a trait aux dispositions expresses portant sur l’inclusion et l’exclusion du grain est utile. Avant les modifications apportées en 1998, auquel moment l’article 47.1 a été ajouté à la Loi, l’alinéa 46b) de la Loi autorisait expressément l’exclusion par règlement du blé et de l’orge en vertu de la disposition sur l’édiction de nouveau, sans qu’il soit nécessaire de se fonder sur la *Loi d’interprétation*. L’alinéa 46b) a été abrogé au même moment où l’article 47.1 a été ajouté à la Loi. Le libellé de l’article 47.1 est semblable à celui de l’alinéa

key difference: paragraph 46(b) provided for exclusion by regulation and section 47.1 provides for exclusion by Parliament. The simultaneous repeal of paragraph 46(b) and the enactment of section 47.1 supports the view that at the time of the amendments Parliament intended to revoke the Governor in Council's power under section 47 to exclude barley and other grains from the application of Parts III and IV of the Act.

[48] The respondent argues, however, that the Governor in Council's power to exclude barley from the application of Parts III and IV under section 47 is not at odds with the power reserved to Parliament under section 47.1. This argument is premised on the respondent's assertion that Parliament intended and the Act contemplates two distinct regimes for changing its application, a very narrow regulatory power and a much broader statutory power. As such, the two powers can co-exist harmoniously. I reject this argument. The respondent characterizes the very narrow power under section 47 as an "on" and an "off" switch. While this may have been the case prior to the 1998 amendments, when section 47.1 is read with a view to ascertaining the scope of the provision in relation to barley, one of the powers expressly reserved to Parliament is the exclusion of barley from the application of the Act. This specific enactment takes precedence over the power to exclude by regulation created by the operation of section 47 and subsection 31(4) [of the *Interpretation Act*].

[49] There is also the matter of the new section 47 that was enacted in 1998 but not proclaimed in force. The relevant provisions state:

47. (1) The Governor in Council may, by regulation, on the recommendation of the Minister, extend the application of Part III or of Part IV or of both Parts III and IV to barley.

(2) Where the Governor in Council has extended the application of any Part under subsection (1), the provisions of that Part shall be deemed to be re-enacted in this Part, . . .

. . .

abrogé 46b), à l'exception d'une différence importante : l'alinéa 46b) prévoyait l'exclusion par règlement, et l'article 47.1 prévoit l'exclusion par le législateur. L'abrogation de l'alinéa 46b) et l'édiction simultanée de l'article 47.1 appuient la conclusion qu'au moment où les modifications ont été apportées, le législateur avait l'intention de révoquer le pouvoir du gouverneur en conseil, conféré par l'article 47, d'exclure l'orge et d'autres grains de l'application des parties III et IV de la Loi.

[48] Le défendeur soutient cependant que le pouvoir du gouverneur en conseil d'exclure l'orge de l'application des parties III et IV en vertu de l'article 47 ne va pas à l'encontre du pouvoir réservé au législateur en vertu de l'article 47.1. Cet argument est fondé sur l'affirmation du défendeur selon laquelle le législateur avait l'intention de créer deux régimes distincts en matière de modification de l'application de la Loi, un pouvoir réglementaire très restreint et un pouvoir législatif beaucoup plus large, ce que la Loi reflète. Par conséquent, les deux pouvoirs peuvent coexister harmonieusement. Je rejette cet argument. Le défendeur qualifie le pouvoir restreint prévu à l'article 47 d'« interrupteur ». Bien que cela ait pu être le cas avant les modifications apportées en 1998, lorsque l'article 47.1 est interprété en vue de déterminer la portée de la disposition en ce qui a trait à l'orge, il en ressort que l'un des pouvoirs expressément réservé au législateur est l'exclusion de l'orge de l'application de la Loi. Cette disposition exprime l'emporte sur le pouvoir d'exclusion par règlement créé par l'application de l'article 47 et du paragraphe 31(4) [de la *Loi d'interprétation*].

[49] Il y a aussi la question du nouvel article 47 qui a été édicté en 1998 mais qui n'est pas entré en vigueur. Les dispositions pertinentes sont les suivantes :

47. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, sur la recommandation du ministre, étendre à l'orge l'application de la partie III ou de la partie IV, ou des deux.

(2) En cas d'application du paragraphe (1), les dispositions de la partie en cause sont réputées édictées de nouveau dans la présente partie [. . .]

[. . .]

(5) The Minister shall not make a recommendation referred to in subsection (1) unless

(a) the Minister has consulted with the board about the extension; and

(b) the producers of barley have voted in favour of the extension, the voting process having been determined by the Minister.

[50] The respondent argues that the existence of this new section 47 goes against a finding that section 47.1 reflects a contrary intention. In my opinion, even if the new section 47 was in force, it would not materially alter the outcome of these applications. The language of the existing section 47 only speaks of extension. It contains no express language of exclusion. On its face, other than adding the requirements of consultation with the Board and a vote by barley producers, the new section 47 would do nothing more than continue to permit Parts III and IV to be extended to barley by regulation. As with the existing section 47, a regulatory power to exclude could only be grounded on the combined operation of the new section 47 and subsection 31(4) of the *Interpretation Act*.

[51] It is also important to look at the purpose underlying the repeal of section 9 of the Regulations. Section 9 of the Regulations was initially passed to include barley in the application of Parts III and IV of the Act. Although on its face, the new Regulation simply extends the application of Part III to barley, by repealing the former section 9 of the Regulations and replacing it with the new section 9, in effect, the Governor in Council has excluded barley from the CWB's single desk authority. This power is expressly reserved to Parliament in section 47.1.

[52] In my opinion, in 1998, Parliament did not intend to create two alternative regimes for the exclusion of barley from the Act. Instead, I conclude that the 1998 amendments were intended to create separate self-contained processes, one to extend the Act to barley and one to exclude barley from the Act. The inclusion of section 47.1 reflects a contrary intention by Parliament

(5) Le ministre ne peut faire la recommandation mentionnée au paragraphe (1) à moins que les conditions suivantes soient réunies :

a) il a consulté le conseil au sujet de la mesure;

b) les producteurs d'orge ont voté—suivant les modalités fixées par le ministre—en faveur de la mesure.

[50] Le défendeur soutient que l'existence de ce nouvel article 47 va à l'encontre de la conclusion selon laquelle l'article 47.1 reflète une indication contraire. À mon avis, même si le nouvel article 47 était en vigueur, il ne changerait pas de façon importante l'issue des demandes en l'espèce. Le libellé de l'article 47 actuel ne mentionne que l'extension. Il n'y a aucun terme explicite d'exclusion. À première vue, sauf pour l'ajout de l'exigence portant sur la consultation du conseil et sur le vote des producteurs d'orge, le nouvel article 47 ne ferait rien d'autre que de continuer de permettre l'extension, par règlement, des parties III et IV à l'orge. Comme c'est le cas pour l'article 47 actuel, un pouvoir réglementaire d'exclusion ne pourrait être fondé que sur l'application conjointe du nouvel article 47 et du paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*.

[51] Il est important aussi de tenir compte de la raison pour laquelle l'article 9 du Règlement serait abrogé. L'article 9 du Règlement a d'abord été pris afin d'ajouter l'orge à l'application des parties III et IV de la Loi. Bien qu'à première vue, le nouveau Règlement étend simplement l'application de la partie III à l'orge, en abrogeant l'ancien article 9 du Règlement et en le remplaçant par le nouvel article 9, la gouverneure en conseil a en fait exclu l'orge du pouvoir de commercialisation à guichet unique de la CCB. Ce pouvoir d'exclusion est expressément réservé au législateur en vertu de l'article 47.1.

[52] À mon avis, en 1998, le législateur n'avait pas l'intention de créer deux régimes distincts pour l'exclusion de l'orge de la Loi. En fait, je conclus que les modifications de 1998 avaient pour objectif de créer des processus séparés et indépendants, l'un pour étendre l'application de la Loi à l'orge, et l'autre pour exclure l'orge de l'application de la Loi. L'ajout de l'article 47.1

that displaces the statutory presumption in subsection 31(4) of the *Interpretation Act*.

reflète une indication contraire du législateur qui écarte la présomption légale établie par le paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*.

Conclusion

[53] For the above reasons, I conclude that the new Regulation is *ultra vires* and of no force and effect.

Conclusion

[53] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que le nouveau Règlement est *ultra vires* et qu'il est inopérant.

JUDGMENT

JUGEMENT

THIS COURT ORDERS AND DECLARES that:

LA COUR STATUE que :

1. The judicial review is allowed with cost to the applicant.
2. The *Regulations Amending the Canadia Wheat Board Regulations*, SOR/2007-131 are *ultra vires* and of no force and effect.

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie et les dépens sont accordés à la demanderesse.
2. Le *Règlement modifiant le Règlement sur la Commission canadienne du blé*, DORS/2007-131, est *ultra vires* et est inopérant.

IMM-4346-06
2007 FC 814

IMM-4346-06
2007 CF 814

Hee Han Lee (*Applicant(s)*)

Hee Han Lee (*demandeur(s)*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent(s)*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur(s)*)

INDEXED AS: LEE v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : LEE c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Barnes J.—Halifax, May 10; Ottawa, August 2, 2007.

Cour fédérale, juge Barnes—Halifax, 10 mai; Ottawa, 2 août 2007.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of visa officer's denial of application for permanent residence on basis non-accompanying child medically inadmissible — Non-accompanying son, 33 wholly disabled, institutionalized — Under Immigration and Refugee Protection Act (Act), ss. 38(1), 42, son not admissible; s. 42 also rendering applicant's whole family prima facie inadmissible — Visa officer finding adoption by son's aunt one of convenience, not genuine — Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 23 prescribing circumstances determining whether son's disability rendering family inadmissible — Regulations, s. 4 setting out conjunctive test for determining bona fide nature of adoptions — S. 4 not overriding application of Regulations, s. 23 intended to obviate problems where non-accompanying child legally left behind — Given paucity of factual support for conclusion adoption not genuine, failure to consider legal sufficiency of custodial arrangements, implications of Regulations, s. 23, decision unreasonable — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente au motif que l'enfant non accompagnant était interdit de territoire pour des raisons d'ordre sanitaire — Le fils non accompagnant a 33 ans, il est totalement invalide et il est institutionnalisé — Le fils est interdit de territoire en vertu des art. 38(1) et 42 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR); en vertu de l'art. 42, l'interdiction de territoire dont le fils du demandeur est frappée entraîne prima facie l'interdiction de territoire des autres membres de la famille — L'agent des visas a conclu que l'adoption du fils par sa tante était une adoption de complaisance qui n'était pas authentique — Il faut se tourner vers l'art. 23 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) pour déterminer si l'invalidité du fils entraînait l'interdiction de territoire de sa famille — L'art. 4 du Règlement établit un critère conjonctif servant à déterminer s'il s'agissait d'une véritable adoption — L'art. 4 ne l'emporte pas sur l'art. 23 du Règlement, qui vise à prévenir le genre de problème qui se pose lorsqu'un enfant non accompagnant est laissé au pays — Compte tenu de la faiblesse du fondement factuel sous-jacent à la conclusion portant que l'adoption n'était pas authentique et de l'omission de prendre en considération la suffisance juridique des mesures de garde et les incidences de l'art. 23 du Règlement, la décision était déraisonnable — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a visa officer's denial of the applicant's application for permanent residence for himself and two of his three children on the basis that the applicant's non-accompanying child was medically inadmissible to Canada. The applicant and his family are Korean. Their wholly disabled son is 33, under the care of a welfare agency in Korea and totally dependent on others for

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur et de deux de ses trois enfants au motif que l'enfant non accompagnant du demandeur était interdit de territoire au Canada pour des raisons d'ordre sanitaire. Le demandeur et les membres de sa famille sont Coréens. Le fils totalement invalide du

all of his personal needs. Under subsection 38(1) and section 42 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), he would not be admissible to Canada. Pursuant to IRPA, section 42, the inadmissibility of the applicant's son renders the whole family *prima facie* inadmissible. From the outset, the applicant had been designated as a non-accompanying family member and was to remain in Korea. When the issue of inadmissibility was raised by the visa officer, the son was legally adopted by his aunt. However, the visa officer found that adoption was not genuine and the family was ruled inadmissible. Essentially, the visa officer found that the adoption was one of convenience. The issue was whether the visa officer's denial of immigrant visas was unreasonable.

Held, the application should be allowed.

Section 23 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) sets out the prescribed circumstances which determine whether the son's disability rendered his family inadmissible. Section 4 of the Regulations deals with the issue of bad faith adoptions and marriages. The visa officer's decision was apparently made under that section. While section 4 applies broadly to all adoption relationships under the IRPA and could be considered together with the factors listed in section 23, it does not override the application of section 23. Section 4 sets out a conjunctive test for determining whether an adoption is *bona fide*: it requires a finding that the adoption was entered into primarily for the purpose of acquiring status or privilege under the Act and a finding that the adoption was not genuine. The first part of this test was readily apparent because the record discloses that the adoption of the disabled son was carried out to enhance his family's application for landing. The applicant did not conceal anything from the respondent, including the motive for the adoption. The officer's conclusion that the adoption was not "genuine" was supported only by the observation that the son was 32 years old. Age in the case of an institutionalized, wholly dependent person would seem to be a marginally relevant consideration. The circumstances of the son's *de facto* care and custodial arrangements, the details of his relationship with his adoptive aunt and the legality of the adoption were of much greater significance. Nothing in the visa officer's notes indicated that such matters were considered and he did not follow the departmental guideline stipulating that notes should "clearly explain" the rationale for such decisions. Also, nothing in the record indicated that the applicant was ever informed about

demandeur a 33 ans, il a été confié aux soins d'un organisme d'aide sociale œuvrant en Corée et il ne peut satisfaire seul aucun de ses besoins. En vertu du paragraphe 38(1) et de l'article 42 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), il serait interdit de territoire au Canada. En vertu de l'article 42 de la LIPR, l'interdiction de territoire dont le fils du demandeur est frappée entraîne *prima facie* l'interdiction de territoire des autres membres de la famille. Dès le départ, le fils du demandeur avait été désigné comme membre de la famille non accompagnant et il devait rester en Corée. Lorsque l'agent des visas a évoqué l'interdiction de territoire, le fils avait été adopté légalement par sa tante. Cependant, l'agent des visas a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une adoption authentique et a conclu que la famille était interdite de territoire. L'agent des visas a essentiellement conclu qu'il s'agissait d'une adoption de complaisance. La question à trancher était celle de savoir si la décision de l'agent des visas de refuser les visas d'immigrant était déraisonnable.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Il faut se tourner vers l'article 23 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) pour déterminer si l'invalidité du fils entraînait l'interdiction de territoire de sa famille. L'article 4 du Règlement porte sur les adoptions et les mariages de mauvaise foi. La décision de l'agent des visas reposait apparemment sur cet article. Même si l'article 4 vise tous les cas d'adoption en rapport avec la LIPR et qu'il convenait d'en tenir compte en conjonction avec les facteurs prévus à l'article 23, il ne l'emporte pas sur celui-ci. L'article 4 établit un critère conjonctif servant à déterminer s'il s'agit d'une véritable adoption; cette disposition exige que l'adoption vise principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège aux termes de la Loi et qu'elle ne soit pas authentique. La première exigence était à n'en pas douter remplie puisqu'il appert du dossier que le fils invalide a été adopté pour que la demande de résidence permanente de la famille se présente sous un meilleur jour. Le demandeur n'a rien caché au défendeur, pas même la raison de l'adoption. La conclusion de l'agent des visas selon laquelle l'adoption n'était pas « authentique » n'était étayée que par la mention que le fils avait 32 ans. S'agissant d'une personne institutionnalisée et souffrant d'une invalidité totale, l'âge prend figure de facteur secondaire. Il était autrement plus important de savoir qui s'occupe en fait du fils, quelles mesures ont été prises pour sa garde, quels sont ses rapports avec la tante qui l'a adopté et si l'adoption est juridiquement valide. Rien dans les notes de l'agent des visas n'indiquait qu'il avait tenu compte de ces éléments et il n'a pas suivi les lignes directrices du ministère suivant lesquelles il doit « expliquer clairement » les motifs de telles décisions. En outre, rien au dossier n'indiquait que le demandeur avait été mis au

the officer's concern and given an opportunity to respond.

Moreover, the visa officer failed to consider the legal significance of section 23 of the Regulations. Whether the son's adoption met the requirements of section 4 does not determine whether his family was nevertheless admissible to Canada because valid and alternate custodial arrangements had been made for him in Korea. Section 23 was clearly intended to obviate such a problem such where a child is left behind in the lawful custodial care of another person. The content of the decision did not show that the visa officer had considered the implications of section 23 and, in particular, whether the son's custodial arrangements were legally sufficient to avoid the application of that provision. Such an analysis requires more than a consideration of the legality or purpose of an adoption. Given the visa officer's failure to clearly articulate the statutory and regulatory provisions which he was bound to apply and given the paucity of factual support for his conclusion, the decision was unreasonable and could not stand.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 38(1), 42.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 4 (as am. by SOR/2004-167, s. 3(E)), 23, 87 (as am. *idem*, s. 80), 117(9),(10),(11).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ouafae v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005), 277 F.T.R. 30; 2005 FC 459; *Gavino v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 288 F.T.R. 100; 2006 FC 308; *Gal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 42 Imm. L.R. (3d) 56; 2004 FC 1771.

REFERRED TO:

Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 1372.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 3: Adoptions,

courant des préoccupations de l'agent des visas et avait eu la possibilité de s'exprimer à ce sujet.

Qui plus est, l'agent des visas n'a pas pris en considération la portée juridique de l'article 23 du Règlement. Que l'adoption du fils soit conforme ou non à l'article 4 ne joue pas sur la question de savoir si la famille est néanmoins admissible au Canada parce que d'autres mesures de garde valides ont été prises à son égard en Corée. L'article 23 vise manifestement à prévenir le genre de problème qui se pose lorsqu'un enfant est laissé au pays sous la garde et les soins légaux d'une autre personne. La teneur de la décision ne montrait pas que l'agent des visas avait tenu compte des effets de l'article 23 et avait examiné, plus particulièrement, si les mesures relatives à la garde du fils permettraient d'éviter l'application de cette disposition. Cette analyse requiert plus que l'examen de la légalité ou du but d'une adoption. Puisque l'agent des visas n'a pas exposé clairement les dispositions législatives et réglementaires qu'il était tenu d'appliquer et compte tenu de la faiblesse du fondement factuel sous-jacent à sa conclusion, sa décision était déraisonnable et elle ne pouvait être maintenue.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 38(1), 42.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 4 (mod. par DORS/2004-167, art. 3(A)), 23, 87 (mod., *idem*, art. 80), 117(9),(10),(11).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ouafae c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 459; *Gavino c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 308; *Gal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1771.

DÉCISION CITÉE :

Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1372.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 3 :

online: <http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/index.asp>.

APPLICATION for judicial review of a visa officer's denial of permanent resident status on the basis that a non-accompanying child was medically inadmissible and thereby rendered the whole family inadmissible. Application allowed.

APPEARANCES:

Roderick H. (Rory) Rogers for applicant.
Melissa R. Cameron for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Stewart McKelvey, Halifax, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] BARNES J.: This is an application for judicial review from a decision made in the Immigration Section of the Canadian Embassy in Seoul, Korea, denying a permanent resident visa to the applicant, Hee Han Lee, his spouse, Hyun Sub Shim, and two of his three children. The basis of this decision was that Mr. Lee's non-accompanying child, Dong Jun Lee, was medically inadmissible to Canada, thereby rendering the family inadmissible.

Background

[2] The Lee family applied to become permanent residents in 2004. They intended to settle in Prince Edward Island and were assessed and selected by the Government of Prince Edward Island as provincial nominees under section 87 [as am. by SOR/2004-167, s. 80] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations). It is clear from the record that it was always the intention of the Lees not to include their eldest son, Dong Jun Lee, in their application for permanent residence. Dong Jun is

Adoptions, en ligne : <http://www.cic.gc.ca/français/ressources/guides/op/index.asp>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente au motif que l'enfant non accompagnant était interdit de territoire pour des raisons d'ordre sanitaire et que la famille était donc interdite de territoire. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Roderick H. (Rory) Rogers pour le demandeur.
Melissa R. Cameron pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Stewart McKelvey, Halifax, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BARNES : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la Section de l'immigration de l'ambassade du Canada à Séoul en Corée a refusé un visa de résident permanent au demandeur, Hee Han Lee, à son épouse et à deux de ses trois enfants. Le fondement du refus était que l'enfant non accompagnant de M. Lee, Dong Jun Lee, était interdit de territoire pour des raisons d'ordre sanitaire, ce qui emportait interdiction de territoire pour la famille.

Contexte

[2] La demande de visa de résidence permanente de la famille Lee a été présentée en 2004. La famille voulait s'installer à l'Île-du-Prince-Édouard et avait été évaluée et retenue par le gouvernement de cette province sous le régime de l'article 87 [mod. par DORS/2004-167, art. 80] du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). Il ressort clairement du dossier que les Lee n'ont jamais eu l'intention d'inclure le fils aîné, Dong Jun Lee, dans la demande de résidence permanente. Dong Jun a

presently 33 years old and is wholly disabled. The medical evidence indicates that he has an atypical form of cerebral palsy which cannot be treated. His condition has progressively worsened over time so that today he cannot speak, walk, write or communicate. He is totally dependent upon others for all of his personal needs and, since about 1996, he has been under the care of the Saint Cross Center, which is a Catholic welfare agency in Korea. There is no question that Dong Jun would not be admissible to Canada under subsection 38(1) and section 42 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[3] The problem for the family is that under paragraph 42(a) of the IRPA the inadmissibility of Dong Jun renders them *prima facie* inadmissible. This provision is clearly intended, in part, to prevent a person from gaining entry to Canada and then sponsoring an otherwise inadmissible family member whose care needs would place an excessive demand on Canadian health care or social services.

[4] The family was, thus, left in a catch-22 situation where they are barred from entry to Canada because of an inadmissible child who was not included in their application for permanent residence and who will remain behind in Korea. This problem probably could have been avoided if the visa officer had not required Dong Jun to be examined against the wishes of his family and, certainly, there does appear to be some discretion to waive the examination requirement on an informed basis in appropriate cases. The family seems to have been well aware of the legal implications of this medical examination and sought unsuccessfully to avoid it. If the family wishes had been respected, the legal effect would have been to bar any later attempt to sponsor Dong Jun for entry to Canada as a dependent child: see subsections 117(9), (10) and (11) of the Regulations.

[5] When the issue of inadmissibility was raised by the visa officer, the family made arrangements for Dong Jun to be adopted by his aunt and it appears from the

actuellement 33 ans et il est totalement invalide. La preuve médicale indique qu'il souffre d'une forme atypique de paralysie cérébrale incurable. Son état s'est progressivement détérioré de sorte qu'aujourd'hui il ne peut ni parler, ni marcher, ni écrire, ni communiquer. Il ne peut satisfaire seul aucun de ses besoins et, depuis 1996 environ, il était confié aux soins du Saint Cross Center, un organisme catholique d'aide sociale œuvrant en Corée. Il ne fait aucun doute que Dong Jun serait interdit de territoire au Canada en application du paragraphe 38(1) et de l'article 42 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR).

[3] Le problème de la famille Lee provient de ce qu'en vertu de l'alinéa 42a) de la LIPR, l'interdiction de territoire dont Dong Jun est frappé entraîne *prima facie* leur propre interdiction de territoire. Il est clair que cette disposition vise notamment à empêcher qu'une personne puisse s'installer au Canada et parrainer par la suite un membre de sa famille qui serait autrement interdit de territoire parce que les soins qu'il nécessiteraient entraîneraient un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

[4] La famille se trouvait donc dans une situation sans issue, empêchée de venir au Canada à cause d'un enfant interdit de territoire, lequel n'avait pas été inclus dans leur demande de résidence permanente et allait rester en Corée. Ce problème aurait pu être évité si l'agent des visas n'avait pas exigé que Dong Jun subisse un examen malgré l'opposition de sa famille, et il semble certainement possible pour les décideurs d'exercer judicieusement un certain pouvoir discrétionnaire de renonciation à l'exigence de l'examen dans les cas appropriés. La famille semble avoir bien perçu les conséquences juridiques de l'examen médical et elle a cherché sans succès à l'éviter. Si les vœux de la famille avaient été respectés, la conséquence juridique aurait consisté en l'impossibilité de parrainer ensuite l'admission de Dong Jun au Canada en tant qu'enfant à charge : paragraphes 117(9), (10) et (11) du Règlement.

[5] Lorsque l'agent des visas a évoqué l'interdiction de territoire, la famille a fait en sorte que Dong Jun soit adopté par sa tante, et le dossier indique que l'adoption

record that a legal adoption was completed. However, when the family brought this information to the attention of the visa officer, the adoption was found not to be genuine and the family was ruled inadmissible. Needless to say this regrettable situation was seemingly unnecessary and the rather zealous application of procedure appears not to have advanced the legislative purpose of section 42 of the IRPA.

[6] It is from the decision to deny entry to Mr. Lee and his family that this application for judicial review arises.

The Decision Under Review

[7] The decision to refuse a permanent resident visa to Mr. Lee is contained in a letter dated June 8, 2006 sent from the Canadian Embassy in Seoul, Korea. The relevant passages from that letter are as follows:

Pursuant to subsection 38(1) of the Immigration and Refugee Protection Act, your family member, Dong Jun LEE, is a person whose health condition Mental Retardation—Unspecified might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services. The regulatory definitions of these terms are attached. As a result, your family member is inadmissible to Canada on health grounds.

Our letter of March 23, 2006 invited you to provide additional information or documents in response to the preliminary assessment. Your materials were received on 22 May 2006 and were carefully considered but did not change this assessment of your family member's health condition, which has now become final. In addition, I am not satisfied that this is a genuine adoption considering the age of your son and facts of the case. You have decided to put your son for adoption to avoid this inadmissibility and I have concluded that this is an adoption of convenience.

Subsection 42(a) of the Act states that a foreign national, other than a protected person, is inadmissible on grounds of an inadmissible family member if their accompanying family member or, in prescribed circumstances, their non-accompanying family member is inadmissible. Your accompanying [sic] family member is inadmissible to Canada. As a result, you and your other family members are also inadmissible.

légale a eu lieu. Toutefois, lorsque la famille a informé l'agent des visas de l'adoption, ce dernier a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une adoption authentique et a conclu que la famille était interdite de territoire. Il va sans dire que cette regrettable situation n'avait pas lieu d'être, et il ne semble pas que cet acharnement procédural ait permis d'atteindre l'objet poursuivi par l'article 42 de la LIPR.

[6] La demande de contrôle judiciaire vise la décision d'interdire de territoire M. Lee et sa famille.

La décision faisant l'objet du contrôle

[7] La décision de ne pas accorder de visa de résidence permanente à M. Lee est exposée dans une lettre en date du 8 juin 2006 expédiée de l'ambassade du Canada à Séoul, en Corée. Voici les passages pertinents de cette lettre :

[TRADUCTION] Aux termes du paragraphe 38(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, un membre de votre famille, soit Dong Jun LEE (qui est atteint d'une déficience intellectuelle—degré non précisé), est une personne dont l'état de santé risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. Les définitions pertinentes contenues dans le Règlement sont jointes aux présentes. Par conséquent, ce membre de votre famille est interdit de territoire pour motifs sanitaires.

Dans ma lettre du 23 mars 2006, je vous ai demandé d'autres renseignements ou documents pour faire suite à l'appréciation initiale. Nous avons reçu vos documents le 22 mai 2006, et ils ont fait l'objet d'un examen attentif, mais ils n'ont modifié en rien l'appréciation de l'état de santé du membre de votre famille; cette appréciation est maintenant définitive. En outre, je n'ai pas été convaincu que l'adoption est authentique, compte tenu de l'âge de votre fils et des faits en cause. Vous avez décidé de faire adopter votre fils pour contourner son interdiction de territoire, et j'estime qu'il s'agit d'une adoption de complaisance.

L'alinéa 42a) de la Loi énonce que, sauf pour une personne protégée, emporte interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale l'interdiction de territoire frappant tout membre de la famille d'un étranger qui l'accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas. Le membre de votre famille qui vous accompagne [sic] est interdit de territoire au Canada, en conséquence vous et les autres membres de votre famille êtes également interdits de territoire.

It is accepted by both parties that the above reference to “accompanying” family member was a typographical error and should have read “non-accompanying.”

Les deux parties conviennent que les mots [TRADUCTION] « membre de la famille qui vous accompagne » procèdent d’une erreur typographique et que ce sont les mots « membre de la famille qui ne vous accompagne pas » qu’il faudrait lire.

[8] The visa officer’s supporting CAIPS [Computer Assisted Immigration Processing System] notes contain the following cryptic rationale for the decision:

[8] Les notes de l’agent des visas consignées dans le STIDI [Système de traitement informatisé des dossiers d’immigration] renferment la justification lapidaire suivante de la décision :

After sending our concern letter, PI then decide to give son for adoption. Son given for “adoption” by aunt—is 32 years old.

[TRADUCTION] Après l’envoi de la lettre faisant état de nos réserves, l’intéressé décide alors de faire adopter son fils. Le fils—âgé de 32 ans—est adopté par sa tante.

I am not/not satisfied that this is a genuine adoption based on the facts of the case and that this is to avoid refusal of application.

Je ne suis pas/pas convaincu qu’il s’agit d’une adoption authentique, en raison des circonstances en cause et je crois que cela vise à éviter un refus.

Refused for medical inadmissibility.

Refusés pour interdiction de territoire pour motifs sanitaires.

Issues

Les questions en litige

[9] (a) What is the appropriate standard of review for the issues raised by the applicant?

[9] (a) Quelle est la norme de contrôle applicable aux questions soulevées par le demandeur?

(b) Does the decision to deny a visa to the applicant evidence a reviewable error?

(b) Le refus d’accorder un visa au demandeur constitue-t-il une erreur susceptible de révision?

Analysis

Analyse

[10] I accept that the standard of review for decisions taken by visa officers will vary from case to case according to the nature of the issues under review. Here I would adopt the analysis by my colleague Justice Yves de Montigny in *Ouafae v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 277 F.T.R. 30 (F.C.), where he held (at paragraphs 18-20):

[10] Je conviens que la norme de contrôle applicable aux décisions des agents des visas peut varier en fonction de la nature des questions soulevées. En l’espèce, je suis d’avis d’adopter l’analyse effectuée par mon collègue Yves de Montigny dans *Ouafae c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 459 (aux paragraphes 18 à 20) :

Opinion on the appropriate standard of review for decisions by visa officers is divided and appears to have spawned seemingly contradictory decisions. In some cases, reasonableness *simpliciter* was the chosen standard (see, *inter alia*, *Yaghoubian v. Canada (M.C.I.)*, [2003] FCT 615; *Zheng v. Canada (M.C.I.)*, [2000] F.C.J. No. 31, IMM-3809-98; *Lu v. Canada (M.C.I.)*, [1999] F.C.J. No. 1907, IMM-414-99). In other decisions, patent unreasonableness was chosen instead (see, for example, *Khouta v. Canada (M.C.I.)*, 2003 FC 893; *Kalia v. Canada (M.C.I.)*, 2002 FCT 731).

La norme de contrôle applicable dans le cadre des décisions prises par les agents des visas ne fait pas l’unanimité et semble avoir donné lieu à des décisions en apparence contradictoires. Dans certains cas, on a retenu la norme de la décision raisonnable *simpliciter* (voir, entre autres, *Yaghoubian c. Canada (M.C.I.)*, 2003 CFPI 615; *Zheng c. Canada (M.C.I.)*, IMM-3809-98; *Lu c. Canada (M.C.I.)*, IMM-414-99). Dans d’autres décisions, on a plutôt opté pour la norme de la décision manifestement déraisonnable (voir notamment *Khouta c. Canada (M.C.I.)*, 2003 C.F. 893; *Kalia c. Canada (M.C.I.)*, 2002 CFPI 731).

And yet, on closer inspection, these decisions are not irreconcilable. The reason for the different choices is essentially that the nature of the decision under review by this Court depends on the context. Thus it goes without saying that the appropriate standard of review for a discretionary decision by a visa officer assessing a prospective immigrant's occupational experience is patent unreasonableness. Where the visa officer's decision is based on an assessment of the facts, this Court will not intervene unless it can be shown that the decision is based on an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner.

However, it is not the same for a decision by a visa officer involving an application of general principles under an Act or Regulations to specific circumstances. Where the decision is based on a question of mixed law and fact, the Court will show less deference and seek to ensure that the decision is quite simply reasonable.

[11] The determinative issues in this case are ones of mixed fact and law. They are, however, primarily concerned with the application of statutory and regulatory provisions to factual circumstances that are largely undisputed. In the result, I have concluded that the appropriate standard of review for the issues in this case is reasonableness *simpliciter*.

[12] In order to assess the reasonableness of the decision taken, it is necessary to review the statutory and regulatory framework within which it was made. The decision letter refers to paragraph 42(a) of the IRPA which states:

42. A foreign national, other than a protected person, is inadmissible on grounds of an inadmissible family member if

(a) their accompanying family member or, in prescribed circumstances, their non-accompanying family member is inadmissible; [Emphasis added.]

Here Dong Jun was always designated as a non-accompanying family member and, in the result, section 23 of the Regulations sets out the prescribed circumstances which determine whether his disability rendered his family inadmissible. That regulatory provision provides:

Pourtant, si l'on y regarde de plus près, ces décisions ne sont pas irréconciliables. Si l'on en est arrivé à des conclusions différentes, c'est essentiellement parce que la nature de la décision faisant l'objet de révision par cette Cour peut varier selon le contexte. Ainsi, il va de soi que la norme de contrôle applicable à la décision discrétionnaire d'un agent des visas appelé à évaluer l'expérience d'un immigrant éventuel au regard d'une profession sera celle de la décision manifestement déraisonnable. Dans la mesure où la décision de l'agent repose sur un examen des faits, cette Cour n'interviendra pas à moins que l'on puisse démontrer que cette décision est fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire.

Par contre, il en ira autrement si la décision de l'agent des visas comporte l'application de principes généraux découlant d'une loi ou d'un règlement à des circonstances précises. Lorsque la décision repose sur une question mixte de droit et de fait, la Cour fera preuve d'une moins grande retenue et voudra s'assurer que la décision est tout simplement raisonnable.

[11] Les questions déterminantes en l'espèce sont des questions mixtes de fait et de droit, mais elles concernent principalement l'application de dispositions législatives et réglementaires à des faits qui sont en grande partie non contestés. Je conclus donc que la norme applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[12] Pour évaluer le caractère raisonnable d'une décision, il est nécessaire d'examiner le cadre législatif et réglementaire dans lequel elle s'inscrit. La lettre faisant état de la décision mentionne l'alinéa 42(a) de la LIPR. Voici le texte de cette disposition :

42. Emportent, sauf pour le résident permanent ou une personne protégée, interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale les faits suivants :

a) l'interdiction de territoire frappant tout membre de sa famille qui l'accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas; [Non souligné dans l'original.]

En l'espèce, Dong Jun a toujours été désigné comme membre de la famille non accompagnant, de sorte qu'il faut se tourner vers l'article 23 du Règlement pour déterminer si son invalidité entraînait l'interdiction de territoire de sa famille. Voici le texte de cette disposition réglementaire :

23. For the purposes of paragraph 42(a) of the Act, the prescribed circumstances in which the foreign national is inadmissible on grounds of an inadmissible non-accompanying family member are that

(a) the foreign national has made an application for a permanent resident visa or to remain in Canada as a permanent resident; and

(b) *the non-accompanying family member is*

(i) the spouse of the foreign national, except where the relationship between the spouse and foreign national has broken down in law or in fact,

(ii) the common-law partner of the foreign national,

(iii) a dependent child of the foreign national and either the foreign national or an accompanying family member of the foreign national has custody of that child or is empowered to act on behalf of that child by virtue of a court order or written agreement or by operation of law, or

(iv) a dependent child of a dependent child of the foreign national and the foreign national, a dependent child of the foreign national or any other accompanying family member of the foreign national has custody of that child or is empowered to act on behalf of that child by virtue of a court order or written agreement or by operation of law. [Emphasis added.]

The other relevant regulatory provision is section 4 [as am. by SOR/2004-167, s. 3(E)] which deals with the issue of bad faith adoptions and marriages as follows:

4. For the purposes of these Regulations, a foreign national shall not be considered a spouse, a common-law partner, a conjugal partner or an adopted child of a person if the marriage, common-law partnership, conjugal partnership or adoption is not genuine and was entered into primarily for the purpose of acquiring any status or privilege under the Act.

[13] It is apparent from the decision rendered in this case that the visa officer found the adoption of Dong Jun by his Korean aunt not to be genuine. Presumably this decision was made under section 4 of the regulations. I accept the respondent's submission that this provision applies broadly to all adoption relationships under the IRPA and it could, therefore, be appropriately

23. Pour l'application de l'alinéa 42a) de la Loi, l'interdiction de territoire frappant le membre de la famille de l'étranger qui ne l'accompagne pas emporte interdiction de territoire de l'étranger pour inadmissibilité familiale si :

a) l'étranger a fait une demande de visa de résident permanent ou de séjour au Canada à titre de résident permanent;

b) le membre de la famille en cause est, selon le cas :

(i) l'époux de l'étranger, sauf si la relation entre celui-ci et l'étranger est terminée, en droit ou en fait,

(ii) le conjoint de fait de l'étranger,

(iii) l'enfant à charge de l'étranger, pourvu que celui-ci ou un membre de la famille qui accompagne celui-ci en ait la garde ou soit habilité à agir en son nom en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'un accord écrit ou par l'effet de la loi,

(iv) l'enfant à charge d'un enfant à charge de l'étranger, pourvu que celui-ci, un enfant à charge de celui-ci ou un autre membre de la famille qui accompagne celui-ci en ait la garde ou soit habilité à agir en son nom en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'un accord écrit ou par l'effet de la loi. [Non souligné dans l'original.]

Une autre disposition du Règlement s'applique en l'espèce. Il s'agit de l'article 4 [mod. par DORS/2004-167, art. 3(A)], concernant les adoptions et les mariages de mauvaise foi :

4. Pour l'application du présent règlement, l'étranger n'est pas considéré comme étant l'époux, le conjoint de fait, le partenaire conjugal ou l'enfant adoptif d'une personne si le mariage, la relation des conjoints de fait ou des partenaires conjugaux ou l'adoption n'est pas authentique et vise principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège aux termes de la Loi.

[13] Il ressort clairement de la décision rendue par l'agent des visas qu'il a jugé que l'adoption de Dong Jun par sa tante n'était pas authentique. On peut présumer que la décision était fondée sur l'article 4 du Règlement. Je conviens avec le défendeur que cette disposition vise tous les cas d'adoption en rapport avec la LIPR et qu'il était approprié en l'espèce d'en tenir compte en

considered in conjunction with the factors prescribed by section 23 of the Regulations. For this point I adopt the analysis of my colleagues in *Gavino v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 288 F.T.R. 100 (F.C.) and in *Gal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 42 Imm.L.R. (3d) 56 (F.C.) where the relevance of section 4 to the circumstances of this and like cases was confirmed. I do not accept that section 4 displaces or overrides the application of section 23 and it is, therefore, necessary to consider both provisions in deciding whether section 42 acts as a bar to entry.

[14] Even though section 4 has potential application to any adoption reviewable under the IRPA, it must still be applied correctly. That provision sets out a conjunctive test for determining whether an adoption is *bona fide*. It requires a finding that the adoption was entered into primarily for the purpose of acquiring status or privilege under the Act and a finding that the adoption was not genuine. The first part of this test was readily apparent because the record discloses that the adoption of Dong Jun was carried out to enhance his family's application for landing. There is nothing inherently objectionable about taking such a step with a view to improving an application for landing provided that the process is carried out openly and that it is a genuine adoption. Here, the respondent took a very rigorous approach to Mr. Lee's application and he, in turn, looked for a way to attain his objective of bringing his family—excepting Dong Jun—to Canada. Nothing was concealed from the respondent including the motive for the adoption.

[15] The brevity of the visa officer's decision makes it very difficult to know what he took into account in applying section 4 to Mr. Lee's application. That this was an adoption of convenience is clear enough; but the officer's conclusion that it was not "genuine" is supported only by the observation that Dong Jun was 32 years old. In the circumstances of an institutionalized and wholly disabled person, age would seem to be a marginally relevant consideration. Of far more significance would be the circumstances of Dong Jun's *de facto* care and custodial arrangements, the details of

conjonction avec les facteurs prévus à l'article 23 du Règlement. À cet égard, je souscris à l'analyse faite par mes collègues dans les décisions *Gavino c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 308 et *Gal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1771, lesquelles ont confirmé que l'article 4 s'appliquait dans des affaires comme la présente espèce et des affaires semblables. Toutefois, je ne suis pas d'avis que cet article écarte l'application de l'article 23 ou l'emporte sur lui; il est donc nécessaire de tenir compte des deux dispositions pour établir si l'article 42 entraîne l'interdiction de territoire.

[14] Bien que l'article 4 puisse s'appliquer à toute adoption susceptible d'examen en application de la LIPR, encore faut-il l'appliquer correctement. Cette disposition établit un critère conjonctif servant à déterminer si l'on a affaire à une véritable adoption, lequel exige que l'adoption vise principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège aux termes de la Loi et qu'elle ne soit pas authentique. La première exigence est à n'en pas douter remplie puisqu'il appert du dossier que Dong Jun a été adopté pour que la demande de résidence permanente de la famille se présente sous un meilleur jour. Il n'y a rien à redire en soi à une démarche visant à améliorer les chances d'une demande de résidence permanente, si elle se fait sans dissimulation et si elle est authentique. En l'espèce, le défendeur ayant fait preuve d'une grande rigidité à l'égard de la demande de M. Lee, ce dernier a en conséquence cherché une façon de réaliser son objectif d'installer sa famille—à l'exception de Dong Jun—au Canada. Il n'a rien caché au défendeur, pas même la raison de l'adoption.

[15] Le laconisme de la décision de l'agent des visas fait qu'il est très difficile de savoir quels facteurs il a pris en considération dans son application de l'article 4 à la demande de M. Lee. Il est indéniable qu'il s'agissait d'une adoption de complaisance, mais la conclusion de l'agent des visas selon laquelle elle n'était pas « authentique » n'est étayée que par la mention que Dong Jun avait 32 ans. S'agissant d'une personne institutionnalisée et souffrant d'une invalidité totale, l'âge prend figure de facteur secondaire. Il est autrement plus important de savoir qui s'occupe en fait de Dong

his relationship with his adoptive aunt, and the legality of the adoption. There is nothing in the visa officer's file notes to indicate that such matters were considered and it is of some additional significance that he did not follow the departmental guideline ([*Overseas Processing Manual (OP)*] Chapter OP 3, section 7.8) which stipulates that such notes should "clearly explain" the rationale for such decisions. That directive also recommends an interview in cases involving a concern about the genuineness of an adoption. Certainly there is nothing in the record to indicate that Mr. Lee was ever informed about the visa officer's concern and given an opportunity to respond. Whether that failure constitutes a breach of the duty of fairness as in the case of *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1372, I need not answer in this case, but it is a factor to be considered in determining whether the decision stands up to scrutiny on judicial review.

[16] Of greater concern to me is the failure by the visa officer to expressly consider the legal significance of section 23 of the Regulations. Whether or not Dong Jun's adoption met the requirements of section 4 does not determine whether his family was, nevertheless, admissible to Canada because valid and alternate custodial arrangements had been made for him in Korea. Presumably, the family could have achieved their intended result by obtaining an appropriate Court order of guardianship or by entering into a binding custodial arrangement in favour of Dong Jun's adoptive aunt.

[17] Section 23 was clearly intended to obviate the kind of problem encountered here where a child is left behind in the lawful custodial care of another person. I am not satisfied from the content of the decision rendered here that the visa officer considered the implications of section 23 and, in particular, whether the custodial arrangements for Dong Jun in Korea were legally sufficient to avoid the application of that provision. Such an analysis requires more than a consideration of the legality or purpose of an adoption—although if this adoption was legal in Korea, that alone would probably be sufficient to avoid the application of section 23 regardless of the purpose of the

Jun, quelles mesures ont été prises pour sa garde, quels sont ses rapports avec la tante qui l'a adopté et si l'adoption est juridiquement valide. Rien dans la décision de l'agent des visas n'indique qu'il ait tenu compte de ces éléments et, détail qui a aussi son importance, il appert qu'il n'a pas suivi les lignes directrices du ministère ([*Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*], chapitre OP 3, article 7.8), suivant lesquelles il doit « expliquer clairement » les motifs de telles décisions. Ces lignes directrices recommandent aussi qu'il y ait entrevue lorsque l'authenticité d'une adoption suscite des doutes. Or rien au dossier n'indique que M. Lee ait été mis au courant des préoccupations de l'agent des visas et ait eu la possibilité de s'exprimer à ce sujet. Il n'est pas nécessaire en l'espèce que je détermine si cette omission constitue un manquement à l'obligation d'équité comme dans *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1372, mais c'est un facteur qu'il faut prendre en considération pour établir si la décision survit au contrôle judiciaire.

[16] Par contre, l'omission de l'agent des visas de prendre expressément en compte la portée juridique de l'article 23 du Règlement me préoccupe davantage. Que l'adoption de Dong Jun soit conforme ou non à l'article 4 ne joue pas sur la question de savoir si la famille est néanmoins admissible au Canada parce que d'autres mesures de garde valides ont été prises à son égard en Corée. On peut présumer que la famille aurait pu parvenir à ses fins en obtenant une ordonnance judiciaire de garde ou en concluant un accord de garde ayant force exécutoire avec la tante de Dong Jun.

[17] L'article 23 vise manifestement à prévenir le genre de problème qui se pose lorsque, comme en l'espèce, un enfant est laissé au pays sous la garde et les soins légaux d'une autre personne. La teneur de la décision rendue en l'espèce ne me convainc pas que l'agent des visas a tenu compte des effets de l'article 23 et a examiné, plus particulièrement, si les mesures relatives à la garde de Dong Jun en Corée permettaient d'éviter l'application de cette disposition. Cette analyse requiert plus que l'examen de la légalité ou du but d'une adoption—encore que si l'adoption était légale en Corée, cela seul suffirait probablement à éviter l'application de l'article 23, quel que soit le but de

adoption. That is so because if the care and custody of Dong Jun had passed from his parents to his aunt or, indeed, to the institution where he lives, the prescribed circumstances of inadmissibility for his family would not be met. Indeed, it is somewhat odd that the Department refused to accept this arrangement at face value because any later attempt by the family to assert its invalidity for immigration purposes would almost certainly give rise to an effective estoppel in law.

[18] Given the failure by the visa officer to clearly articulate the statutory and regulatory provisions which he was bound to apply to this application and considering the paucity of factual support for his conclusion, I have concluded that this decision is unreasonable and cannot stand.

[19] This matter shall be remitted to a different decision maker for a redetermination on the merits. Given the passage of time, it is expected that Mr. Lee will be afforded the opportunity to update his application with additional evidence bearing on the issue of admissibility.

[20] The respondent shall have seven days from the date of this judgment to propose a certified question and the applicant will have three days thereafter to respond.

JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that this application is allowed with the matter to be remitted for reconsideration on the merits by a different decision maker.

THIS COURT ADJUDGES that the respondent shall have seven days from the date of this judgment to propose a certified question and the applicant shall have three days thereafter to respond.

l'adoption. Il en est ainsi parce que si le soin et la garde de Dong Jun sont passés de ses parents à sa tante ou, même, à l'établissement où il vit, les causes d'interdiction de territoire prévues par le règlement cessent de s'appliquer à sa famille. D'ailleurs, il est un peu étrange que le ministère ait mis en doute les mesures prises parce que toute tentative postérieure de la famille d'en invoquer l'invalidité pour des fins d'immigration donnerait presque certainement lieu à l'application des règles de préclusion.

[18] Puisque l'agent des visas n'a pas exposé clairement les dispositions législatives et réglementaires qu'il était tenu d'appliquer à la demande, et compte tenu de la faiblesse du fondement factuel sous-jacent à sa conclusion, je conclus que sa décision est déraisonnable et qu'elle ne peut être maintenue.

[19] L'affaire sera renvoyée à un autre décideur pour qu'il la réexamine au fond. Compte tenu du temps écoulé, il faudra donner à M. Lee la possibilité de mettre sa demande à jour et de présenter des éléments de preuve additionnels en relation avec la question de l'admissibilité.

[20] Le défendeur aura sept jours à compter de la date du présent jugement pour soumettre une question à certifier, et le demandeur aura trois jours, ensuite, pour présenter sa réponse.

JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

La demande est accueillie et l'affaire est renvoyée pour réexamen au fond par un autre décideur.

Le défendeur aura sept jours à compter de la date du présent jugement pour soumettre une question à certifier, et le demandeur aura trois jours, ensuite, pour présenter sa réponse.

T-894-06
2007 FC 641

T-894-06
2007 CF 641

Sun World International Inc. (Appellant)

Sun World International Inc. (appelante)

v.

c.

Parmalat Dairy & Bakery Inc. (Respondent)

Parmalat Dairy & Bakery Inc. (intimée)

INDEXED AS: SUN WORLD INTERNATIONAL INC. v. PARMALAT DAIRY & BAKERY INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ : SUN WORLD INTERNATIONAL INC. c. PARMALAT DAIRY & BAKERY INC. (C.F.)

Federal Court, Aronovitch P.—Ottawa, April 12; June 20, 2007.

Cour fédérale, protonotaire Aronovitch—Ottawa, 12 avril; 20 juin 2007.

Trade-marks — Practice — Application to add new ground of opposition to respondent's statement of opposition — Appellant's application to register trade-mark "Black Diamond" denied — Act, s. 56 governing appeals to Federal Court from Registrar's decisions, allowing for filing of new evidence in addition to evidence before Registrar — While parties may adduce new evidence on appeal, they may not introduce new issues or both introduce new ground of opposition, file new evidence on new issue — De novo exercise of Federal Court's discretion under Act, s. 56(5) based on parties' ability to adduce new evidence — Under Trade-marks Regulations, s. 40, Act, s. 56(5), Federal Court's authority to substitute its discretion for that of Registrar not encompassing discretion given exclusively to Registrar to amend statement of opposition — Application dismissed.

Marques de commerce — Pratique — Demande afin d'ajouter un nouveau motif d'opposition à la déclaration d'opposition de l'intimée — La demande que l'appelante a présentée en vue de l'enregistrement de la marque de commerce « Black Diamond » a été rejetée — L'art. 56 de la Loi, qui régit les appels interjetés devant la Cour fédérale à l'encontre de décisions du registraire, précise qu'il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire — Bien que les parties puissent présenter des preuves additionnelles dans le cadre d'un appel, elles ne peuvent pas introduire de nouvelles questions, introduire un nouveau motif et déposer une nouvelle preuve quant à la nouvelle question — L'exercice de discrétion de novo prévu à l'art. 56(5) est fondé sur la capacité des parties à produire une nouvelle preuve — En vertu de l'art. 40 du Règlement sur les marques de commerce et de l'art. 56(5) de la Loi, le pouvoir de la Cour fédérale de substituer sa discrétion à celle du registraire ne peut être étendu de manière à englober la discrétion, conférée exclusivement au registraire, d'autoriser la modification d'une déclaration d'opposition — Demande rejetée.

Federal Court Jurisdiction — Jurisdiction to amend statement of opposition on appeal from decision of Registrar — Statement of opposition transmitted to Federal Court pursuant to Trade-marks Act, s. 60 not "document" within meaning of Federal Courts Rules (Rules), 75 — "Document" under rule meaning pleading, originating document, or document required to be filed pursuant to Federal Courts Rules in Federal Court proceeding — Statement of opposition originating document filed in Canadian Trade-mark office part of record in opposition proceeding — Federal Court not having jurisdiction under rule 75 to amend statement of opposition.

Compétence de la Cour fédérale — Compétence pour autoriser une modification d'une déclaration d'opposition dans un appel interjeté à l'encontre d'une décision du registraire — La déclaration d'opposition transmise à la Cour fédérale en vertu de l'art. 60 de la Loi sur les marques de commerce n'était pas un « document » au sens de la règle 75 des Règles des Cours fédérales (les Règles) — En vertu de la règle 75, un « document » s'entend d'une plaidoirie, d'un document introductif d'instance ou d'un document qui doit être produit en vertu des Règles dans une instance tenue devant la Cour fédérale — La déclaration d'opposition, un document introductif d'instance qui ne peut être déposé qu'auprès du Bureau des marques de commerce, fait partie du dossier de la procédure d'opposition — La Cour fédérale n'a pas compétence, en vertu de la règle 75, pour autoriser une modification d'une déclaration d'opposition.

This was an application to add a new ground of opposition to the respondent's statement of opposition. The appellant's application to register the trade-mark "Black Diamond" in association with plums was denied. The appellant appealed the Registrar's decision to the Federal Court. Section 56 of the *Trade-marks Act* (Act) which governs such appeals permits new evidence to be adduced in addition to that adduced before the Registrar, and gives the Federal Court discretion vested in the Registrar. The appellant filed new evidence regarding use and confusion. The issue was whether on an appeal from the decision of a Registrar, the Federal Court has jurisdiction to amend the statement of opposition, which is an originating document in the opposition proceeding.

Held, the application should be dismissed.

While parties may adduce new evidence on appeal, new evidence can only go to issues raised before the Registrar. The issues on appeal are limited to those raised before the Registrar. The Court can entertain new evidence but not new issues, with the exception that new grounds on a pure question of law may be added but only in reference to evidence already present before the Registrar.

The Federal Court does not have jurisdiction to amend a statement of opposition under rule 75 of the *Federal Courts Rules* (Rules). The statement of opposition is not "a document" within the meaning of rule 75. A fair reading of rules 71 to 79 of the Rules clearly shows that a "document" within the meaning of rule 75 is a pleading, an originating document or a document required to be filed under the Rules in a Federal Court proceeding. It does not include the statement of opposition, which is an originating document that is required to be filed and can only be filed in the Canadian Trade-mark office for the purposes of an opposition proceeding.

The *de novo* exercise of discretion under subsection 56(5) is based on and follows from the ability of the parties to adduce new evidence. Given the case law and the clear language of section 40 of the *Trade-marks Regulations* (Regulations) and subsection 56(5) of the Act, there is no basis to find that the Court's authority to substitute its discretion for that of the Registrar pursuant to subsection 56(5) encompasses the discretion given exclusively to the Registrar to amend the statement of opposition under section 40 of the Regulations. In this case, the respondent's

Il s'agissait d'une demande afin d'ajouter un nouveau motif d'opposition à la déclaration d'opposition de l'intimé. La demande que l'appelante a présentée en vue de l'enregistrement de la marque de commerce « Black Diamond » en rapport avec des prunes a été rejetée. L'appelante a porté la décision du registraire en appel devant la Cour fédérale. L'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* (la Loi), qui régit de tels appels, précise qu'il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire et confère à la Cour fédérale toute discrétion dont le registraire est investi. L'appelante a déposé une preuve additionnelle qui portait sur l'emploi et la confusion. La question à trancher était celle de savoir si, dans un appel interjeté à l'encontre d'une décision du registraire, la Cour fédérale a compétence pour autoriser une modification d'une déclaration d'opposition, qui est un acte introductif d'instance dans une procédure d'opposition.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Bien que les parties puissent produire une nouvelle preuve dans le cadre de l'appel, la nouvelle preuve ne peut porter que sur les questions soulevées devant le registraire. Les questions soulevées dans le cadre de l'appel sont limitées à celles soulevées devant le registraire. La Cour peut examiner de nouvelles preuves mais pas de nouvelles questions. Cependant, de nouveaux motifs sur une pure question de droit peuvent être ajoutés, mais uniquement en rapport avec une preuve déjà soumise au registraire.

La Cour fédérale n'a pas compétence pour autoriser une modification d'une déclaration d'opposition en vertu de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles). La déclaration d'opposition n'est pas un « document » au sens de la règle 75. Il ressort clairement d'une lecture objective des règles 71 à 79 qu'un « document » au sens de la règle 75 est une plaidoirie, un document introductif d'instance ou un document qui doit être produit en vertu des Règles dans une instance tenue devant la Cour fédérale. Il ne comprend pas la déclaration d'opposition, qui est un document introductif d'instance qui doit être déposé auprès du Bureau des marques de commerce, et ne peut être déposé qu'auprès de celui-ci, pour les fins d'une procédure d'opposition.

L'exercice de discrétion *de novo* prévu au paragraphe 56(5) est fondé sur la capacité des parties à produire une nouvelle preuve. Compte tenu de la jurisprudence et du libellé clair de l'article 40 du *Règlement sur les marques de commerce* (le Règlement) et du paragraphe 56(5) de la Loi, rien ne permet de conclure que le pouvoir de la Cour de substituer sa discrétion à celle du registraire en vertu du paragraphe 56(5) peut être étendu de manière à englober la discrétion, conférée exclusivement au registraire, d'autoriser la modification d'une déclaration

amendment to the statement of opposition had to be presented to and ruled upon by the Registrar.

d'opposition en vertu de l'article 40 du Règlement. En l'espèce, la demande de modification de la déclaration d'opposition présentée par l'intimée devait être présentée au registraire, lequel se serait prononcé à son égard.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1102, 1104.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 54, 71-79, 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)), 318, 351.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(2), 22, 30 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 64; 1994, c. 47, s. 198), 38(2), 56, 60 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 238).
Trade-marks Regulations (1996), SOR/96-195, s. 40.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Halford v. Seed Hawk Inc. (2005), 39 C.P.R. (4th) 120; 329 N.R. 274; 2005 FCA 12; *Borden, Inc. v. Hostess Food Products Ltd.*, [1990] 1 F.C. 570; (1989), 26 C.I.P.R. 184; 28 C.P.R. (3d) 45; 30 F.T.R. 256 (T.D.).

CONSIDERED:

Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée, [2006] 1 S.C.R. 824; (2006), 270 D.L.R. (4th) 1; 49 C.P.R. (4th) 401; 349 N.R. 111; 2006 SCC 23; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772; (2006), 268 D.L.R. (4th) 424; 53 Admin. L.R. (4th) 1; 49 C.P.R. (4th) 321; 348 N.R. 340; 2006 SCC 22; *Canadian Council of Professional Engineers v. Lubrication Engineers, Inc.*, [1990] 2 F.C. 525; (1990), 32 C.P.R. (3d) 327; 109 N.R. 311 (C.A.).

REFERRED TO:

McDonald's Corp. v. Coffee Hut Stores Ltd. (1994), 55 C.P.R. (3d) 463; 76 F.T.R. 281 (F.C.T.D.); *Carling Breweries Ltd. v. Molson Companies Ltd.*, [1984] 2 F.C. 920; (1984), 1 C.P.R. (3d) 191 (T.D.); *Pernod Richard v. Molson Breweries* (1992), 44 C.P.R. (3d) 359; 56 F.T.R. 53 (F.C.T.D.); *Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'Ancienne Abbaye de Fecamp v. John Labatt Ltée* (1990), 28 C.P.R. (3d) 487 (F.C.T.D.); *Esprit de Corp. v. S.C. Johnson & Co.* (1986), 11 C.I.P.R. 192; 13 C.P.R. (3d) 235; 8 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Labatt Brewing Co. v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(2), 22, 30 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 64; 1994, ch. 47, art. 198), 38(2), 56, 60 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 238).
Règlement sur les marques de commerce (1996), DORS/96-195, art. 40.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règles 1102, 1104.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 54, 71 à 79, 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)), 318, 351.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Halford c. Seed Hawk Inc., 2005 CAF 12; *Borden, Inc. c. Aliments Hostess Ltée*, [1990] 1 C.F. 570 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée, [2006] 1 R.C.S. 824; 2006 CSC 23; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772; 2006 CSC 22; *Conseil canadien des ingénieurs c. Lubrication Engineers, Inc.*, [1990] 2 C.F. 525 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

McDonald's Corp. c. Coffee Hut Stores Ltd., [1994] A.C.F. n° 638 (1^{re} inst.) (QL); *Carling Breweries Ltd. c. Molson Companies Ltd.*, [1984] 2 C.F. 920 (1^{re} inst.); *Pernod Richard c. Molson Breweries*, [1992] A.C.F. n° 706 (1^{re} inst.) (QL); *Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'Ancienne Abbaye de Fecamp c. John Labatt Ltée* (1990), 28 C.P.R. (3d) 487 (C.F. 1^{re} inst.); *Esprit de Corp. c. S.C. Johnson & Co.*, [1986] A.C.F. n° 801 (1^{re} inst.) (QL); *Brasserie Labatt Ltée c. Benson & Hedges (Canada) Ltée*, [1996] A.C.F. n° 370 (1^{re} inst.) (QL).

Benson & Hedges (Canada) Ltd. (1996), 67 C.P.R. (3d) 258; 110 F.T.R. 180 (F.C.T.D.).

APPLICATION to add a new ground of opposition to the respondent's statement of opposition in an appeal to the Federal Court of the Registrar's decision denying the appellant's trade-mark application. Application dismissed.

APPEARANCES:

Kenneth D. McKay for appellant.
A. David Morrow and Timothy O. Stevenson for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Sim, Lowman, Ashton & McKay LLP, Toronto, for appellant.
Smart & Biggar, Ottawa, for respondent.

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

[1] ARONOVITCH P.: In the context of the underlying appeal of a decision of the Registrar of Trade-marks, the respondent brings the novel application to amend its statement of opposition to add section 22 of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13] (the Act) as a ground of opposition, and to adduce the affidavit of Michael S. Mulvey in support of the new ground.

[2] The background facts giving rise to the underlying appeal are as follows.

[3] Sun World International, Inc. (Sun World) filed an application to register the trade-mark "Black Diamond" in association with fresh fruits and vegetables, later narrowed to "plums." The mark was advertised for opposition purposes in the *Trade-marks Journal* and opposed by the respondent Parmalat Dairy and Bakery Inc. (Parmalat) by statement of opposition dated January 9, 2002.

DEMANDE afin d'ajouter un nouveau motif d'opposition à la déclaration d'opposition de l'intimée dans le cadre d'un appel interjeté devant la Cour fédérale à l'encontre de la décision du registraire rejetant la demande d'enregistrement d'une marque de commerce présentée par l'appelante. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Kenneth D. McKay pour l'appelante.
A. David Morrow et Timothy O. Stevenson pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Sim, Lowman, Ashton & McKay LLP, Toronto, pour l'appelante.
Smart & Biggar, Ottawa, pour l'intimée.

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

[1] LA PROTONOTAIRE ARONOVITCH : Dans le contexte de l'appel sous-jacent interjeté à l'encontre d'une décision rendue par le registraire des marques de commerce, l'intimée demande l'autorisation de modifier sa déclaration d'opposition en vue d'ajouter l'article 22 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13] (la Loi) comme motif d'opposition et de déposer l'affidavit de Michael S. Mulvey à l'appui de ce nouveau motif.

[2] Les faits qui ont donné lieu à l'appel sous-jacent sont les suivants.

[3] Sun World International, Inc. (Sun World) a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce « Black Diamond » en rapport avec des fruits et des légumes frais. Cette désignation fut ultérieurement abrégée à « prunes ». La marque a été annoncée aux fins d'opposition dans le *Journal des marques de commerce* et elle a fait l'objet d'une opposition de la part de l'intimée Parmalat Dairy and Bakery Inc. (Parmalat) dans une déclaration d'opposition datée du 9 janvier 2002.

[4] Parmalat was successful in its opposition. Sun World's application was denied on the basis that the appellant had not established its use of the mark at the relevant date and had also not demonstrated that there would be no reasonable likelihood of confusion, within the meaning of subsection 6(2) of the Act, between the mark, as applied for, for plums, and that of the respondent for cheese. The underlying appeal is from that decision of the Registrar.

[5] Section 56 of the Act governs appeals to the Federal Court from decisions of the Registrar of Trade-marks. As discussed more fully below, subsection 56(5) of the Act allows for new evidence to be filed on the appeal, as follows:

56. . . .

(5) On an appeal under subsection (1), evidence in addition to that adduced before the Registrar may be adduced and the Federal Court may exercise any discretion vested in the Registrar.

[6] Sun World has taken the step of filing new evidence in this appeal by way of three affidavits, going to use and confusion.

[7] Parmalat says that it was prompted to bring this application following the Supreme Court of Canada's decision in *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 S.C.R. 824 (*Veuve Clicquot*) that issued some few months following the decision of the Registrar. Parmalat explains that the Supreme Court has expanded upon and clarified the law with respect to the depreciation of goodwill attaching to a registered trade-mark under subsection 22(1) of the Act, with particular relevance to the facts of this case, such that Parmalat now has a stronger footing to advance a new ground of opposition to the registration of the appellant's mark and basis on which to defend the decision of the Registrar.

[4] Parmalat a eu gain de cause quant à son opposition. La demande d'enregistrement de Sun World a été rejetée au motif que l'appelante n'a pas établi qu'elle utilisait la marque à la date pertinente et elle n'a pas non plus démontré qu'il n'y aurait aucune probabilité raisonnable de confusion, au sens du paragraphe 6(2) de la Loi, entre la marque se rapportant à des prunes, telle que mentionnée dans la demande d'enregistrement, et la marque de l'intimée, laquelle se rapporte à du fromage. L'appel sous-jacent est interjeté à l'encontre de cette décision du registraire.

[5] L'article 56 de la Loi régit les appels interjetés à la Cour fédérale à l'encontre des décisions rendues par le registraire des marques de commerce. Comme je l'expliquerai davantage plus loin, le paragraphe 56(5) de la Loi prévoit que, lors de l'appel, une preuve additionnelle peut être apportée. Ce paragraphe est ainsi libellé :

56. [. . .]

(5) Lors de l'appel, il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire, et le tribunal peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi.

[6] Sun World a déposé une preuve additionnelle dans le cadre du présent appel par voie de trois affidavits, et ce, en rapport avec l'emploi et la confusion.

[7] Parmalat affirme qu'elle a décidé de déposer la présente demande à la suite de la décision qu'a rendue la Cour suprême du Canada dans *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 R.C.S. 824 (*Veuve Clicquot*), quelques mois après que le registraire eut rendu sa décision. Parmalat explique que la Cour suprême a apporté des précisions quant au droit pertinent et a apporté des éclaircissements en ce qui a trait à la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à une marque de commerce prévue au paragraphe 22(1) de la Loi. Cet arrêt est particulièrement pertinent aux faits de la présente cause, de telle sorte que Parmalat dispose maintenant d'un fondement plus solide pour faire valoir un nouveau motif d'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce de l'appelante et pour défendre la décision du registraire.

[8] The respondent therefore seeks to amend Parmalat's statement of opposition to add a new ground of opposition based on subsection 22(1) of the Act, in conjunction with paragraph 30(i) of the Act. The new ground of opposition alleges that pursuant to paragraph 38(2)(a) and section 30 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 64; 1994, c. 47, s. 198] of the Act, the application does not conform with the requirements of paragraph 30(i) in that, at the date of filing the application the appellant could not have been satisfied that it was entitled to use the trade-mark, in association with the wares described, because such use would be unlawful as depreciating the value of the goodwill attaching to the registered trade-mark, contrary to subsection 22(1) of the Act.

Sun World Objections to the Motion

[9] The objections to the motion are two-fold. Sun World maintains that on an appeal from the decision of a registrar, the Court lacks jurisdiction to amend the statement of opposition, which it says is an originating document in the opposition proceeding. The second point of objection is that section 22 of the Act is not a proper ground of opposition under subsection 38(2) of the Act.

Nature of a Section 56 Appeal

[10] Section 56 is not a customary appeal provision, in that an appeal brought thereunder does not necessarily proceed on the basis of the record as it stood before the decision maker. As I have said, in a section 56 appeal, the record that was before the Registrar can be supplemented, and has been supplemented in this case.

[11] As new evidence can materially affect the Registrar's findings of fact, the Federal Court judge seized of the appeal is entitled to substitute his or her discretion for that of the Registrar, if the Registrar has erred. The ensuing appeal is in the nature of a hearing *de novo*.

[8] L'intimée demande donc d'être autorisée à modifier sa déclaration d'opposition en vue d'ajouter un nouveau motif d'opposition, et ce, en vertu du paragraphe 22(1) et de l'alinéa 30*i*) de la Loi. Dans le nouveau motif d'opposition, il est allégué que, en vertu de l'alinéa 38(2)*a*) et de l'article 30 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 64; 1994, ch. 47, art. 198] de la Loi, la demande d'enregistrement ne répond pas aux exigences de l'alinéa 30*i*) car, à la date du dépôt de la demande, l'appelante ne pouvait pas être convaincue qu'elle avait droit d'employer la marque de commerce en rapport avec les marchandises décrites dans sa demande parce qu'un tel emploi serait illégal car il serait susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce, et ce, en contravention du paragraphe 22(1) de la Loi.

Les oppositions présentées par Sun World à l'égard de la requête

[9] Les oppositions présentées par Sun World à l'égard de la requête comportent deux volets. Sun World prétend d'abord que, dans un appel interjeté à l'encontre d'une décision du registraire, la Cour n'a pas compétence pour autoriser une modification d'une déclaration d'opposition, laquelle, affirme-t-elle, est un acte introductif d'instance dans une procédure d'opposition. Le deuxième motif d'opposition est que l'article 22 de la Loi ne constitue pas l'un des motifs d'opposition prévus au paragraphe 38(2) de la Loi.

La nature de l'appel prévu à l'article 56

[10] L'article 56 ne constitue pas la voie d'appel habituelle; en effet, l'appel interjeté en vertu de cette disposition n'est pas obligatoirement instruit en fonction du seul dossier dont dispose le décideur. Comme je l'ai déjà affirmé, dans le cadre d'un appel interjeté en vertu de l'article 56, des preuves additionnelles peuvent être apportées au dossier soumis au registraire. C'est le cas en l'espèce.

[11] Comme une preuve additionnelle peut avoir une incidence importante sur les conclusions de fait du registraire, le juge de la Cour fédérale saisi de l'appel a le droit de substituer son pouvoir d'appréciation à celui du registraire, si le registraire a commis une erreur. L'appel s'apparente à une nouvelle audition.

[12] Justice Binnie, in *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772, at paragraph 35, describes the nature of the exercise as follows:

Where fresh evidence is admitted, it may, depending on its nature, put quite a different light on the record that was before the Board, and thus require the applications judge to proceed more by way of fresh hearing on an extended record than a simple appeal. . . .

[13] Sun World argues that while parties may adduce new evidence on appeal, they may not introduce new issues, even less, as proposed by Parmalat on this motion, both introduce a new ground, and file new evidence on the new issue.

[14] Indeed, the jurisprudence of this Court is entirely to that effect. Notwithstanding that fresh evidence may be adduced, and that the appeal does not proceed on the basis of the record as it stood before the Registrar, the new evidence can only go to issues raised before the Registrar. Moreover, the issues on appeal are framed by and remain limited to those raised before the Registrar: *McDonald's Corp. v. Coffee Hut Stores Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 463 (F.C.T.D.), at page 469 (*McDonald's Corp.*); *Carling Breweries Ltd. v. Molson Companies Ltd.*, [1984] 2 F.C. 920 (T.D.), at pages 922-924 (*Carling Breweries*); *Pernod Richard v. Molson Breweries* (1992), 44 C.P.R. (3d) 359 (F.C.T.D.), (*Pernod*); *Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'Ancienne Abbaye de Fecamp v. John Labatt Ltée* (1990), 28 C.P.R. (3d) 487 (F.C.T.D.) (*Bénédictine*); *Esprit de Corp. v. S.C. Johnson & Co.* (1986), 11 C.I.P.R. 192 (F.C.T.D.) (*S.C. Johnson*).

[15] In other words, and with the following exception, the Court can entertain new evidence but not new issues. The exception is that new grounds on a pure question of law may be added, but only in reference to evidence already present before the Registrar. *Labatt Brewing Co. v. Benson & Hedges (Canada) Ltd.* (1996), 67 C.P.R.

[12] Le juge Binnie, au paragraphe 35 de *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, décrit comme suit la nature de l'exercice susmentionné :

Lorsqu'un nouvel élément de preuve est admis, il peut, selon sa nature, apporter un éclairage tout à fait nouveau sur le dossier dont était saisie la Commission et amener ainsi le juge des requêtes à instruire l'affaire comme s'il s'agissait d'une nouvelle audition fondée sur ce dossier élargi plutôt que comme un simple appel [. . .]

[13] Sun World prétend que bien que les parties puissent présenter des preuves additionnelles, elles ne peuvent pas introduire de nouvelles questions, encore moins, comme le propose Parmalat dans la présente requête, introduire un nouveau motif et déposer une nouvelle preuve quant à la nouvelle question.

[14] En effet, la jurisprudence de la Cour penche tout-à-fait dans ce sens. En dépit du fait qu'une nouvelle preuve peut être produite et que l'appel n'est pas instruit en fonction du dossier dont disposait le registraire, la nouvelle preuve ne peut porter que sur les questions soulevées devant le registraire. De plus, les questions soulevées dans le cadre de l'appel sont définies par celles qui ont été soulevées devant le registraire et y demeurent limitées. Voir *McDonald's Corp. c. Coffee Hut Stores Ltd.*, [1994] A.C.F. n° 638 (1^{re} inst.) (QL) (*McDonald's Corp.*); *Carling Breweries Ltd. c. Molson Companies Ltd.*, [1984] 2 C.F. 920 (1^{re} inst.), aux pages 922 à 924 (*Carling Breweries*); *Pernod Richard c. Molson Breweries*, [1992] A.C.F. n° 706 (1^{re} inst.) (QL) (*Pernod*); *Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'Ancienne Abbaye de Fecamp c. John Labatt Ltée* (1990), 28 C.P.R. (3d) 487 (C.F. 1^{re} inst.) (*Bénédictine*); *Esprit de Corp. c. S.C. Johnson & Co.*, [1986] A.C.F. n° 801 (1^{re} inst.) (QL) (*S.C. Johnson*).

[15] Autrement dit, sauf l'exception suivante, la Cour peut examiner de nouvelles preuves mais pas de nouvelles questions. L'exception est que de nouveaux motifs sur une pure question de droit peuvent être ajoutés, mais uniquement en rapport avec une preuve déjà soumise au registraire. *Brasserie Labatt Ltée c.*

(3d) 258 (F.C.T.D.), at paragraphs 7-8 (*Labatt*).

[16] According to Parmalat, the above-noted jurisprudence does not apply to this case, as the opponents in those cases never took the formal step, on appeal, to amend their statement of opposition. Instead, the opponents tried to add the new ground of opposition to either their notice of appeal (see *Carling Breweries*, at pages 924-925), their reply to notice of appeal (see *Pernod*, at page 371), or simply by way of raising the new argument orally at a hearing, to the prejudice of the party opposite.

[17] The formal step of bringing a motion to amend the statement of opposition is relied on as a significant point of distinction from the cases cited. Parmalat asserts the decision of the Federal Court of Appeal in *Canadian Council of Professional Engineers v. Lubrication Engineers, Inc.*, [1990] 2 F.C. 525 (C.A.) (*CCPE*), as authority for the proposition that new grounds of opposition raised on appeal under subsection 56 of the Act may be allowed if the opponent moves to amend its statement of opposition, and the amendment will not give rise to prejudice.

[18] In the *CCPE* case, the respondent on appeal brought a motion under former Rule 1102 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] (the precursor of rule 351 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]) to be permitted to adduce additional evidence in the appeal. In addition, it sought an order under former Rule 1104 for leave to amend its statement of opposition to include a further ground of opposition to the registration of the appellant's trade-mark. In rejecting the motion to adduce fresh evidence, the Federal Court of Appeal applied a test that Parmalat says is consistent with the test set out under the current rule 75, namely, that an amendment will be allowed unless it will give rise to prejudice that is not compensable by an order of costs.

Benson & Hedges (Canada) Ltée, [1996] A.C.F. n° 370 (1^{re} inst.) (QL), aux paragraphes 7 et 8 (*Labatt*).

[16] Selon Parmalat, la jurisprudence susmentionnée ne s'applique pas en l'espèce car les parties opposantes dans ces causes n'ont jamais entrepris, en appel, la démarche formelle visant à être autorisées à modifier leur déclaration d'opposition. Les parties opposantes ont plutôt tenté d'ajouter un nouveau motif d'opposition à leur avis d'appel (voir *Carling Breweries*, aux pages 924 et 925) ou à leur réponse à l'avis d'appel (voir *Pernod*, au paragraphe 40), ou elles ont tout simplement soulevé le nouvel argument de vive voix à l'audience, et ce, au détriment de la partie opposante.

[17] La démarche formelle visant à déposer une requête en modification d'une déclaration d'opposition repose sur une différence importante par rapport aux causes citées. Parmalat renvoie à la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Conseil canadien des ingénieurs c. Lubrication Engineers, Inc.*, [1990] 2 C.F. 525 (C.A.) (*CCI*) à l'appui de la proposition que de nouveaux motifs d'opposition soulevés en appel en vertu de l'article 56 de la Loi peuvent être accueillis si la partie opposante modifie sa déclaration d'opposition et que cette modification n'occasionne aucun préjudice.

[18] Dans la cause *CCI*, l'intimée en appel a présenté une requête en vertu de l'ancienne règle 1102 des [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] (la disposition qui a précédé la règle 351 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]) afin qu'on l'autorise à présenter une preuve additionnelle dans le cadre de l'appel. De plus, l'intimée a sollicité une ordonnance en vertu de l'ancienne règle 1104 des *Règles de la Cour fédérale* en vue d'obtenir l'autorisation de modifier sa déclaration d'opposition pour y ajouter un motif supplémentaire d'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce de l'appelante. En rejetant la requête visant la production d'une nouvelle preuve, la Cour d'appel fédérale a appliqué un critère qui, selon Parmalat, est conforme au critère prévu à la règle 75 actuelle des *Règles des Cours fédérales*, à savoir, une modification sera autorisée, sauf si elle cause un préjudice qui ne peut pas être indemnisé par l'adjudication des dépens.

Jurisdiction of the Court to Amend a Statement of Opposition

[19] Parmalat submits that its application is nothing more than a motion to amend pursuant to rule 75, which the Court has jurisdiction to grant, and points out that there will be no prejudice if the statement of opposition is amended as both parties will be able to adduce evidence going to the new ground and cross-examine thereon. I note in that regard that rules 75 and 54 of the *Federal Courts Rules* are, in fact, the sole enumerated grounds for this motion.

[20] A second ground of jurisdiction is also suggested by Parmalat, one based on its reading of the combination of section 40 of the *Trade-marks Regulations (1996)*, SOR/96-195 and subsection 56(5) of the Act. Section 40 of the *Trade-marks Regulations* reads as follows:

40. No amendment to a statement of opposition or counter statement shall be allowed except with leave of the Registrar and on such terms as the Registrar determines to be appropriate.

[21] The argument, as I understand it, is that since the appeal is *de novo*, the provision of subsection 56(5) of the Act that allows for additional evidence to be adduced on the appeal to the Federal Court, and gives the Federal Court jurisdiction to exercise any discretion vested in the Registrar, should be read to apply equally to the jurisdiction of the Registrar pursuant to section 40 to amend the statement of opposition, thereby authorizing the Federal Court to exercise the discretion vested in the Registrar to amend the statement of opposition.

[22] I will deal first with the jurisdiction of the Court to amend the statement of opposition under subsection 75(1) of the *Federal Courts Rules*. The rule provides that the Court may, at any time, allow a party to amend “a document,” on such terms as

Compétence de la Cour d'autoriser une modification d'une déclaration d'opposition

[19] Parmalat prétend que sa demande n'est rien d'autre qu'une requête en modification présentée en vertu de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales* et que la Cour a compétence pour l'accorder et elle souligne qu'aucun préjudice ne sera causé si la déclaration d'opposition est modifiée car les deux parties seront capables de produire une preuve quant au nouveau motif et de contre-interroger à son sujet. Je souligne que, à cet égard, les dispositions des règles 75 et 54 des *Règles des Cours fédérales* sont, en fait, les seuls motifs énumérés à l'appui de la présente requête.

[20] Une deuxième source de compétence est également proposée par Parmalat. Elle est fondée sur son interprétation d'une conjugaison de l'article 40 du *Règlement sur les marques de commerce (1996)*, DORS/96-195, et du paragraphe 56(5) de la Loi. L'article 40 du *Règlement sur les marques de commerce* est ainsi libellé :

40. La modification d'une déclaration d'opposition ou d'une contre-déclaration n'est admise qu'avec la permission du registraire aux conditions qu'il estime indiquées.

[21] Si j'ai bien compris, l'argument, est que, étant donné que l'appel est une audience *de novo*, la disposition du paragraphe 56(5) de la Loi qui autorise la production d'une preuve additionnelle dans le cadre d'un appel à la Cour fédérale et autorise la Cour fédérale à exercer les pouvoirs discrétionnaires conférés au registraire doit être interprétée comme s'appliquant également à la compétence du registraire d'autoriser une modification d'une déclaration d'opposition conformément à l'article 40 du *Règlement sur les marques de commerce*. La Cour fédérale est donc autorisée à exercer la discrétion par laquelle le registraire est autorisé à modifier la déclaration d'opposition.

[22] J'examinerai tout d'abord la question de la compétence de la Cour d'autoriser une modification d'une déclaration d'opposition en vertu du paragraphe 75(1) des *Règles des Cours fédérales*. Cette disposition prévoit que la Cour peut à tout moment, autoriser une

will protect the rights of all parties.

[23] According to Parmalat, the statement of opposition is such a document. It forms part of the opposition file which, in this case, Sun World, has called up pursuant to subsection 60(1) of the Act, to be placed on file with the Federal Court and is therefore a “document” within the meaning of rule 75.

[24] I cannot agree that that is the effect to be given to the transmittal of a document to this Court under subsection 60(1) [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 238] which is reproduced below and which provides a mechanism similar to that set out in rules 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)] and 318 of the *Federal Courts Rules*, for conveying a certified copy of a tribunal record to the Court for the purposes of a judicial review:

60. (1) Subject to subsection (2), when any appeal or application has been made to the Federal Court under any of the provisions of this Act, the Registrar shall, at the request of any of the parties to the proceedings and on the payment of the prescribed fee, transmit to the Court all documents on file in the Registrar's office relating to the matters in question in those proceedings, or copies of those documents certified by the Registrar. [Emphasis added.]

[25] Both sets of provisions are cast in similar terms and speak of “transmitting” what is essentially the record before the decision maker whose decision is being appealed or reviewed. The documents, including the statement of opposition, transmitted pursuant to subsection 60(1) of the Act, in my view, are not “documents” within the meaning of rule 75 of the *Federal Courts Rules*. They are on file in the Registrar's office and form part of the record of the opposition proceeding.

[26] It is clear from a fair reading of rules 71-79 that a “document” within the meaning of rule 75 is a pleading, an originating document, or a document required to be filed pursuant to the *Federal Courts Rules*, in a Federal Court proceeding. It does not include

partie à modifier « un document », aux conditions qui permettent de protéger les droits de toutes les parties.

[23] Selon Parmalat, la déclaration d'opposition fait partie de ces documents. Elle fait partie du dossier d'opposition dont, en l'espèce, Sun World, a demandé la transmission à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 60(1) de la Loi, et elle est donc un « document » au sens de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales*.

[24] Je ne puis convenir que c'est là l'effet qu'il faut donner à la transmission d'un document à la Cour en vertu du paragraphe 60(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 238], lequel est reproduit ci-dessous et lequel prévoit un mécanisme semblable à celui mentionné aux règles 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)] et 318 des *Règles des Cours fédérales* quant à la transmission d'une copie certifiée d'un dossier du tribunal à la Cour pour les fins d'un contrôle judiciaire :

60. (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'un appel ou une demande a été présenté à la Cour fédérale en vertu de l'une des dispositions de la présente loi, le registraire transmet à ce tribunal, à la requête de toute partie à ces procédures et sur paiement du droit prescrit, tous les documents versés aux archives de son bureau quant aux questions en jeu dans ces procédures ou des copies de ces documents par lui certifiées. [Soulignement ajouté.]

[25] Les deux ensembles de dispositions sont libellés en des termes semblables et ont trait à la « transmission » de ce qui constitue essentiellement le dossier soumis au décideur dont la décision fait l'objet d'un appel ou d'un contrôle judiciaire. Les documents, y compris la déclaration d'opposition, transmis en vertu du paragraphe 60(1) de la Loi, ne sont pas, selon moi, des « documents » au sens de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales*. Ils ont été déposés au bureau du registraire et font partie du dossier de la procédure d'opposition.

[26] Il ressort clairement d'une lecture objective des règles 71 à 79 que, un « document » au sens de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales* est une plaidoirie, un document introductif d'instance ou un document qui doit être produit en vertu des *Règles des Cours fédérales*,

the statement of opposition, which is an originating document that is required to be filed and, indeed, can only be filed in the Canadian Trade-mark Office for the purposes of an opposition proceeding. Accordingly, the Federal Court, in my view, has no jurisdiction under rule 75 to amend the statement of opposition, a document that is not filed in this Court, and forms part of the record on which the decision under appeal is based.

[27] On point is the decision of the Federal Court of Appeal in *Halford v. Seed Hawk Inc.* (2005), 39 C.P.R. (4th) 120. In that case, on an interlocutory motion brought in the course of an appeal to this Court, Justice Sharlow dismissed a motion to amend a pleading following judgment, and held at paragraph 10 of her decision:

In my view, Rule 75 does not give this Court the jurisdiction to grant a motion, before the hearing of an appeal of a judgment of the Federal Court, for leave to amend the pleadings upon which the trial was heard.

[28] Indeed, no jurisprudence has been cited to me where a statement of opposition has been amended on an appeal to this Court. The *CCPE* case does not assist as the motion in that case was dismissed without the Court dealing with the amendment to the statement of opposition or considering the jurisdiction of the Court to do so on appeal.

[29] Parmalat has also not cited any precedent for the proposition that a new issue not raised before the Registrar, and not arising out of the evidence before the Registrar, may be added on the appeal to this Court. The reason being that the addition of new evidence and the *de novo* nature of the ensuing hearing, does not mean, as Parmalat suggests, that the appeal is a whole new ballgame. It remains an appeal. *McDonald's Corp.*, at page 469.

dans une instance tenue devant la Cour fédérale. Il ne comprend pas la déclaration d'opposition, lequel est un document introductif d'instance qui doit être déposé et, en effet, ne peut être déposé qu'au Bureau des marques de commerce pour les fins d'une procédure d'opposition. Par conséquent, la Cour fédérale, selon moi, n'a pas compétence, en vertu de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales*, pour autoriser une modification d'une déclaration d'opposition, un document qui n'est pas déposé à la Cour et qui fait partie du dossier sur lequel la décision faisant l'objet du présent appel est fondée.

[27] La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2005 CAF 12 porte directement sur cette question. Dans cette cause, dans le cadre d'une requête interlocutoire présentée au cours d'un appel interjeté devant la Cour, la juge Sharlow a rejeté une requête en modification d'une plaidoirie à la suite d'un jugement et elle a déclaré ce qui suit au paragraphe 10 de sa décision :

À mon avis, l'article 75 des Règles ne donne pas à la Cour le pouvoir d'accueillir, avant qu'il ne soit disposé d'un appel interjeté contre un jugement de la Cour fédérale, une requête en autorisation de modification des actes de procédure d'après lesquels a été instruit le procès [. . .]

[28] En effet, on ne m'a mentionné aucune décision dans laquelle une déclaration d'opposition a été modifiée dans le cadre d'un appel interjeté à la Cour. La cause *CCI* n'est d'aucune utilité car, dans cette cause, la requête a été rejetée sans que la Cour ne traite de la question de la modification d'une déclaration d'opposition ou ne se penche sur la question de la compétence de la Cour à cet égard en appel.

[29] Parmalat n'a également renvoyé à aucune décision à l'appui de la thèse qu'une nouvelle question qui n'a pas été soulevée devant le registraire, et qui ne découle pas de la preuve soumise au registraire, peut être ajoutée en appel à la Cour. La raison étant que l'ajout d'une nouvelle preuve et le caractère *de novo* de l'audience qui suivra, ne signifient pas, comme Parmalat le donne à attendre, que l'appel est une affaire complètement différente. Il s'agit toujours d'un appel. *McDonald's Corp.*, au paragraphe 17.

[30] The *de novo* exercise of discretion under subsection 56(5) is not given for all purposes. It is based on, and follows from the ability of the parties to adduce new evidence. Justice McNair in *Borden, Inc. v. Hostess Food Products Ltd.* [[1990] 1 F.C. 570 (T.D.)] makes the point as follows, at pages 575-576:

In my view, the provision for adducing additional evidence on an appeal would be meaningless unless the Court could make a judicial determination of the issues before the Registrar with due regard to the circumstances of the case and in light of this additional evidence. Clearly, the Court is entitled to substitute its conclusion for that of the Registrar, if satisfied that the latter “has gone wrong”. To a limited extent, the appeal takes on something of the appearance of a hearing *de novo*, but with this qualification. While the Court is not limited in its right to hear new evidence, it is my opinion that such new evidence must be in relation only to facts material to the same issues that were before the Registrar.

[31] In light of the jurisprudence and the clear language of section 40 of the *Trade-marks Regulations* and subsection 56(5) of the Act, there is no basis whatever to find that the authority of the Court to substitute its discretion for that of the Registrar pursuant to subsection 56(5) may be extended to encompass the discretion given exclusively to the Registrar to amend the statement of opposition. The amendment to the statement of opposition, in my view, had to be presented to and ruled upon by the Registrar.

[32] As these findings are dispositive of the motion, I need not go on to consider whether paragraph 22(i) is a proper ground of opposition pursuant to subsection 38(2) of the Act. An order will go accordingly.

[30] L'exercice de discrétion *de novo* prévu au paragraphe 56(5) n'est pas accordé à tous égards. Il est fondé sur la capacité des parties à produire une nouvelle preuve. Le juge MacNair dans *Borden [Borden, Inc. c. Aliments Hostess Ltée, [1990] 1 C.F. 570 (1^{re} inst.)]* a souligné ce qui suit aux pages 575 et 576 :

À mon sens, la disposition permettant la présentation d'une preuve additionnelle lors d'un appel serait dénuée de sens si la Cour ne pouvait rendre une décision au sujet des questions soumises au registraire en prenant en considération les circonstances de l'affaire et à la lumière de cette preuve additionnelle. Il est clair que la Cour a le droit de substituer sa conclusion à celle du registraire lorsqu'elle est convaincue que ce dernier [TRADUCTION] s'est trompé. Dans une certaine mesure, l'appel ressemble à une audition *de novo*, mais avec la réserve suivante : bien que le droit de la Cour d'entendre de nouvelles preuves ne soit pas restreint, à mon avis, ces nouvelles preuves doivent se rapporter aux seuls faits qui sont pertinents aux questions mêmes soumises au registraire.

[31] Compte tenu de la jurisprudence et du libellé clair de l'article 40 du *Règlement sur les marques de commerce* et du paragraphe 56(5) de la Loi, absolument rien ne permet de conclure que le pouvoir de la Cour de substituer sa discrétion à celle du registraire en vertu du paragraphe 56(5) peut être étendu de manière à englober la discrétion, conférée exclusivement au registraire, d'autoriser la modification d'une déclaration d'opposition. La demande de modification de la déclaration d'opposition, selon moi, devait être présentée au registraire, lequel se serait prononcé quant à elle.

[32] Comme les présentes conclusions sont déterminantes quant à l'issue de la présente requête, je n'ai pas à examiner si l'alinéa 22i) constitue un motif d'opposition pertinent en vertu du paragraphe 38(2) de la Loi. Une ordonnance sera rendue en conséquence.

A-62-06
2007 FCA 258

A-62-06
2007 CAF 258

Remo Imports Ltd. (Appellant)

Remo Imports Ltd. (appelante)

v.

c.

Jaguar Cars Limited and Ford Motor Company of Canada, Limited/Ford du Canada Limitée carrying on business as Jaguar Canada (Respondents)

Jaguar Cars Limited et Ford Motor Company of Canada, Limited/Ford du Canada Limitée exploitant une entreprise sous la raison sociale Jaguar Canada (intimées)

INDEXED AS: REMO IMPORTS LTD. v. JAGUAR CARS LTD. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : REMO IMPORTS LTD. c. JAGUAR CARS LTD. (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Trudel JJ.A.—Montréal, June 26, 27 and 28; Ottawa, July 18, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Trudel, J.C.A.—Montréal, 26, 27 et 28 juin; Ottawa, 18 juillet 2007.

Trade-marks — Infringement — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision dismissing action for infringement of appellant's trade-mark "Jaguar" for use in association with baggage, tote bags, schoolbags, handbags, allowing counterclaim for declaration of invalidity, expungement — On appeal appellant alleging no confusion between its, respondent's wares as operating in different markets — Respondents' trade-marks "Jaguar" for use in association with automobiles, luggage wares, other related accessories famous by 1980, still famous today — Likelihood of confusion between parties' similar wares — That operating in different markets insufficient to overrule finding of likelihood of confusion — Trial Judge improperly adding to Trade-marks Act, s. 18 two grounds of invalidity: depreciation of value of goodwill, deception of public — Appellant infringing respondents' trade-mark — Appeal allowed in part, cross-appeal allowed.

Marques de commerce — Contrefaçon — Appel et appel incident d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de la marque de commerce « Jaguar » de l'appelante en liaison avec des bagages, fourre-tout, sacs d'école et sacs à main et a fait droit à la demande reconventionnelle des intimées en vue d'obtenir l'invalidité et la radiation de la dite marque — Dans le cadre de l'appel, l'appelante a soutenu qu'il n'y avait pas de confusion entre ses marchandises et celles des intimées étant donné que les parties exercent leurs activités dans des marchés différents — Les marques de commerce « Jaguar » des intimées étaient devenues célèbres en liaison avec des automobiles, des articles de bagage et d'autres accessoires connexes en 1980 et elles le sont encore aujourd'hui — Il existe une probabilité de confusion entre les marchandises semblables des parties — Le fait que les parties exercent leurs activités dans des marchés différents ne suffit pas pour infirmer la conclusion quant à l'existence d'une probabilité de confusion — Le juge de première instance a interpolé à l'art. 18 de la Loi sur les marques de commerce deux motifs d'invalidité, soit la diminution de la valeur de l'achalandage et le fait de tromper le public — L'appelante a contrefait la marque de commerce des intimées — Appel accueilli en partie, appel incident accueilli.

Trade-marks — Expungement — Respondents seeking expungement of appellant's trade-mark "Jaguar" for use in association with luggage wares — Trial Judge erred in expunging appellant's trade-mark based on prior use when five-year limitation period in Trade-marks Act, s. 17(2) expired — Also erred in expunging registration of appellant's trade-mark on basis calculated to deceive, mislead public — But as likelihood of confusion between appellant's trade-mark, wares and those of respondents since 1991,

Marques de commerce — Radiation — Les intimées réclamaient la radiation de la marque de commerce « Jaguar » de l'appelante en liaison avec des bagages — Le juge de première instance a commis une erreur en radiant la marque de commerce de l'appelante pour usage antérieur alors que le délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. 17(2) de la Loi sur les marques de commerce était expiré — Il a aussi commis une erreur en radiant l'enregistrement de la marque de commerce de l'appelante au motif qu'elle visait à

registration of appellant's mark invalid, should be expunged.

Damages — Compensatory — Respondents claiming use of appellant's mark causing damages resulting from depreciation of goodwill in trade-mark "Jaguar" for use in association with automobiles — Link, mental association in consumer's mind between appellant's display, respondents' famous trade-marks "Jaguar" necessary to establish depreciation of goodwill — Evidence of at least likelihood of depreciation required — Burden of proving depreciation not met by respondents — Likelihood of depreciation could not be inferred — As appellant had valid registration not liable for damages prior to expungement — Respondents entitled to damages, profits for infringement of trade-mark "Jaguar" only from date of trial Judge's decision.

This was an appeal and a cross-appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's action for infringement of its trade-mark and allowing the respondents' counterclaim. The trial Judge declared invalid the appellant's registered trade-mark No. 263924 and expunged it from the registry, and declared valid the respondents' registration Nos. 378643 and 378644. He found that the respondents' trade-marks "Jaguar" for use in association with automobiles, luggage wares and other related accessories had become famous by 1980 and still are today. At the oral hearing, the appellant contended that there is no confusion between its wares, consisting of baggage, tote bags, handbags and schoolbags and all the luggage wares of the respondents because the parties operate in different markets. The issues were: (1) whether the respondents' trade-marks "Jaguar" for automobiles, luggage wares and other related accessories were famous by 1980, and were still famous in 1990 when the appellant brought its action and still are today; (2) whether the trial Judge erred in imposing upon the appellant the burden of proving that there is no likelihood of confusion and applied the wrong test to the issue of confusion; (3) whether the trial Judge improperly added to section 18 of the *Trade-marks Act* two grounds of invalidity, depreciation of the value of the goodwill and deception of the public, not recognized as such by Parliament; (4) whether the trial Judge erred in expunging the appellant's trade-mark based on a prior use when the limitation period contained in subsection 17(2) of the Act had run; and (5) whether the trial Judge erred in dismissing the respondents' claim for damages.

tromper le public et à l'induire en erreur — Mais comme il existe une probabilité de confusion entre la marque de commerce et les marchandises de l'appelante et celles des intimées depuis 1991, l'enregistrement de la marque de l'appelante était invalide et devait être radié.

Dommages-intérêts — Compensatoires — Les intimées soutenaient que la marque de l'appelante leur a causé des dommages-intérêts découlant de la diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux marques « Jaguar » se rapportant à des automobiles — Il doit exister un lien, une connexion ou une association dans l'esprit du consommateur entre la marque affichée par l'appelante et les marques de commerce célèbres « Jaguar » des intimées pour qu'on puisse conclure à la dépréciation de l'achalandage — Il faut faire la preuve à tout le moins d'une probabilité de diminution de la valeur — Les intimées ne se sont pas déchargées du fardeau qui leur incombait de démontrer la diminution de la valeur — On ne pouvait inférer qu'il existait une probabilité de diminution de la valeur — Comme l'appelante détenait un enregistrement valide, elle n'était pas passible de dommages-intérêts avant la radiation — Les intimées avaient droit à des dommages-intérêts ou aux profits provenant de la contrefaçon de la marque de commerce « Jaguar » uniquement à compter de la date de la décision du juge de première instance.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident interjetés à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de la marque de commerce de l'appelante et fait droit à la demande reconventionnelle des intimées. Le juge de première instance a déclaré invalide la marque de commerce déposée n° 263924 de l'appelante et l'a radiée du registre et il a déclaré valides les enregistrements n°s 378643 et 378644 des intimées. Il a conclu que les marques de commerce « Jaguar » des intimées en liaison avec des automobiles, des articles de bagage et d'autres accessoires connexes étaient devenues célèbres en 1980 et qu'elles le sont encore aujourd'hui. À l'audience, l'appelante a soutenu qu'il n'y a pas de confusion entre ses marchandises, à savoir ses bagages, fourre-tout, sacs d'école et sacs à main, et tous les articles de bagage des intimées parce que les parties exercent leurs activités dans des marchés différents. Les questions litigieuses étaient de savoir si : 1) les marques de commerce « Jaguar » des intimées en liaison avec des automobiles, des articles de bagage et d'autres accessoires connexes étaient devenues célèbres en 1980, si elles étaient encore célèbres en 1990 lorsque l'appelante a intenté son action et si elles le sont encore aujourd'hui; 2) le juge de première instance a commis une erreur en obligeant l'appelante à établir qu'il n'y a aucune probabilité de confusion et en appliquant le mauvais critère à la question de la confusion; 3) le juge de première instance a interpolé à l'article 18 de la *Loi sur les marques de commerce* deux motifs d'invalidité, soit la diminution de la valeur de l'achalandage et le fait de tromper le public, qui ne sont pas reconnus comme tels par le législateur; 4) le juge de première

Held, the appeal should be allowed in part and the cross-appeal should be allowed.

(1) There was ample and cogent evidence in the agreed statements of fact and the evidence adduced by the respondents to support the trial Judge's conclusion that the respondents' trade-marks had become famous for automobiles and luggage wares by 1980, and still are today.

(2) The respondents were seeking the expungement of the appellant's registered mark and the burden of proving likelihood of confusion was on them. The statements of the trial Judge referring to a possibility of confusion now indicated a misconception or misapprehension of the test for confusion. However, there were facts on the record which could have led the trial Judge to conclude that there was evidence of at least likelihood of confusion, if not actual confusion. The appellant admitted at trial confusion with some of the wares of the respondents. Given this admission, the trial Judge was entitled to conclude that there would be a likelihood of confusion after having concluded that the respondents' trade-marks were famous and extended to the impugned wares. On appeal, the appellant changed its argument, contending that there was no confusion as the parties operate in different markets. The fact that the parties operate in different markets is not sufficient to overrule the trial Judge's finding that there was a likelihood of confusion. Nothing in the terms of either party's registration confines that party to operation in a particular market, and the likelihood of confusion therefore remains. The question of confusion is a question of mixed fact and law with a large factual component. On a question of mixed fact and law, the Court was entitled to rely on the facts adopted by the appellant in advancing its argument that the respondents' use of the "Jaguar" mark was confusing with the appellant's registered marks with respect to all wares.

(3) Subsection 18(1) of the *Trade-marks Act* enumerates four grounds of invalidity of a registered trade-mark. Depreciation of the value of the goodwill and deception of the public in the context of the tort of passing off one's goods as those of another are not grounds of invalidity under section

instance a commis une erreur en radiant la marque de commerce de l'appelante pour usage antérieur alors que le délai de prescription prévu au paragraphe 17(2) de la Loi était expiré; et 5) le juge de première instance a commis une erreur en rejetant la demande de dommages-intérêts des intimées.

Arrêt : l'appel doit être accueilli en partie et l'appel incident doit être accueilli.

1) Il y avait amplement d'éléments de preuve solides dans l'exposé conjoint des faits et dans la preuve présentée par les intimées pour justifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle les marques de commerce des intimées en liaison avec des automobiles et des articles de bagage étaient devenues célèbres en 1980, et le sont encore aujourd'hui.

2) Les intimées réclamaient la radiation de la marque déposée de l'appelante et il leur incombait de faire la preuve de la probabilité de confusion. Les énoncés du juge de première instance faisant état d'une possibilité de confusion témoignaient d'une conception ou d'une compréhension erronées du critère de la confusion. Cependant, le dossier renfermait des faits qui étaient susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure qu'il existait des éléments de preuve tendant à démontrer l'existence à tout le moins d'une probabilité de confusion, sinon de confusion effective. L'appelante a admis au procès qu'il existait de la confusion avec certaines des marchandises des intimées. Vu cette admission, le juge de première instance était en droit de conclure qu'il y aurait une probabilité de confusion après avoir conclu que les marques de commerce des intimées étaient célèbres et qu'elles s'étendaient aux marchandises attaquées. Dans le cadre de l'appel, l'appelante a modifié ses prétentions, soutenant qu'il n'y avait pas de confusion étant donné que les parties exercent leurs activités dans des marchés différents. Le fait que les parties exercent leurs activités dans des marchés différents ne suffit pas pour infirmer la conclusion du juge de première instance quant à l'existence d'une probabilité de confusion. Il n'y avait rien dans le libellé de l'enregistrement de l'une ou l'autre partie qui obligeait cette partie à exercer ses activités exclusivement dans un marché déterminé, de sorte que la probabilité de confusion demeure. La confusion est une question mixte de fait et de droit qui comporte une importante composante factuelle. Dans le cas d'une question mixte de fait et de droit, la Cour était en droit de s'en remettre aux faits retenus par l'appelante pour faire valoir que l'emploi par les intimées de la marque « Jaguar » créait de la confusion avec les marques déposées de l'appelante pour ce qui est de toutes les marchandises.

3) Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les marques de commerce* énumère quatre situations ouvrant droit à l'invalidation d'une marque de commerce déposée. La diminution de la valeur de l'achalandage et le fait de tromper le public dans le contexte du délit consistant à faire passer

18. In the context of his analysis of the factors of depreciation of the goodwill attached to the respondents' trade-marks under section 22 of the Act and on the basis of the evidence before him, the trial Judge could not conclude, as he did, that the appellant's registration of its trade-mark was "invalid and vulnerable to expungement" because it was calculated to deceive and mislead the public.

(4) Section 17 of the *Trade-marks Act* allows for the expungement of the registration of a trade-mark on the ground of prior use by a person other than the applicant for that registration. However, subsection 17(2) denies the right to an expungement when the proceedings are commenced after the expiration of five years from the date of the registration of the trade-mark. In view of his finding that the appellant and the respondents did not know of the existence of each other at the outset of the proceedings, the trial Judge erred in ordering the expungement of the registration of the appellant's trade-mark on the basis of prior use.

(5) The trial Judge found pursuant to section 22 of the *Trade-marks Act* that use of the appellant's mark in association with luggage wares is likely to depreciate the value of the goodwill attaching to Jaguar Cars Limited's registrations for "Jaguar" marks for automobiles. While depreciation of the value of the goodwill attaching to a mark may exist in the absence of confusion, there must be a link, connection or mental association in the consumer's mind between the appellant's display and the respondents' famous trade-marks "Jaguar" in order that depreciation of the latter be found. Depreciation is not to be presumed; evidence of at least a likelihood of depreciation is required. While the appellant's claim of confusion may be sufficient to ground a finding that there was a linkage between the parties' marks in the mind of the somewhat hurried consumer, there was still not enough evidence on the record to establish a likelihood of depreciation of the respondents' "Jaguar" mark for cars. A likelihood of depreciation cannot be established on the mere basis of the unequal quality or price of the parties' goods. The respondents did not meet their burden of proving depreciation and a likelihood of depreciation could not be inferred from the record. As for the damages for the past, the appellant had a valid registration until found invalid and expunged by the trial Judge in 2006. There were no misrepresentations made by the appellant at the time of registration. The respondents were entitled to damages or profits for infringement, but only as of January 16, 2006, the date of the Federal Court decision. A reference should be made to the Federal Court to determine the extent of the infringement since January 16, 2006, and the damages or profits flowing from that infringement. The trial Judge did not

ses marchandises pour celles de quelqu'un d'autre ne constituent pas des motifs d'invalidité reconnus par l'article 18. Vu le contexte dans lequel il a analysé les facteurs de la diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux marques de commerce des intimées au sens de l'article 22 de la Loi et compte tenu des éléments de preuve dont il disposait, le juge de première instance ne pouvait conclure, comme il l'a fait, que l'enregistrement par l'appelante de sa marque de commerce était « invalide et susceptible de radiation » parce qu'il visait à tromper le public et l'induire en erreur.

4) L'article 17 de la *Loi sur les marques de commerce* permet la radiation de l'enregistrement d'une marque de commerce du fait qu'une personne autre que l'auteur de la demande d'enregistrement a antérieurement employé la marque. Toutefois, le paragraphe 17(2) prévoit que le droit à la radiation s'éteint si l'instance a été introduite après l'expiration de cinq ans à compter de la date de l'enregistrement de la marque de commerce. Vu sa conclusion selon laquelle l'appelante et les intimées ignoraient l'existence l'une de l'autre lors de l'introduction de l'instance, le juge de première instance a commis une erreur en ordonnant la radiation de l'enregistrement de la marque de commerce de l'appelante sur le fondement de l'emploi antérieur.

5) Le juge de première instance a conclu, en vertu de l'article 22 de la *Loi sur les marques de commerce*, que l'emploi de la marque de l'appelante en liaison avec des articles de bagage était susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux enregistrements de Jaguar Cars Limited relativement aux marques « Jaguar » se rapportant à des automobiles. Bien qu'il puisse y avoir diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque même en l'absence de confusion, il doit exister un lien, une connexion ou une association dans l'esprit du consommateur entre la marque affichée par l'appelante et les marques de commerce célèbres « Jaguar » des intimées pour qu'on puisse conclure à la dépréciation de ces dernières. La diminution de la valeur ne se présume pas; il faut faire la preuve à tout le moins d'une probabilité de diminution de la valeur. Bien que la prétention de confusion de l'appelante puisse être suffisante pour justifier une conclusion suivant laquelle il existe un lien entre les marques des parties dans l'esprit du consommateur quelque peu pressé, le dossier ne renfermait toujours pas d'éléments de preuve suffisamment solides pour démontrer que la marque « Jaguar » employée par les intimées relativement à des voitures était susceptible de subir une diminution de valeur. La probabilité d'une diminution de la valeur ne peut être établie sur le seul fondement d'une inégalité en ce qui concerne la qualité ou le prix des marchandises des parties. Les intimées ne se sont pas déchargées du fardeau qui leur incombait de démontrer la diminution de la valeur et on ne pouvait inférer du dossier qu'il existait une probabilité de diminution de la valeur. Pour ce qui est des dommages-intérêts pour le passé, l'appelante détenait un enregistrement valide jusqu'à ce que celui-ci soit

err in concluding that the appellant should not be made liable for damages in the past.

invalidé et radié par le juge de première instance en 2006. L'appelante n'a pas fait de fausses déclarations au moment de l'enregistrement. Les intimées avaient droit à des dommages-intérêts ou aux profits provenant de la contrefaçon, mais uniquement à compter du 16 janvier 2006, la date du jugement de la Cour fédérale. Il devrait y avoir un renvoi à la Cour fédérale pour qu'elle détermine l'étendue de la contrefaçon depuis le 16 janvier 2006, ainsi que les dommages-intérêts ou les profits imputables à cette contrefaçon. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que l'appelante ne devait pas être passible de dommages-intérêts pour le passé.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 37 (as am. *idem*, s. 37).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 153 *et seq.*
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 480.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).
Trade Mark and Design Act, R.S.C. 1906, c. 71, s. 11.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 7(b),(c), 17, 18, 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 20 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196), 22.
Unfair Competition Act, 1932 (The), S.C. 1932, c. 38, s. 2(m).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée, [2006] 1 S.C.R. 824; (2006), 270 D.L.R. (4th) 1; 49 C.P.R. (4th) 401; 349 N.R. 111; 2006 SCC 23.

DISTINGUISHED:

Advance Magazine Publishers Inc. v. Masco Building Products Corp. (1999), 86 C.P.R. (3d) 207; 162 F.T.R. 232 (F.C.T.D.); *Sport Maska Inc. v. Zitrer*, [1988] 1 S.C.R. 564; (1988), 13 Q.A.C. 241; 38 B.L.R. 221; 83 N.R. 232; *Williamson Candy Co. v. W.J. Crothers Co.*, [1924] Ex. C.R. 183; *Marchands Ro-Na Inc. v. Tefal S.A.* (1980), 59 C.P.R. (2d) 139 (F.C.T.D.); *W.J. Hughes & Sons "Corn Flower" Ltd. v. Morawiec* (1970), 62 C.P.R. 21 (Ex. Ct.); *Unitel Communications Inc. v. Bell Canada* (1995), 61 C.P.R. (3d) 12; 92 F.T.R. 161 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Marchand Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy) (2006), 28 C.B.R. (5th) 5; 357 N.R. 344;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi des marques de commerce et dessins de fabrique, S.R.C. 1906, ch. 71, art. 11.
Loi sur la concurrence déloyale, 1932, S.C. 1932, ch. 38, art. 2m).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 37 (mod., *idem*, art. 37).
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 7b), c), 17, 18, 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60), 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196), 22.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règle 480.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 153 *et seq.*
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée, [2006] 1 R.C.S. 824; 2006 CSC 23.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Advance Magazine Publishers Inc. c. Masco Building Products Corp., [1999] A.C.F. n° 115 (1^{re} inst.) (QL); *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, [1988] 1 R.C.S. 564; *Williamson Candy Co. v. W.J. Crothers Co.*, [1924] R.C.É. 183; *Marchands Ro-Na Inc. c. Tefal S.A.*, [1980] A.C.F. n° 115 (1^{re} inst.) (QL); *W.J. Hughes & Sons "Corn Flower" Ltd. v. Morawiec* (1970), 62 C.P.R. 21 (C. de l'É.); *Unitel Communications Inc. c. Bell Canada*, [1995] A.C.F. n° 613 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Marchand Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites), 2006 CAF 368; *Kioroglo c. Canada (Ministre*

2006 FCA 368; *Kioroglo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 86 F.T.R. 87 (F.C.T.D.); *Mishak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 173 F.T.R. 144 (F.C.T.D.); *Lanlehin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 207 (C.A.) (QL); *Parke, Davis & Co. Ltd. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 399; (1963), 38 D.L.R. (2d) 694; 41 C.P.R. 121; *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873 (H.L.); *Jonathan, Boutiques Pour Hommes Inc. v. Jay-Gur International Inc.* (2003), 23 C.P.R. (4th) 492; 2003 FCT 106; *Molson Canada v. Oland Breweries Ltd.* (2002), 59 O.R. (3d) 607; 214 D.L.R. (4th) 473; 19 C.P.R. (4th) 201; 159 O.A.C. 396 (C.A.).

REFERRED TO:

Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd. (2006), 358 N.R. 149; 2006 FCA 416; *Dow Agrosciences Canada Inc. v. Philom Bios Inc.* (2007), 57 C.P.R. (4th) 369; 2007 ABCA 122; *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 F.C. 15; (2000), 194 D.L.R. (4th) 491; 9 C.P.R. (4th) 297; 264 N.R. 158 (F.C.A.); *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772; (2006), 268 D.L.R. (4th) 424; 53 Admin. L.R. (4th) 1; 49 C.P.R. (4th) 321; 348 N.R. 340; 2006 SCC 22; affg (2005), 38 C.P.R. (4th) 214; 329 N.R. 259; 2005 FCA 13; *Anheuser-Busch, Inc. v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 433; 68 N.R. 226; *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 F.C. 3; (1975), 25 C.P.R. (2d) 126; 11 N.R. 560 (C.A.); *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.*, [1992] 3 S.C.R. 120; (1992), 95 D.L.R. (4th) 385; 44 C.P.R. (3d) 289; 143 N.R. 241; 58 O.A.C. 321; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302; (2005), 259 D.L.R. (4th) 577; 43 C.P.R. (4th) 385; 341 N.R. 234; 2005 SCC 65; *Chemicals Inc. and Overseas Commodities Ltd. v. Shanahan's Ltd.* (1951), 15 C.P.R. 1 (B.C.C.A.).

AUTHORS CITED

Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition, 4th ed. Toronto: Carswell, 2002.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Federal Court decision ((2006), 47 C.P.R. (4th) 1; 285 F.T.R. 168; 2006 FC 21) dismissing the appellant's action for infringement and allowing the respondents' counterclaim. Appeal allowed in part, cross-appeal allowed.

APPEARANCES:

Richard S. Uditsky and *Barry Gamache* for appellant.

de la Citoyenneté et de l'Immigration, [1994] A.C.F. n° 1606 (1^{re} inst.) (QL); *Mishak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1242 (1^{re} inst.) (QL); *Lanlehin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 207 (C.A.) (QL); *Parke, Davis & Co. Ltd. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] R.C.É. 399; (1963), 38 D.L.R. (2d) 694; 41 C.P.R. 121; *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873 (H.L.); *Jonathan, Boutiques Pour Hommes Inc. c. Jay-Gur International Inc.*, 2003 CFPI 106; *Molson Canada v. Oland Breweries Ltd.* (2002), 59 O.R. (3d) 607; 214 D.L.R. (4th) 473; 19 C.P.R. (4th) 201; 159 O.A.C. 396 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Remo Imports Ltd. c. Jaguar Card Ltd., 2006 CAF 416; *Dow Agrosciences Canada Inc. v. Philom Bios Inc.* (2007), 57 C.P.R. (4th) 369; 2007 ABCA 122; *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha c. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 C.F. 15 (C.A.F.); *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772; 2006 CSC 22; conf. 2005 CAF 13; *Anheuser-Busch, Inc. c. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, [1986] A.C.F. n° 445 (C.A.) (QL); *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 C.F. 3 (C.A.); *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302; 2005 CSC 65; *Chemicals Inc. and Overseas Commodities Ltd. v. Shanahan's Ltd.* (1951), 15 C.P.R. 1 (C.A. C.-B.).

DOCTRINE CITÉE

Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition, 4^e éd. Toronto : Carswell, 2002.

APPEL et APPEL INCIDENT interjetés à l'encontre d'une décision (2006 CF 21) par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de l'appelante et fait droit à la demande reconventionnelle des intimées. Appel accueilli en partie, appel incident accueilli.

ONT COMPARU :

Richard S. Uditsky et *Barry Gamache* pour l'appelante.

J. Douglas Wilson and Pauline Bosman for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

McMillan Binch Mendelsohn LLP., Montréal, and Léger Robic Richard LLP, Montréal, for appellant.

Ridout & Maybee LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: These proceedings involve an appeal and a cross-appeal against a decision ((2006), 47 C.P.R. (4th)) of Shore J. of the Federal Court of Canada (Judge).

[2] By his decision, the Judge dismissed the appellant's action for infringement and allowed the respondents' counterclaim. He declared invalid the appellant's registered trade-mark No. 263924 and expunged it from the registry. He declared valid the respondents' registration Nos. 378643 and 378644, including the following wares objected to by the appellant: driving licence cases, wallet cases, business card holders, belts, credit card holders, key cases, address books, note books, passport holders, beauty cases, document cases and pocket wallets.

[3] In addition, the Judge issued an injunction restraining and permanently enjoining the appellant from, broadly stated, using the trade-mark "Jaguar" and a Leaping Jaguar design, selling and advertising products using the above trade-mark or design and passing off its wares for those of the respondents. An order also issued for the destruction of all products in the possession or within the power or control of the appellant which bear a trade-name, design or trade-mark which is contrary to the injunction granted.

[4] Finally, the Judge dismissed the respondents' claim for damages. This part of the Judge's decision is the subject of the respondents' cross-appeal.

J. Douglas Wilson et Pauline Bosman pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McMillan Binch Mendelsohn S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, et Léger Robic Richard S.E.N.C.R.L., Montréal, pour l'appelante.

Ridout & Maybee LLP, Toronto, pour les intimées.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : La présente instance concerne un appel et un appel incident interjetés d'une décision (2006 CF 21) rendue par le juge Shore de la Cour fédérale du Canada (le juge).

[2] Par sa décision, le juge a rejeté l'action en contrefaçon de l'appelante et fait droit à la demande reconventionnelle des intimées. Il a déclaré invalide la marque de commerce déposée n° 263924 de l'appelante et l'a radiée du registre. Il a déclaré valides les enregistrements n°s 378643 et 378644 des intimées, y compris les marchandises suivantes faisant l'objet d'une opposition de la part de l'appelante : étuis pour permis de conduire, étuis pour portefeuilles, étuis pour cartes d'affaires, ceintures, étuis pour cartes de crédit, étuis à clés, carnets d'adresses, carnets de notes, étuis pour passeports, étuis de beauté, étuis à documents et portefeuilles de poche.

[3] De plus, le juge a accordé une injonction permanente interdisant de façon générale à l'appelante d'employer la marque de commerce « Jaguar » ou le dessin d'un jaguar bondissant, de vendre et d'annoncer des produits utilisant la marque de commerce ou le dessin en question et de faire passer ses marchandises pour celles des intimées. Le juge a également ordonné la destruction de tous les produits se trouvant en la possession ou sous le contrôle de l'appelante et qui portaient une marque de commerce, un nom commercial ou une raison sociale en contravention de l'injonction.

[4] Enfin, le juge a rejeté la demande de dommages-intérêts des intimées. Cette partie de la décision du juge fait l'objet de l'appel incident des intimées.

[5] The appellant initially asked this Court to reverse the Judge's decision, declare its trade-mark valid and amend the respondents' trade-marks so as to delete from the description of the wares those to which the appellant objected. It also sought a declaration of infringement of its trade-mark by the respondents, the expungement of the respondents' trade-marks and the issuance of a permanent injunction requiring the respondents to cease to infringe the appellant's trade-mark.

[6] There are other conclusions sought by the appellant such as damages. However, it is not necessary to detail them for the purpose of this appeal.

[7] What was after all a simple matter has been rendered unduly and unnecessarily complex by the litigants. The 143-page judgment of the Federal Court, with an unfortunate use of loose language, did nothing to improve the situation.

[8] The appeal process has not been spared either. Orders of this Court were necessary to keep the parties within the boundaries of reason and enforce compliance with the *Federal Courts Rules* [SOR/98-1061, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (Rules): see the orders of Sexton J.A., dated August 9, 2006, Décary J.A. dated September 5, 2006, Noël J.A. dated November 9, 2006 and Létourneau J.A. dated December 20, 2006 [(2006), 358 N.R. 149 (F.C.A.)].

[9] Yet the amended notice of appeal filed by the appellant contains no less than 49 pages. In *Marchand Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)* (2006), 28 C.B.R. (5th) 5, this Court reasserted the role and purpose of the notice of appeal. At paragraph 14, I wrote for the Court:

... section 337 [of the Rules] indeed provides that the notice of appeal must set out a complete and concise statement of the grounds intended to be argued. These are the grounds normally elaborated in the memorandum of fact and law. The appellants' notice of appeal is twenty (20) pages long and reflects everything but the complete, concise, and precise grounds of appeal. It is in fact a veiled, deficient memorandum of fact and law.

[5] L'appelante a d'abord demandé à la Cour d'infirmier la décision du juge, de déclarer sa marque de commerce valide et de modifier les marques de commerce des intimées de manière à supprimer de la description des marchandises celles auxquelles l'appelante s'opposait. Elle a aussi réclamé un jugement déclarant que les intimées ont contrefait sa marque de commerce, radiant les marques de commerce des intimées et accordant une injonction permanente obligeant les intimées à cesser de contrefaire la marque de commerce de l'appelante.

[6] L'appelante conclut à d'autres réparations, notamment des dommages-intérêts. Il n'est toutefois pas nécessaire d'exposer ces réparations en détail dans le cadre du présent appel.

[7] Les parties ont inutilement et indûment rendu complexe une affaire qui était, à l'origine, simple. Le jugement de 143 pages de la Cour fédérale, avec son emploi regrettable de termes vagues, n'a rien fait pour améliorer la situation.

[8] Le déroulement de l'appel a lui aussi été laborieux. La Cour a dû rendre des ordonnances pour forcer les parties à respecter les limites du raisonnable et pour les obliger à se conformer aux *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles) : voir les ordonnances rendues par le juge Sexton le 9 août 2006, par le juge Décary le 5 septembre 2006, par le juge Noël le 9 novembre 2006, et par le juge Létourneau le 20 décembre 2006 [2006 CAF 416].

[9] Et pourtant, l'avis d'appel modifié que l'appelante a déposé ne compte pas moins de 49 pages. Dans l'arrêt *Marchand Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites)*, 2006 CAF 368, la Cour a réaffirmé le rôle et l'objet de l'avis d'appel. Voici ce que j'ai écrit au paragraphe 14, au nom de la Cour :

[...] la Règle 337 stipule bien que l'avis d'appel doit contenir un énoncé complet et concis des motifs qui seront invoqués. Ce sont ces motifs que normalement développe le Mémoire des faits et du droit. L'avis d'appel des appelants coure sur vingt (20) pages et reflète tout, sauf la concision, la précision et l'intégralité des motifs d'appel. Il est en fait un Mémoire déguisé imparfait des faits et du droit.

As will be seen below, the above statement is even truer in this case.

[10] Three days before the hearing of the appeal, the appellant, by letter addressed to the Registry of the Court, abandoned its claim of infringement against the respondents as well as its demand for the expungement of the respondents' trade-marks.

[11] On the first morning of the hearing, another counsel for the appellant, who had been recently added to the record, made submissions to the Court. He argued that the Judge made five errors of law which warrant the reversal of his decision. Some of these alleged errors were not addressed in the memorandum of fact and law or the amended notice of appeal. Others were barely alluded to or cast in such broad terms in the written material that one would be hard pressed to recognize the development made of these errors at the hearing. As a result, the appeal took a different turn and we expressed our concern that it had become an appeal by ambush.

[12] The respondents object to this Court entertaining any issue raised for the first time on appeal. They invoke, in support of their objection, the Federal Court decisions in *Kioroglo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 86 F.T.R. 87 (F.C.T.D.) and *Mishak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 173 F.T.R. 144 (F.C.T.D.) in which the Federal Court quoted the following statement from our colleague Décary J.A. in *Lanlehin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 207 (C.A.) [at paragraph 1]:

This case raises disturbing questions as to the validity of the decision of the Refugee Division, and specifically as to the participation of one of the two members in the reasons for the decision. These questions were not, however, raised by the appellant in his memorandum, and it may be that, had the respondent known in time, she would have been able to explain the contradictions that are apparent on the record. At this point, we cannot assume that the decision is invalid and we are of the opinion, in the circumstances, that the appeal should be dismissed.

In the *Kioroglo* case, counsel for the applicants sought to introduce at the hearing a ground which did not

Comme on le verra plus loin, cet énoncé est encore plus vrai en l'espèce.

[10] Trois jours avant l'instruction de l'appel, l'appelante a informé par lettre le greffe de la Cour qu'elle se désistait de son action en contrefaçon contre les intimées ainsi que de sa demande de radiation des marques de commerce des intimées.

[11] Le matin du premier jour de l'audience, un autre avocat de l'appelante, qui venait d'être ajouté au dossier, a formulé des observations devant la Cour. Il a soutenu que le juge avait commis cinq erreurs de droit qui justifiaient l'infirmité de sa décision. Certaines de ces présumées erreurs n'avaient pas été traitées dans le mémoire des faits et du droit ou dans l'avis d'appel modifié. D'autres avaient à peine été évoquées ou encore formulées en des termes tellement vagues dans les conclusions écrites qu'il serait difficile d'y déceler l'ampleur qui leur fut donnée à l'audience. L'appel a par conséquent pris une tournure différente et nous avons exprimé notre crainte qu'il ne soit devenu un piège tendu à la partie adverse.

[12] Les intimées s'opposent à ce que la Cour statue sur toute question soulevée pour la première fois en appel. Elles invoquent, à l'appui de leur objection, les décisions *Kioroglo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1606 (1^{re} inst.) (QL), et *Mishak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1242 (1^{re} inst.) (QL), dans lesquelles la Cour fédérale a cité les propos suivants tenus par notre collègue le juge Décary dans l'arrêt *Lanlehin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 207 (C.A.) (QL) [au paragraphe 1] :

Ce dossier soulève des questions troublantes quant à la validité de la décision rendue par la Section du statut, notamment, quant à la participation de l'un des deux membres aux motifs de la décision. Ces questions n'avaient toutefois pas été soulevées par l'appelant dans son mémoire et il se peut que l'intimée, l'eût-elle su en temps utile, aurait été en mesure d'expliquer les contradictions qui apparaissent au dossier. À ce stade, il ne nous est pas possible de supposer l'invalidité de la décision et nous sommes d'avis, dans les circonstances, de rejeter l'appel.

Dans l'affaire *Kioroglo*, l'avocat des demandeurs avait cherché à introduire un nouveau moyen qui ne figurait

appear in the application for judicial review while in the *Mishak* case, the applicants wanted to argue an issue that was not in their memorandum of fact and law. In both cases, the respondent's objection was maintained by the Federal Court.

[13] The respondents have every right to complain. As a general rule, for obvious reasons, our Court will not hear grounds of appeal that were not raised in the notice of appeal or the memorandum of fact and law. While exceptions relating, for example, to jurisdictional issues may be admitted, this is not the case here.

[14] Not knowing the position that our Court would take on their objection, the respondents have argued the merits of each of the five alleged errors. I believe that it is necessary to identify these errors so that future litigants intending to rely on the Federal Court's decision can be aware of them and of their treatment by this Court.

[15] The appellant contends that the judge:

(a) erred in imposing on the appellant the burden of proving a likelihood of confusion and then proceeded to apply the wrong test when determining whether confusion or likelihood of confusion existed;

(b) erroneously expunged the appellant's trade-mark on the basis of two grounds, namely deception and depreciation, which are not grounds of invalidity under section 18 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 as amended (Act);

(c) erroneously expunged the appellant's trade-mark on the basis of a prior use when the limitation period contained in subsection 17(2) of the Act had run;

(d) erroneously expunged the appellant's trade-mark on the basis that the trade-mark was invalid because it was not registrable on account of confusion (paragraph 18(1)(a)) and also invalid because it was not distinctive from the wares of the respondents (paragraph 18(1)(b)); and

(e) granted an injunction against the appellant when there were no valid grounds for issuing it.

pas dans la demande de contrôle judiciaire, alors que dans l'affaire *Mishak*, les demandeurs voulaient plaider une question qui ne se trouvait pas dans leur mémoire des faits et du droit. Dans les deux cas, la Cour fédérale a retenu l'objection formulée par le défendeur.

[13] Les intimées ont parfaitement le droit de se plaindre. En principe, pour des raisons évidentes, la Cour refuse de statuer sur des moyens d'appel qui n'ont pas été soulevés dans l'avis d'appel ou dans le mémoire des faits et du droit. Bien qu'elle puisse faire exception notamment pour les questions de compétence, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[14] Ignorant le sort que la Cour réservera à leur objection, les intimées ont plaidé au fond sur chacune des cinq erreurs alléguées. J'estime qu'il est nécessaire de préciser ces erreurs de manière à ce que les plaideurs qui, à l'avenir, souhaiteraient se fonder sur la décision de la Cour fédérale puissent les connaître et être au courant de la suite que la Cour d'appel leur a donnée.

[15] L'appelante affirme que le juge :

a) a commis une erreur en obligeant l'appelante à établir la probabilité de confusion et en appliquant ensuite le mauvais critère pour déterminer s'il y avait confusion ou probabilité de confusion;

b) a radié à tort la marque de commerce de l'appelante pour deux motifs, à savoir la tromperie et la diminution de la valeur, qui ne sont pas des motifs d'invalidité prévus à l'article 18 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, modifiée (la Loi);

c) a radié à tort la marque de commerce de l'appelante pour usage antérieur alors que le délai de prescription prévu au paragraphe 17(2) de la Loi était expiré;

d) a radié à tort la marque de commerce de l'appelante au motif que la marque de commerce était invalide car elle n'était pas enregistrable parce qu'elle créait de la confusion (alinéa 18(1)a) et parce qu'elle ne permettait pas de distinguer les marchandises de l'appelante de celles des intimées (alinéa 18(1)b));

e) a accordé sans raison valable une injonction contre l'appelante.

[16] Before I review the submissions of counsel for the appellant, I would like to dispose of the appellant's main ground of appeal relating to the fame of the respondents' trade-marks "Jaguar".

Whether the respondents' trade-marks "Jaguar" for automobiles, luggage wares and other related accessories were famous by 1980, 1990 and still are today

[17] The Judge found that the respondents' trade-marks had become famous for automobiles and luggage wares by 1980. At paragraph 213 of his reasons for judgment he wrote:

The witnesses for Jaguar Cars showed that it is, and has been since at least 1980, a natural brand extension or expansion from luxury cars into Luggage Wares, defined as:

luggage, bags, cases, sacs, tote bags and other wares used to contain or hold smaller wares; attaché cases, briefcases, handbags; school bags; license cases, wallets, cardholders; keyrings, keycases; garment bags, suitcases, flight bags, folios, keyfobs, sports bags; driving license cases, wallet cases, business card holders, belts, credit card holders, passport holders, beauty cases, document cases, pocket wallets; address books, note books, camera bags; knapsacks, carry-ons, travel bags, sport bags, tennis bags, cosmetic bags/pouches, money belts, waist bags, lunch bags, and computer cases.

[18] He also found that the respondents' trade-marks were still famous at the time the appellant brought its action against the respondents in 1991, and still are today.

[19] Upon a sampling review of the extensive record (6,000 exhibits, hundreds of binders, dozens of samples), I am satisfied that there was ample and cogent evidence in the agreed statements of fact and the voluminous evidence adduced by the respondents to support the Judge's conclusion. I see no overriding and palpable error in respect of this issue that would justify or require an intervention on our part.

[16] Avant d'examiner les arguments de l'avocat de l'appelante, je tiens à trancher le principal moyen d'appel invoqué par l'appelante au sujet de la notoriété des marques de commerce « Jaguar » des intimées.

Notoriété des marques de commerce « « Jaguar » » des intimées en liaison avec des automobiles, des articles de bagage et d'autres accessoires connexes en 1980, 1990 et encore aujourd'hui

[17] Le juge a conclu que les marques de commerce des intimées étaient devenues célèbres en liaison avec des automobiles et des articles de bagage en 1980. Voici ce qu'il écrit au paragraphe 213 de ses motifs de jugement :

Les témoins de Jaguar Cars ont montré qu'il y a eu une extension naturelle de la marque de voitures de luxe pour y inclure des articles de bagage, et ce, depuis 1980 au moins. Voici une liste de ces articles :

[TRADUCTION] Bagages, sacs, mallettes, poches, fourre-tout et autres marchandises servant à ranger ou à transporter de petits objets; mallettes à documents, porte-documents, sacs à main; sacs d'école; étuis pour permis, portefeuilles, porte-cartes; anneaux porte-clés, porte-clés; housses à vêtements, valises, sacoches de vol, serviettes, chaînettes pour porte-clés, sacs de sport; étuis pour permis de conduire, étuis pour portefeuille, étuis pour cartes d'affaires, ceintures, étuis pour cartes de crédit, étuis pour passeports, étuis de beauté; étuis à documents, portefeuilles de poche; carnets d'adresses, carnets de notes, sacs à appareil-photo; sacs à dos, bagages de cabine, sacs de voyage, sacs de sport, sacs de tennis, sacs et pochettes à maquillage, ceintures porte-billets, sacoches de ceinture, sacs-repas et sacs pour ordinateur.

[18] Il a également conclu que les marques de commerce des intimées étaient encore bien connues au moment où l'appelante a introduit son action contre les intimées en 1991 et qu'elles le sont encore aujourd'hui.

[19] Après avoir parcouru cet abondant dossier (6 000 pièces, des centaines de classeurs, des dizaines d'échantillons), je suis convaincu qu'il y a amplement d'éléments de preuve solides dans l'exposé conjoint des faits et dans la preuve volumineuse présentée par les intimées pour justifier la conclusion du juge. Je ne constate, sur cette question, aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait ou exigerait notre intervention.

[20] I should add that, as an American appellate judge once said, judges are not ferrets: cited in *Dow Agrosciences Canada Inc. v. Philom Bios Inc.* (2007), 57 C.P.R. (4th) 369 (Alta. C.A.), at paragraph 53. It cannot be expected that appeal judges will embark on a search of the record to find pieces of evidence which could support or particularize broad allegations made by a party to the appeal.

Whether the judge erred in imposing upon the appellant the burden of proving that there is no likelihood of confusion and applied the wrong test to the issue of confusion

1. Alleged error as to the burden of proof

[21] Paragraph 88 of the appellant's memorandum of fact and law is the only basis for the extensive argument developed by the appellant at the hearing. The paragraph reads (appeal book, Vol. 1, at page 129):

It is submitted respectfully that the criteria of section 6(2) of the Act were not proven by the Respondents, which was their onus to do. Accordingly, the Trial Judge erred at paragraph 306 of his Reasons.

[22] The Judge expressed himself in the following terms at paragraph 306 of his reasons for judgment:

When a senior user's mark has become very well known across Canada and/or internationally, it is entitled to a much wider area of general protection beyond the wares in respect of which the mark has been used. In such cases, the burden on the junior user to dispel any likelihood of confusion is particularly difficult to overcome. Remo has not met its heavy burden to dispel likelihood of confusion where the JAGUAR cars' mark was famous at the material dates. [Emphasis added; notes omitted.]

[23] Counsel for the appellant submits that the respondents who were seeking the expungement of the appellant's trade-mark bore the burden of proving a likelihood of confusion. He relies upon a decision of the Exchequer Court of Canada in *Parke, Davis & Co. Ltd. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 399 where

[20] J'ajouterais, pour reprendre l'expression d'un juge d'appel américain, que les juges n'ont pas à jouer au détective (*Dow Agrosciences Canada Inc. v. Philom Bios Inc.* (2007), 57 C.P.R. (4th) 369 (C.A. Alb.), au paragraphe 53). On ne peut pas s'attendre à ce que les juges d'appel se mettent à la recherche d'éléments de preuve susceptibles d'appuyer ou de compléter les allégations générales formulées par une des parties à l'appel.

Le juge a-t-il commis une erreur en obligeant l'appelante à établir qu'il n'y a aucune probabilité de confusion et en appliquant le mauvais critère à la question de la confusion?

1. Erreur alléguée en ce qui concerne le fardeau de la preuve

[21] Le paragraphe 88 du mémoire des faits et du droit de l'appelante est le seul fondement du raisonnement fouillé que l'appelante a développé à l'audience. En voici le texte (dossier d'appel, vol. 1, à la page 129) :

[TRADUCTION] Il est respectueusement allégué que les critères énoncés au paragraphe 6(2) de la Loi n'ont pas été établis par les intimées, alors qu'il leur incombait de le faire. En conséquence, le juge de première instance a commis une erreur au paragraphe 306 de ses motifs.

[22] Voici en quels termes le juge s'est exprimé au paragraphe 306 de ses motifs de jugement :

Lorsque la marque d'un ancien utilisateur est devenue très bien connue partout au Canada et/ou à l'étranger, elle a droit à une protection générale beaucoup plus étendue que celle accordée aux marchandises à l'égard desquelles la marque a été employée. Dans de tels cas, le fardeau qui incombe au nouvel utilisateur pour réfuter toute probabilité de confusion est particulièrement difficile. Remo ne s'est pas acquittée du lourd fardeau qui lui incombait de réfuter la probabilité de confusion au moment où la marque d'automobile « Jaguar » était célèbre aux dates pertinentes. [Non souligné dans l'original; notes omises.]

[23] L'avocat de l'appelante soutient qu'il incombait aux intimées, qui réclamaient la radiation de la marque de commerce de l'appelante, de faire la preuve de la probabilité de confusion. Il invoque la décision *Parke, Davis & Co. Ltd. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] R.C.É. 399, dans laquelle le juge Noël de la Cour de

Noël J. held that the burden to show invalidity rests with the party seeking expungement.

[24] In fairness to the Judge, I should say that each party to the proceedings was seeking the expungement of the other's trade-mark. In these circumstances, it would have been helpful if the Judge had addressed in a comprehensive manner the issue of the burden of proof.

[25] In coming to the conclusion that he did in paragraph 306 of his reasons, the Judge relied upon the decision of the Federal Court in *Advance Magazine Publishers Inc. v. Masco Building Products Corp.* (1999), 86 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.).

[26] This case involved an opposition to the registration of a trade-mark. The burden is, in these instances, on the party seeking registration of a trade-mark to show that there is no likelihood of confusion if the registration is allowed. Here, however, the situation is different. The respondents are seeking the expungement of a registered mark. I agree with the appellant that the burden of proving confusion was on the respondents: see *Parke, Davis & Co. Ltd.*

[27] The appellant also submits that this error of the Judge permeates the other issues. For example, the reasons for judgment are silent on the burden of proof regarding depreciation of the value of the goodwill attached to the respondents' trade-marks. It is not unreasonable, the appellant says, to conclude that the Judge took the same approach to this issue as he did for the issue of confusion.

[28] That the burden of showing depreciation is on the party claiming infringement of its trade-mark has been confirmed by the Supreme Court of Canada in *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 S.C.R. 824 where, at paragraph 15, Binnie J. wrote:

Despite the undoubted fame of the mark, the likelihood of depreciation was for the appellant to prove, not for the respondents to disprove, or for the court to presume.

l'Échiquier du Canada a statué que le fardeau de démontrer l'invalidité incombe à la partie qui demande la radiation.

[24] En toute justice pour le juge, je dois préciser que chacune des parties à l'instance réclamait la radiation de la marque de commerce de l'autre. Dans ces conditions, il aurait été utile que le juge traite globalement de la question du fardeau de la preuve.

[25] Pour arriver à la conclusion qu'il a tirée au paragraphe 306 de ses motifs, le juge s'est fondé sur la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Advance Magazine Publishers Inc. c. Masco Building Products Corp.*, [1999] A.C.F. n° 115 (1^{re} inst.) (QL).

[26] Cette affaire portait sur une opposition à l'enregistrement d'une marque de commerce. En pareil cas, c'est à celui qui demande l'enregistrement de la marque de commerce qu'il incombe de démontrer qu'il n'y a pas de probabilité de confusion si l'enregistrement est accordé. En l'espèce, toutefois, la situation est différente. Les intimées réclament la radiation d'une marque déposée. Je conviens avec l'appelante que c'est aux intimées qu'il incombait de faire la preuve de la confusion (voir *Parke, Davis & Co. Ltd.*).

[27] L'appelante soutient par ailleurs que cette erreur du juge a influencé les autres questions. Ainsi, les motifs du jugement sont muets sur la question du fardeau de la preuve en ce qui concerne la diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux marques de commerce des intimées. Suivant l'appelante, il n'est pas déraisonnable de conclure que le juge a appliqué à cette question le même raisonnement que dans le cas de la question de la confusion.

[28] La Cour suprême du Canada a confirmé que le fardeau de la preuve incombe à la partie qui affirme que sa marque de commerce a été contrefaite. Dans l'arrêt *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 R.C.S. 824, le juge Binnie a écrit, au paragraphe 15 :

Malgré l'indubitable renommée de la marque, il appartenait à l'appelante de prouver la probabilité de dépréciation, et non aux intimées de la réfuter ni au tribunal de la présumer.

[29] I am willing to accept the appellant's submission that if the Judge made the alleged error in relation to confusion, he, in all likelihood, made the same error with respect to depreciation. Counsel for the respondents conceded that this was a reasonable inference to draw and submitted that the opposite inference should be made if we were to find that the Judge made no error with respect to likelihood of confusion.

[30] Counsel for the respondents contends that the impugned statement was made by the Judge in the context of the special difficulty created by a well-known mark when comes the time of rebutting evidence of confusion adduced by the holder of the well-known mark.

[31] There is no doubt that the statement made by the Judge is at best ambiguous. His reference to the *Advance* case would tend to support the narrow and plain reading that the appellant makes of paragraph 306 of the reasons for judgment.

[32] However, in paragraph 258, No. 7(f) of his reasons, where he distinguished the *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 F.C. 15 (C.A.) case from the present instance, the Judge expressly recognized that the burdens in the case of an opposition "differ significantly from the causes of action and expungement bases at play in this case." He was aware of the fact that the burden of proof was different in matters of expungement.

[33] Furthermore, the Judge twice used the word "dispel" in relation to the likelihood of confusion. The word "dispel" only makes sense in this context if a likelihood of confusion has already been established by the holder of the famous mark. One cannot dispel what does not exist. The word cannot be read as casting on the appellant the initial burden as regards likelihood of confusion.

[34] I think in the end that the Judge was simply saying that, where a likelihood of confusion with a famous trade-mark entitled to a wide protection has been established, overcoming that evidence is a difficult task to assume. In my view, the word "burden" in paragraph

[29] Je suis disposé à accepter l'argument de l'appelante suivant lequel si le juge a commis l'erreur qui lui est reprochée au sujet de la question de la confusion, il a selon toute vraisemblance commis la même erreur en ce qui concerne la diminution de la valeur. L'avocat des intimées a admis que cette inférence était raisonnable et il a fait valoir que la conclusion contraire devrait être tirée si la Cour devait conclure que le juge n'a pas commis d'erreur au sujet de la probabilité de confusion.

[30] L'avocat des intimées affirme que le juge a tenu les propos contestés dans le contexte de la difficulté spéciale créée par l'existence d'une marque bien connue lorsqu'il s'agit de réfuter les éléments de preuve relatifs à la confusion qui sont présentés par le propriétaire de la marque bien connue.

[31] Il n'y a aucun doute que les propos du juge sont, au mieux, ambigus. Le fait qu'il cite la décision *Advance* tendrait à appuyer l'interprétation étroite et ordinaire que l'appelante fait du paragraphe 306 des motifs du jugement.

[32] Toutefois, au paragraphe 258, n° 7(f) de ses motifs, où il a fait une distinction entre l'affaire *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha c. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 C.F. 15 (C.A.), et la présente espèce, le juge a reconnu expressément que les fardeaux de preuve dans une affaire portant sur une opposition « diffèrent largement de ceux des causes d'action et des motifs de radiation en cause en l'espèce ». Il était conscient que le fardeau de la preuve est différent dans les affaires de radiation.

[33] De plus, le juge a employé à deux reprises le mot « réfuter » relativement à la probabilité de confusion. Or, le mot « réfuter » n'est logique, dans ce contexte, que si la probabilité de confusion a déjà été établie par le propriétaire de la marque célèbre. On ne peut réfuter ce qui n'existe pas. On ne saurait interpréter ce mot comme imposant à l'appelante le fardeau initial en ce qui concerne la probabilité de confusion.

[34] Je crois, en fin de compte, que le juge disait simplement que, lorsque la probabilité de confusion avec une marque de commerce notoire ayant droit à une protection étendue a été démontré, il est difficile de réfuter cette preuve. À mon sens, le mot « fardeau » au

306 was not used in the legal sense of a burden of proof, but rather in the ordinary or colloquial sense of an arduous or daunting task.

[35] In any event, even if it were assumed that the Judge made an error of law respecting the burden of proof, that error, as we shall see, would not be material. This brings me to the second part of the first error alleged, i.e. whether the Judge applied the wrong test for confusion.

2. Whether the Judge applied the wrong test for confusion

[36] The appellant's contention with respect to confusion is that the Judge, while referring to the Act and stating the test as it appears in the Act, applied an erroneous test. Counsel for the appellant finds support for his view in paragraph 7, paragraph 303, No. 2, and paragraph 345 of the reasons for judgment. I should point out that the judgment itself, in its paragraph 2, No. 3, contains a clear conclusion as to the likelihood of confusion now and for the future.

[37] The impugned paragraphs [of the reasons for judgment] and paragraph 2, No. 3 of the judgment read as follows:

It is the Court's ultimate conclusion that even if confusion did not take place in the past, it has the potential to exist which, in and of itself, is of major significance. [Underlined in the original.]

...

Likelihood of confusion is established when it is proven to exist on a "balance of probabilities". The likelihood of confusion has been established in potential, even if it did not exist in actuality.

...

Based on the principles of confusion referred to above, it is concluded that confusion is possible.

2. Plaintiff's Registration No. 263,924 is and always has been invalid, and shall be expunged on the bases that at all material times:

...

paragraphe 306 n'était pas employé au sens juridique de fardeau de la preuve, mais plutôt dans le sens courant ou familier de tâche ardue ou difficile.

[35] Quoi qu'il en soit, même si l'on devait supposer que le juge a commis une erreur de droit au sujet du fardeau de la preuve, cette erreur, comme nous le verrons, ne tirerait pas à conséquence. Ce qui m'amène au second volet de la première erreur alléguée, en l'occurrence la question de savoir si le juge a appliqué le mauvais critère en ce qui concerne la confusion.

2. Le juge a-t-il appliqué le mauvais critère en ce qui concerne la confusion?

[36] En ce qui concerne la confusion, la thèse de l'appelante est que, même s'il a cité la Loi et énoncé le critère qui figure effectivement dans la Loi, le juge a appliqué un critère erroné. L'avocat de l'appelante trouve appui pour son opinion dans le paragraphe 7, le paragraphe 303, n° 2 et le paragraphe 345 des motifs du jugement. Je tiens à signaler qu'au paragraphe 2, n° 3 du jugement lui-même, on trouve une conclusion claire au sujet de la probabilité de confusion actuelle et à venir.

[37] Les paragraphes contestés [des motifs du jugement] et le paragraphe 2, n° 3 du jugement sont ainsi libellés :

La conclusion ultime de la Cour est que, même s'il n'y a pas eu de confusion dans le passé, celle-ci a la possibilité d'exister, ce qui, en soi, est un fait d'une grande signification. [Souligné dans l'original.]

[...]

La probabilité de confusion est établie selon la « prépondérance de la preuve ». La probabilité de confusion a été établie même si elle n'existait pas réellement.

[...]

Selon les principes susmentionnés concernant la confusion, il est conclu que la confusion est possible.

2. L'enregistrement n° 263,924 de la demanderesse a toujours été et demeure invalide, et est radié pour les motifs suivants, qui s'appliquent pendant toute la période pertinente :

[...]

(3) Use of Plaintiff's JAGUAR Mark in association with Luggage Wares is likely to cause confusion with Defendants' trademark JAGUAR for automobiles and JAGUAR for Luggage Wares, and therefore: [Emphasis added; notes omitted.]

[38] The three statements referred to by the appellant are found in a sea of others regarding confusion: see paragraphs 298, 302, 303, Nos. 4 and 5, 306, 308, 310, 313, 317 and, as already mentioned, in the formal judgment. They are disturbing as they refer to a possibility of confusion as opposed to a likelihood. A mere possibility of confusion is not sufficient to invalidate a trade-mark: see *Veuve Clicquot Ponsardin, supra*, at paragraph 37; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772; affg (2005), 38 C.P.R. (4th) 214 (F.C.A.); *Anheuser-Busch, Inc. v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 433 (F.C.A.). Indeed, the Judge's statement in paragraph 303, No. 2 of his reasons waters down the test to a possibility of a probability.

[39] I agree with the appellant that the three statements indicate a misconception or misapprehension of the test. However, that being said, this is not the end of the matter.

[40] There were facts on the record which could lead the Judge to conclude that there was evidence of at least likelihood of confusion, if not actual confusion. First, the definition that the appellant gave of its "maroquinerie" included the four items mentioned in its trade-mark, i.e. tote bags, handbags, school bags and luggage: see appeal book, volume 2, at page 362, admission D.356.

[41] Second, the respondents' list of luggage wares included the above four items: see respondents' appeal book, volume 2, page 697, at paragraph 2 and the definition of luggage wares in Schedule A, at page 699.

[42] Third, the appellant admitted at trial confusion with some of the wares of the respondents. That

(3) L'emploi de la marque JAGUAR de la demanderesse en liaison avec des articles de bagage est susceptible de créer de la confusion avec la marque de commerce JAGUAR de la défenderesse pour des automobiles et des articles de bagage; par conséquent : [Non souligné dans l'original.]

[38] Les trois énoncés cités par l'appelante sont perdus dans une foule d'autres déclarations portant sur la confusion (voir les paragraphes 298, 302, 303, n^{os} 4 et 5, 306, 308, 310, 313, 317) et, comme je l'ai déjà mentionné, dans le dispositif du jugement. Ces énoncés sont troublants car ils parlent de possibilité de confusion et non de probabilité de confusion. Or, une simple possibilité de confusion n'est pas suffisante pour invalider une marque de commerce : voir les arrêts *Veuve Clicquot Ponsardin*, précité, au paragraphe 37, *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772; conf. 2005 CAF 13; *Anheuser-Busch, Inc. c. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, [1986] A.C.F. n^o 445 (C.A.) (QL). En fait, au paragraphe 303, n^o 2 de ses motifs, le juge dilue le critère en le ramenant à celui d'une simple possibilité d'une probabilité de confusion.

[39] Je suis d'accord avec l'appelante pour dire que les trois énoncés en question témoignent d'une conception ou d'une compréhension erronées du critère. Cela ne résout pas pour autant la question.

[40] Le dossier renfermait des faits qui étaient susceptibles d'amener le juge à conclure qu'il existait des éléments de preuve tendant à démontrer l'existence à tout le moins d'une probabilité de confusion, sinon de confusion effective. Premièrement, la définition que l'appelante a donnée de sa « maroquinerie » englobait les quatre articles énumérés dans sa marque de commerce, à savoir des sacs fourre-tout, des sacs à main, des sacs d'école et des bagages : voir le dossier d'appel, volume 2, à la page 362, admission D.356.

[41] Deuxièmement, la liste d'articles de bagage des intimées comprenait les quatre articles susmentionnés : voir le dossier d'appel des intimées, volume 2, page 697, au paragraphe 2, et la définition des articles de bagage que l'on trouve à l'annexe A, à la page 699.

[42] Troisièmement, l'appelante a admis au procès qu'il existait de la confusion avec certaines des

admission can be found in volume 1 of the appeal book at page 375. It reads:

Confusion:

D509. The Plaintiff's use of the trade-mark JAGUAR in association with the Plaintiff's wares is confusing with Jaguar Cars' trade-mark JAGUAR used in association with driving license cases, wallet cases, business card holders, belts, credit card holders, key cases, address books, note books, passport holders, beauty cases, document cases and pocket wallets:

- (1) at the date of commencement of the action; and
- (2) at present. [Emphasis added.]

[43] Counsel for the appellant points out that said admission does not cover the four previously mentioned items that are an important part of the appellant's registered trade-mark and trade. It will be recalled that the Judge found these four items to be, since at least 1980, part of the "natural brand extension or expansion from luxury cars into Luggage Wares": see paragraph 213 of the reasons for judgment.

[44] In my view, the matter can be understood as follows: as of 1991 and the time of trial, the appellant admits the existence of actual confusion between its wares and respondents' wares of a slightly different category. Given this admission, it is hard to imagine how and why the Judge could not conclude that there would be at least a likelihood of confusion between similar wares or wares of the same category, namely the appellant's baggage, tote bags, schoolbags and handbags and the respondents' luggage, baggage and bags. He was entitled to draw that conclusion after having concluded that the respondents' trade-marks were famous and extended to the impugned wares.

[45] Furthermore, it is the appellant who launched an action for infringement and sought an injunction against the respondents, alleging that their wares were either confusing, causing confusion or likely to cause confu-

merchandises des intimées. Cette admission se trouve au volume 1 du dossier d'appel, à la page 375 :

[TRADUCTION]

Confusion :

D509. L'emploi, par la demanderesse, de la marque de commerce JAGUAR en liaison avec les marchandises de la demanderesse créée de la confusion avec la marque de commerce JAGUAR de Jaguar Cars employée en liaison avec des étuis pour permis de conduire, des étuis pour portefeuilles, des étuis pour cartes d'affaires, des ceintures, des étuis pour cartes de crédit, des étuis à clés, des carnets d'adresses, des carnets de notes, des étuis pour passeports, des étuis de beauté, des étuis à documents et des portefeuilles de poche :

- 1) à la date de l'introduction de l'action
- 2) et à l'heure actuelle. [Non souligné dans l'original.]

[43] L'avocat de l'appelante souligne que l'admission en question ne vise pas les quatre articles susmentionnés qui constituent un aspect important de la marque de commerce déposée et du commerce de l'appelante. On se souviendra que le juge a conclu que, depuis 1980 au moins, ces quatre articles étaient visés par l'« extension naturelle de la marque de voitures de luxe pour y inclure des articles de bagage » : voir le paragraphe 213 des motifs du jugement.

[44] À mon avis, on peut comprendre la question de la manière suivante : l'appelante admet effectivement qu'en 1991 et en date du procès, il existait une confusion entre ses marchandises et les marchandises des intimées d'une catégorie légèrement différente. Vu cette admission, il est difficile d'imaginer comment et pourquoi le juge ne pouvait pas conclure à tout le moins à une probabilité de confusion entre des marchandises similaires ou de même catégorie, en l'occurrence les bagages, fourre-tout, sacs d'école et sacs à main de l'appelante et les bagages et les sacs des intimées. Il était en droit de tirer cette conclusion après avoir conclu que les marques de commerce des intimées étaient célèbres et qu'elles s'étendaient aux marchandises attaquées.

[45] Qui plus est, c'est l'appelante qui a intenté l'action en contrefaçon et qui a réclamé une injonction contre les intimées au motif que les marchandises de ces dernières créaient de la confusion avec ses propres

sion with its own wares. The respondents counter-claimed, also alleging confusion and that the appellant was the source of that confusion. The Judge found in favour of the respondents.

[46] In paragraphs 12, 14d), 15 and 17 of its declaration, the appellant stated:

12. By virtue of such conduct, the Defendants are infringing Remo's exclusive right to the trade-mark JAGUAR in Canada. Defendants' use of the trade name JAGUAR and of the Offending Marks is likely to cause confusion in Canada with Plaintiff's Trade-Marks.

...

14. Plaintiff submits that the above mentioned entries in the Register of Trade-Marks do not accurately express or define the existing rights of the Defendant J-England with respect to:

“driving license cases, wallet cases, business card holders, belts, credit card holders, key cases, address books, note books, passport holders, beauty cases, document cases and pocket wallets” (collectively the “Offending Wares”)

for the following reasons:

...

d) the Offending Marks were not registrable with respect to the Offending Wares since they were at all material times and continue to be, confusing with the Trade-Mark JAGUAR previously registered in Canada by the Plaintiff.

15. The Offending Wares registered under the Offending Marks, namely:

“driving license cases, wallet cases, business card holders, belts, credit card holders, key cases, address books, note books, passport holders, beauty cases, document cases and pocket wallets”

are clearly of the same general class or category of wares as those registered and sold under the Plaintiff's wide-known Trade-Marks.

marchandises ou étaient susceptibles de le faire. Les intimées ont présenté une demande reconventionnelle dans laquelle elles ont allégué aussi la confusion et affirmé que l'appelante était à l'origine de cette confusion. Le juge a donné gain de cause aux intimées.

[46] Aux paragraphes 12, 14d), 15 et 17 de sa déclaration, l'appelante a dit :

[TRADUCTION]

12. De par leurs agissements, les défenderesses ont porté atteinte au droit exclusif de Remo sur la marque de commerce JAGUAR au Canada. L'emploi par les défenderesses du nom commercial JAGUAR et des marques contrefaites est susceptible de créer de la confusion au Canada avec les marques de commerce de la demanderesse.

[. . .]

14. La demanderesse soutient que les inscriptions susmentionnées du registre des marques de commerce ne correspondent pas avec exactitude aux droits existants de la défenderesse J-England sur les marchandises suivantes :

« étuis pour permis de conduire, étuis pour portefeuilles, étuis pour cartes d'affaires, ceintures, étuis pour cartes de crédit, étuis à clés, carnets d'adresses, carnets de notes, étuis pour passeports, étuis de beauté, étuis à documents et portefeuilles de poche » (les « marchandises contrefaites »)

et ce, pour les raisons suivantes :

[. . .]

d) les marques contrefaites n'étaient pas enregistrables relativement aux marchandises contrefaites étant donné qu'à l'époque, en cause elles créaient et continuent de créer de la confusion avec la marque de commerce JAGUAR préalablement enregistrée au Canada par la demanderesse.

15. Les marchandises contrefaites enregistrées sous les marques contrefaites, à savoir :

« étuis pour permis de conduire, étuis pour portefeuilles, étuis pour cartes d'affaires, ceintures, étuis pour cartes de crédit, étuis à clés, carnets d'adresses, carnets de notes, étuis pour passeports, étuis de beauté, étuis à documents et portefeuilles de poche »

entrent de toute évidence dans la même catégorie générale de marchandises que celles qui ont été enregistrées et qui sont vendues sous les marques de commerce bien connues de la demanderesse.

...

[...]

17. The activities of the Defendants in using the Offending Marks JAGUAR and JAGUAR & Design with respect to Maroquinerie also constitute unfair competition in that they:

- (a) call attention to the wares and business of Defendants in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada between Defendants' wares and business and the wares and business of Plaintiff; and
- (b) constitute the passing-off of other wares for those ordered or expected. [Emphasis added.]

[47] On the basis of alleged confusion, the appellant sought, from the Federal Court, relief in the following terms regarding the use of the "Jaguar" mark and design with respect to its maroquinerie:

- (a) TO MAINTAIN the present action;
- (b) TO DECLARE that the adoption and use by Defendants of the Offending Marks JAGUAR and JAGUAR & DESIGN in connection with Maroquinerie constitute an infringement of Plaintiff's exclusive rights in its Trade Mark JAGUAR registered under No. 263,924;
- (c) TO ISSUE an order for a permanent injunction requiring Defendants, their directors, officers, shareholders, licensees, clients, representatives, servants, agents, associates, employees, heirs, assignees and all those over whom Defendants exercise control or in whom they hold an interest, or any other persons having any cognizance of the Orders rendered pursuant hereto, to immediately cease, whether directly or indirectly from:
 - (i) infringing or being deemed to infringe Plaintiff's registration No. 263,924 for the trade mark JAGUAR;
 - (ii) manufacturing, causing to be manufactured, importing, selling, offering for sale, distributing, advertising, or promoting in Canada with respect to any Maroquinerie any trade mark or trade name that consists of or includes the word JAGUAR or any representation of a jaguar or any combination thereof or any trade mark or trade name that is capable of causing confusion with Remo's trade mark JAGUAR;

17. Les activités exercées par les défenderesses en employant les marques contrefaites et le dessin JAGUAR relativement à de la maroquinerie constituent également de la concurrence déloyale du fait :

- a) qu'elles attirent l'attention du public sur les marchandises et l'entreprise des défenderesses de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada entre leurs marchandises et leur entreprise et celles de la demanderesse;
- b) qu'elles font passer d'autres marchandises pour celles qui sont commandées ou attendues. [Non souligné dans l'original.]

[47] En raison de cette présumée confusion, l'appelante a réclamé les réparations suivantes à la Cour fédérale en ce qui concerne l'emploi de la marque et du dessin du JAGUAR relativement à de la maroquinerie :

[TRADUCTION]

- a) FAIRE DROIT À la présente action;
- b) DÉCLARER que l'adoption et l'emploi par les défenderesses des marques contrefaites et du dessin JAGUAR en liaison avec de la maroquinerie portent atteinte aux droits exclusifs de la demanderesse sur sa marque de commerce JAGUAR enregistrée sous le numéro 263924;
- c) ACCORDER une injonction permanente enjoignant aux défenderesses, à leurs administrateurs, dirigeants, actionnaires, titulaires de licence, représentants, préposés, mandataires, associés, employés, héritiers et ayants droit et à n'importe quelle autre personne ou entité sur lesquelles les défenderesses exercent un contrôle ou dans lesquelles elles détiennent une participation, et à toute autre personne ayant connaissance des ordonnances rendues en application des présentes, de cesser immédiatement :
 - (i) de contrefaire ou d'être réputées contrefaire l'enregistrement n° 263924 de la demanderesse portant sur la marque de commerce JAGUAR;
 - (ii) de fabriquer, de faire fabriquer, d'importer, de vendre, d'offrir en vente, de distribuer, d'annoncer ou de faire la promotion au Canada relativement à quelque article de maroquinerie que ce soit une marque de commerce ou un nom commercial quelconque composé en tout ou en partie du mot JAGUAR ou d'une représentation d'un jaguar ou d'une combinaison de ce qui précède ou d'une marque de commerce ou d'un nom commercial

- (iii) calling the attention of the public to their wares in a manner that causes or is likely to cause confusion in Canada between their wares or business and those of Plaintiff;
- (iv) passing-off other wares for those ordered or expected;
- (d) TO ORDER Defendants to remit to Plaintiff all Maroquinerie and all advertising, publicity materials, signage, literature, papers and all materials of any kind relating thereto in the possession or custody or under the control of Defendants or third parties for whom Defendants are responsible as may offend the injunction sought herein; [Emphasis added.]

[48] Now, on appeal of the same proceedings after having lost at trial, the appellant contended at the oral hearing that there is no confusion between its wares, consisting of baggage, tote bags, handbags and schoolbags and all the luggage wares of the respondents. Its contention came after it abandoned, three days before the hearing, its claim of infringement by the respondents. The appellant has significantly changed its argument from what it claimed before the Judge. At first instance, it initiated an infringement action with the intention of preventing the respondents from trading in maroquinerie under the name Jaguar. Now, the appellant seeks to have the parties' uses of the marks coexist with respect to baggage, tote bags, handbags and schoolbags. The basis for this position is that, as the parties operate in different markets, there is no confusion between the parties' wares. In my view, the fact that the parties operate in different markets is not sufficient to overrule the Judge's finding that there was a likelihood of confusion. Nothing in the terms of either party's registration confines that party to operation in a particular market, and the likelihood of confusion therefore remains.

[49] Furthermore, paragraphs 101 and 102 of its memorandum of fact and law alleged until then existing

susceptible de créer de la confusion avec la marque de commerce JAGUAR de Remo;

- (iii) d'attirer l'attention du public sur leurs marchandises de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada entre leurs marchandises et celles de la demanderesse;
- (iv) de faire passer d'autres marchandises par celles qui sont commandées ou attendues;
- d) ORDONNER aux défenderesses de remettre à la demanderesse toute la maroquinerie ainsi que toute publicité, annonce, affiche, documentation ou tout écrit et objet de quelque nature que ce soit s'y rapportant se trouvant en la possession ou sous la garde ou le contrôle des défenderesses ou de tiers dont les défenderesses sont responsables et qui sont susceptibles de contrevenir à l'injonction réclamée par la présente. [Non souligné dans l'original.]

[48] Or, dans le cadre de l'appel qu'elle a interjeté dans le même dossier après avoir perdu en première instance, l'appelante a soutenu, à l'audience, qu'il n'y a pas de confusion entre ses marchandises, à savoir ses bagages, fourre-tout, sacs d'école et sacs à main, et tous les articles de bagages des intimées. Cette prétention a été avancée après que l'appelante se fut désistée, trois jours avant le début de l'audience, de son action en contrefaçon contre les intimées. L'appelante a sensiblement modifié ses prétentions par rapport à ce qu'elle avait soutenu devant le juge. En première instance, elle a intenté une action en contrefaçon dans le but d'empêcher les intimées de faire le commerce de la maroquinerie en employant le nom Jaguar. Maintenant, l'appelante cherche à faire coexister l'emploi que les parties font de leurs marques en ce qui concerne les bagages, les fourre-tout, les sacs à main et les sacs d'école. Sa thèse repose sur le fait que, étant donné que les parties exercent leurs activités dans des marchés différents, il n'y a pas de confusion entre leurs marchandises. À mon avis, le fait que les parties exercent leurs activités dans des marchés différents ne suffit pas pour infirmer la conclusion du juge quant à l'existence d'une probabilité de confusion. Il n'y a rien dans le libellé de l'enregistrement de l'une ou l'autre partie qui oblige cette partie à exercer ses activités exclusivement dans un marché déterminé, de sorte que la probabilité de confusion demeure.

[49] Qui plus est, aux paragraphes 101 et 102 de son mémoire des faits et du droit, l'appelante a encore

confusion and sought a permanent injunction:

The evidence has revealed that the Respondents are offering for sale and selling in Canada tote bags, baggage (suitcases and luggage) and handbags in association with the trade-mark “JAGUAR” and are continuing to do so to date.

It is submitted that inasmuch as the Appellant has established the essential elements set forth in the *Standard Knitting* case, it is entitled to a declaration that the Respondents have infringed the Appellant’s exclusive rights in its trade-mark “JAGUAR” registered under no. 263,924, as well as the issuance of a permanent injunction restraining the Respondents, their officers, directors, licensees, dealers and employees from causing to be manufactured, importing, offering for sale, selling, advertising or promoting in Canada tote bags, suitcases, luggage, handbags and any other leather products in association with the trade-mark “JAGUAR” or any other trade-mark which is confusingly similar with the Appellant’s trade-mark “JAGUAR”. [Emphasis added.]

[50] Counsel for the appellant relies on a statement of L’Heureux-Dubé J. in *Sport Maska Inc. v. Zittner*, [1988] 1 S.C.R. 564 to submit that the appellant’s pleadings are not binding on this Court. At page 612, she wrote:

A digression must be made here. In his opinion LeBel J.A. [as he then was] notes that [TRANSLATION] “the pleadings of respondent [here the appellant] confirm the way in which it regarded the functions of appellants [here the respondents]” (p. 393). This “admission” can be found in paragraph 15 of the statement of claim, where respondent charged that appellants had broken certain obligations although they had [TRANSLATION] “agreed to be arbitrators”. LeBel J.A. appears to regard this as a judicial admission.

At the hearing appellant explained that this word was used not in the legal sense, as it is found in the Quebec *Code of Civil Procedure*, but in a very broad sense as it is used in everyday language, and that, in any event, the classification of respondents’ function was a question of law which could not be the subject of a judicial admission.

In the very recent judgment of this Court *C.(G.) v. V.-F.(T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244, in which a similar situation occurred though in a different context, Beetz J., delivering the unanimous judgment of the Court, held as follows at p. 257:

affirmé qu’il existait de la confusion et a réclamé une injonction permanente :

[TRADUCTION] La preuve révèle que les intimées offrent en vente et vendent au Canada des fourre-tout, des bagages (valises et bagages) et des sacs à main en liaison avec la marque de commerce JAGUAR et qu’elles continuent de le faire jusqu’à maintenant.

Il est allégué que, dans la mesure où elle a établi les éléments essentiels énumérés dans l’affaire *Standard Knitting*, l’appelante a droit à un jugement déclarant que les intimées ont porté atteinte à ses droits exclusifs sur sa marque de commerce « JAGUAR » enregistrée sous le numéro 263924, ainsi qu’à une injonction permanente interdisant aux intimées, à leurs dirigeants, administrateurs, titulaires de licences, concessionnaires et employés de faire fabriquer, d’importer, d’offrir en vente, de vendre, d’annoncer ou de promouvoir au Canada des fourre-tout, valises, bagages, sacs à main et autres produits de maroquinerie en liaison avec la marque de commerce « JAGUAR » ou toute autre marque de commerce qui ressemble à la marque de commerce « JAGUAR » de l’appelante au point de créer de la confusion. [Non souligné dans l’original.]

[50] L’avocat de l’appelante se fonde sur les propos de la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Sport Maska Inc. c. Zittner*, [1988] 1 R.C.S. 564, pour affirmer que la Cour n’est pas liée par les prétentions de l’appelante. À la page 612, la juge L’Heureux-Dubé a écrit :

Il y a lieu de faire ici une digression. Le juge LeBel [tel était alors son titre] note dans son opinion que « Les procédures de l’intimée [l’appelante en l’espèce] confirment d’ailleurs la nature qu’elle reconnaît aux fonctions des appellants [les intimées en l’espèce] » (p. 393). Cette « admission » se retrouve au paragraphe 15 de la déclaration où l’intimée reproche aux appelants la violation de certaines obligations bien qu’ils aient « accepté le rôle d’arbitres ». Le juge LeBel semble y voir un aveu judiciaire.

À l’audience, l’appelante a expliqué que ce terme avait été utilisé non pas dans le sens juridique du terme, tel qu’il se retrouve au *Code de procédure civile* du Québec, mais plutôt dans un sens très large comme on l’emploie dans le langage courant et qu’à tout événement la qualification de la fonction des intimées étant une question de droit, il ne saurait y avoir aveu judiciaire.

Dans l’arrêt tout récent de cette Cour *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, où une situation similaire s’était présentée, quoique dans un contexte différent, le juge Beetz, qui rend le jugement unanime de la Cour, en dispose ainsi aux pp. 257 et 258 :

At the hearing, counsel for the appellants conceded that the award of custody to a third person would amount to a declaration of partial deprivation. . . . This concession on a point of law is not binding on the Court.

A similar conclusion must be drawn here.

[51] The appellant claims that this passage prevents the Court from relying on its allegation that the parties' respective uses of the "Jaguar" mark were confusing. There are at least two reasons why *Sport Maska* and the current case are distinguishable. First, to state that the Court is not bound by the parties' concessions is very different from stating that a party is not bound by its own statements. It is one thing for a litigant to adopt alternative positions. It is quite another for a litigant to simultaneously adopt positions in the same proceedings based on diametrically opposed interpretations of the same facts, and seek to have the benefit of both positions. As previously mentioned, the appellant stated initially that there was confusion between the parties' marks in all respects; it now states that there is no confusion between the parties' marks in respect of baggage, tote bags, school bags and handbags. The appellant's success in this argument would be an internally inconsistent result. As I have already said, if the mark is confusing for key chains and wallets, it is also confusing for baggage, tote bags, school bags and handbags.

[52] Second, while the Supreme Court of Canada in *Sport Maska* dealt with a legal concession, the question of confusion is a question of mixed fact and law with a large factual component. Indeed, subsection 6(5) of the Act contains a non-exhaustive list of relevant factual considerations to guide the Court's analysis of confusion. On a question of mixed fact and law which depends so heavily on the relevant facts, the Court is entitled to rely on the facts adopted by the appellant in advancing its argument that the respondents' use of the "Jaguar" mark was confusing with the appellant's registered marks with respect to all wares. That the Court now relies on these facts in a manner detrimental to the appellant's interests was the risk that the appellant

À l'audience, le procureur des appelants a concédé que l'attribution de la garde à un tiers équivaut à une déclaration de déchéance partielle[. . .] Cette concession sur une question de droit ne saurait lier la Cour.

De même, faut-il ici décider.

[51] L'appelante soutient que ce passage empêche la Cour de se fonder sur son allégation que l'emploi que les parties ont respectivement fait de la marque « Jaguar » a créé de la confusion. Il y a au moins deux raisons pour lesquelles on peut établir une distinction entre l'affaire *Sport Maska* et la présente espèce. Premièrement, il y a une grande différence entre le fait d'affirmer que la Cour n'est pas liée par les admissions des parties et le fait d'affirmer qu'une partie n'est pas liée par ses propres déclarations. C'est une chose pour un plaideur de faire valoir des moyens subsidiaires. C'en est une autre d'adopter simultanément dans le cadre du même procès des thèses reposant sur des interprétations diamétralement opposées des mêmes faits et de chercher à tirer avantage des deux positions. Ainsi que je l'ai déjà précisé, l'appelante a d'abord dit qu'il existait une confusion entre les marques des parties à tous les égards; elle soutient maintenant qu'il n'y a pas de confusion entre les marques des parties pour ce qui est des bagages, des fourre-tout, des sacs d'école et des sacs à main. Il serait intrinsèquement illogique de donner gain de cause à l'appelante sur ce moyen. Ainsi que je l'ai déjà dit, si la marque crée de la confusion dans le cas des porte-clés et des portefeuilles, elle crée aussi de la confusion dans le cas des bagages, des fourre-tout, des sacs d'école et des sacs à main.

[52] Deuxièmement, bien que, dans l'affaire *Sport Maska*, la Cour suprême ait traité d'une concession portant sur un point de droit, la confusion est une question mixte de fait et de droit qui comporte une importante composante factuelle. D'ailleurs, le paragraphe 6(5) de la Loi renferme une liste non exhaustive de considérations factuelles pertinentes destinées à aider la Cour dans son analyse de la confusion. Dans le cas d'une question mixte de fait et de droit qui est à ce point tributaire des faits, la Cour est en droit de s'en remettre aux faits retenus par l'appelante pour faire valoir que l'emploi par les intimées de la marque « Jaguar » créait de la confusion avec les marques déposées de l'appelante pour ce qui est de

took in advancing this particular argument and its factual underpinnings in the infringement claim before the Federal Court.

Whether the Judge improperly added to section 18 of the Act two grounds of invalidity, i.e. depreciation and deception of the public, not recognized as such by Parliament

[53] Subsection 18(1) of the Act enumerates four grounds of invalidity of a registered trade-mark:

18. (1) The registration of a trade-mark is invalid if:

- (a) the trade-mark was not registrable at the date of registration,
- (b) the trade-mark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced, or
- (c) the trade-mark has been abandoned,

and subject to section 17, it is invalid if the applicant for registration was not the person entitled to secure the registration.

[54] Non-statutory grounds of invalidity have been recognized such as misappropriation of a trade-mark in violation of a fiduciary duty and fraudulent or material misrepresentations for the purposes of registration: see *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, (4th ed., Toronto: Carswell, 2002), at pages 11-24. Depreciation of the value of the goodwill and deception of the public in the context of the tort of passing off one's goods as those of another are not grounds of invalidity under section 18 of the Act.

[55] The Judge analyzed depreciation within the parameters of section 22 of the Act: see paragraphs 241-284 of the reasons for judgment. Section 22 deals with that issue in the following terms:

toutes les marchandises. Le fait que la Cour se fonde maintenant sur ces faits d'une manière qui va à l'encontre des intérêts de l'appelante est le risque que cette dernière a assumé en faisant valoir cet argument et son fondement factuel dans l'action en contrefaçon qu'elle a intentée devant la Cour fédérale.

Le juge a-t-il interpolé à l'article 18 de la Loi deux motifs d'invalidité—la diminution de la valeur et la tromperie du public qui ne sont pas reconnus comme tels par le législateur?

[53] Le paragraphe 18(1) de la Loi énumère quatre situations ouvrant droit à l'invalidation d'une marque de commerce déposée :

18. (1) L'enregistrement d'une marque de commerce est invalide dans les cas suivants :

- a) la marque de commerce n'était pas enregistrable à la date de l'enregistrement;
- b) la marque de commerce n'est pas distinctive à l'époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement;
- c) la marque de commerce a été abandonnée.

Sous réserve de l'article 17, l'enregistrement est invalide si l'auteur de la demande n'était pas la personne ayant droit de l'obtenir.

[54] D'autres motifs d'invalidation non prévus par la loi ont été reconnus. Il s'agit notamment de l'usurpation d'une marque de commerce en violation d'une obligation fiduciaire et des déclarations fausses ou frauduleuses portant sur des faits essentiels en vue d'obtenir l'enregistrement : voir *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, (4^e éd. Toronto : Carswell, 2002), aux pages 11 à 24. La diminution de la valeur de l'achalandage et le fait de tromper le public dans le contexte du délit consistant à faire passer ses marchandises pour celles de quelqu'un d'autre ne constituent pas des motifs d'invalidité reconnus à l'article 18 de la Loi.

[55] Le juge a analysé la diminution de la valeur de l'achalandage conformément aux paramètres de l'article 22 de la Loi : paragraphes 241 à 284 des motifs du jugement. Voici en quels termes l'article 22 aborde la question :

22. (1) No person shall use a trade-mark registered by another person in a manner that is likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto.

[56] Subsection 22(1) provides a remedy, even when there is no evidence of confusion, by which the respondents in this case may seek relief from the appellant's use of a mark sufficiently similar to theirs "to evoke in a relevant universe of consumers a mental association of the two marks that is likely to depreciate the value of the goodwill attaching to the [respondents'] mark": see *Veuve Clicquot Ponsardin*, at paragraph 38. That remedy is not a ground of invalidity of the registration of the appellant's trade-mark contrary to what the Judge found at paragraph 331 of his reasons for judgment.

[57] As for deception of the public, the Judge relied upon the 1924 decision of the Exchequer Court of Canada in *Williamson Candy Co. v. W.J. Crothers Co.*, [1924] Ex. C.R. 183 where expungement of the mark was ordered. The Judge's analysis of this issue of deception in the case before us was conducted under the discussion of the depreciation factors and treated as a possible kind of depreciation: see the reasons for judgment at pages 203, 205 and 210 of the appeal book, Volume 1.

[58] There are two difficulties with the Judge's reliance on the *Williamson* case for expungement of the appellant's registration in the present instance.

[59] First, the defendant in that case appropriated the mark of the plaintiff *Williamson* and concealed the fact that he was copying the plaintiff's mark when he applied for registration. The Exchequer Court found that the defendant was not the proprietor of the mark and not an innocent user, that the registration of the trade-mark had been improperly made and, therefore, should be expunged.

[60] In our instance, the situation is different as there is no such finding with respect to the appellant's

22. (1) Nul ne peut employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce.

[56] Le paragraphe 22(1) ouvre un recours aux intimées en leur permettant, même sans preuve de confusion, d'obtenir une réparation en démontrant que l'appelante a employé une marque suffisamment semblable à la leur « pour établir, dans l'esprit des consommateurs de la population de référence, un lien entre les deux marques qui est susceptible de déprécier l'achalandage attaché à [leur] marque » : voir l'arrêt *Veuve Clicquot Ponsardin*, au paragraphe 38. Ce recours ne constitue pas un motif d'invalidité de l'enregistrement de la marque de commerce de l'appelante, contrairement à ce que le juge a conclu, au paragraphe 331 de ses motifs du jugement.

[57] Quant à la possibilité de tromper le public, le juge s'est fondé sur une décision de la Cour de l'Échiquier du Canada remontant à 1924 : *Williamson Candy Co. v. W.J. Crothers Co.*, [1924] R.C.É. 183, dans laquelle la radiation de la marque avait été ordonnée. L'analyse que le juge a faite de la question de la tromperie en l'espèce s'inscrivait dans le cadre de son examen des facteurs de diminution de la valeur. Le juge a d'ailleurs considéré la tromperie comme une sorte de diminution possible de la valeur : voir les motifs du jugement aux pages 203, 205 et 210 du dossier d'appel, volume 1.

[58] Le fait que le juge se soit fondé en l'espèce sur la décision *Williamson* pour radier l'enregistrement de l'appelante soulève deux difficultés.

[59] Premièrement, dans l'affaire *Williamson*, le défendeur avait usurpé la marque du demandeur et, lorsqu'il avait produit sa demande d'enregistrement, il avait dissimulé le fait qu'il plagiait la marque du demandeur. La Cour de l'Échiquier a conclu que le défendeur n'était ni le propriétaire de la marque ni un usager de bonne foi, que l'enregistrement de la marque de commerce avait été irrégulièrement effectué et que la marque devait, par conséquent, être radiée.

[60] En l'espèce, la situation est différente car la marque de commerce de l'appelante et l'enregistrement

trade-mark and registration. Though expressing some surprise, the Judge accepted the testimony of Mr. Bassal, the sole shareholder, President and Chief Executive Officer of the appellant, who had lived in Beirut, Paris and Montréal for years, and traveled in Canada, Holland, Belgium, Northern Italy and Asia (Hong Kong and Korea): see reasons for judgment, at paragraphs 12-24. According to that testimony, Mr. Bassal never saw or heard of the respondents' trade-marks "Jaguar" for cars and luggage wares before he filed, on October 10, 1980, his application for the registration of the trade-mark "Jaguar" covering tote bags and baggage: (reasons for judgment, at paragraphs 12-24). Indeed, he claimed that it was not until 1990 that he became aware of Jaguar cars: (reasons for judgment, at paragraph 225). The Judge also accepted that the respondents did not know of the existence of the appellant when the appellant launched its proceedings in 1991. On these facts alone, the *Williamson* case is clearly distinguishable and no authority for expungement in the present instance.

[61] In addition, section 11 of the 1906 *Trade Mark and Design Act* [R.S.C. 1906, c. 71] upon which the *Williamson* case is based gave the Minister the power to refuse to register any trade-mark if it appeared that the trade-mark was calculated to deceive or mislead the public: see *Williamson.*, at page 185. This is no longer the case although the Court, on an appropriate set of facts, could still find, when registration is sought, that a trade-mark is not adapted to distinguish the wares of the registrant because the trade-mark and its use are calculated to deceive and mislead the public: see *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 F.C. 3 (C.A.), at pages 17 and 18. The Exchequer Court made a finding that the defendant's registration was calculated to deceive or mislead the public and for that reason also should be expunged: *Williamson*, at page 192.

n'ont pas fait l'objet de conclusions semblables. Tout en exprimant un certain étonnement, le juge a accepté le témoignage de M. Bassal, l'unique actionnaire et président directeur général de l'appelante, qui avait vécu à Beyrouth, Paris et Montréal pendant des années et dont les déplacements l'avaient amené au Canada, en Hollande, en Belgique, dans le nord de l'Italie et en Asie (Hong-Kong et la Corée) : voir les motifs du jugement, aux paragraphes 12 à 24. Suivant ce témoignage, M. Bassal n'avait jamais entendu parler des marques de commerce « Jaguar » des intimées portant sur des voitures et des articles de bagage avant de déposer, le 10 octobre 1980, sa demande d'enregistrement de la marque de commerce « Jaguar » pour des fourre-tout et des bagages : (motifs du jugement, aux paragraphes 12 à 24). Il affirme d'ailleurs que ce n'est qu'en 1990 qu'il a appris l'existence des voitures Jaguar : (motifs du jugement, au paragraphe 225). Le juge a également accepté que les intimées n'étaient pas au courant de l'existence de l'appelante lorsque cette dernière a intenté son action en 1991. Au vu de ces seuls faits, il y a de toute évidence lieu d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Williamson*, qui ne constitue pas un précédent qu'on peut invoquer en l'espèce pour justifier la radiation.

[61] De plus, l'article 11 de la *Loi des marques de commerce et dessins de fabrique* [S.R.C. 1906, ch. 71] de 1906 sur lequel la décision *Williamson* était fondée conférait au ministre le pouvoir de refuser d'enregistrer toute marque de commerce qui semblait viser à tromper le public ou à l'induire en erreur : voir la décision *Williamson*, à la page 185. Ce n'est plus le cas bien que, lorsque les faits s'y prêtent, la Cour pourrait encore conclure, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'enregistrement, qu'une marque de commerce n'est pas propre à établir une distinction entre les marchandises du titulaire de l'enregistrement parce que la marque de commerce et son emploi visent à tromper le public et à l'induire en erreur : voir l'arrêt *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 C.F. 3 (C.A.), aux pages 17 et 18. La Cour de l'Échiquier a conclu que l'enregistrement de la défenderesse était apte à tromper le public et à l'induire en erreur et a estimé qu'il devait être radié aussi pour cette raison : *Williamson*, à la page 192.

[62] Again, in the present instance, there is no finding made by the Judge that the appellant knew of the respondents' trade-marks, that it was not the proprietor of the mark that it registered and that it knew that it was not the first user of the mark. These were all considerations that the Exchequer Court of Canada retained to ground its finding that the defendant's registration in the *Williamson* case was calculated to deceive and mislead the public.

[63] With respect, in the context of his analysis of the factors of depreciation of the goodwill attached to the respondents' trade-marks under section 22 of the Act and on the basis of the evidence before him, I do not think that the Judge could conclude, as he did, that the appellant's registration of its trade-mark was "invalid and vulnerable to expungement" because it was calculated to deceive and mislead the public: see paragraphs 285 to 297 and 331 of the reasons for judgment.

Whether the Judge erred in expunging the appellant's trade-mark on a prior use when the limitation period contained in subsection 17(2) of the Act had run

[64] Section 17 of the Act allows for the expungement of the registration of a trade-mark on the ground of prior use by a person other than the applicant for that registration. However, subsection 17(2) denies the right to an expungement when the proceedings are commenced after the expiration of five years from the date of the registration of the trade-mark. The five-year limitation period applies unless it is established that the person who adopted the registered trade-mark knew of the previous use.

[65] I reproduce section 17 in full since my summary left out some details not relevant for our purpose:

17. (1) No application for registration of a trade-mark that has been advertised in accordance with section 37 shall be refused and no registration of a trade-mark shall be expunged or amended or held invalid on the ground of any previous use

[62] Encore une fois, dans le cas qui nous occupe, le juge n'a pas conclu que l'appelante était au courant de l'existence des marques de commerce des intimées, qu'elle n'était pas le propriétaire de la marque qu'elle avait enregistrée et qu'elle savait qu'elle n'était pas la première usagère de la marque. Ce sont tous là des facteurs que la Cour de l'Échiquier du Canada a retenus pour justifier sa conclusion que l'enregistrement de la défenderesse visait, dans l'affaire *Williamson*, à tromper et à induire le public en erreur.

[63] En toute déférence, vu le contexte dans lequel le juge a analysé les facteurs de la diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux marques de commerce des intimées au sens de l'article 22 de la Loi et compte tenu des éléments de preuve dont il disposait, je ne crois pas que le juge pouvait conclure, comme il l'a fait, que l'enregistrement par l'appelante de sa marque de commerce était « invalide et susceptible de radiation » parce qu'il visait à tromper le public et à l'induire en erreur : voir les paragraphes 285 à 297 et 331 des motifs du jugement.

Le juge a-t-il commis une erreur en radiant la marque de commerce de l'appelante pour usage antérieur alors que le délai de prescription prévu au paragraphe 17(2) de la Loi était expiré?

[64] L'article 17 de la Loi permet la radiation de l'enregistrement d'une marque de commerce du fait qu'une personne autre que l'auteur de la demande d'enregistrement a antérieurement employé la marque. Toutefois, le paragraphe 17(2) prévoit que le droit à la radiation s'éteint si l'instance a été introduite après l'expiration de cinq ans à compter de la date de l'enregistrement de la marque de commerce. Ce délai de prescription de cinq ans s'applique à moins qu'il ne soit établi que la personne qui a adopté au Canada la marque de commerce était au courant de l'utilisation antérieure.

[65] Je reproduis l'article 17 au complet car mon résumé passe sous silence quelques détails qui ne sont pas pertinents ici :

17. (1) Aucune demande d'enregistrement d'une marque de commerce qui a été annoncée selon l'article 37 ne peut être refusée, et aucun enregistrement d'une marque de commerce ne peut être radié, modifié ou tenu pour invalide, du fait

or making known of a confusing trade-mark or trade-name by a person other than the applicant for that registration or his predecessor in title, except at the instance of that other person or his successor in title, and the burden lies on that other person or his successor to establish that he had not abandoned the confusing trade-mark or trade-name at the date of advertisement of the applicant's application.

(2) In proceedings commenced after the expiration of five years from the date of registration of a trade-mark or from July 1, 1954, whichever is the later, no registration shall be expunged or amended or held invalid on the ground of the previous use or making known referred to in subsection (1), unless it is established that the person who adopted the registered trade-mark in Canada did so with knowledge of that previous use or making known.

[66] In paragraph 5 of his reasons for judgment, the Judge accepted that the appellant and the respondents did not know of the existence of each other at the outset of the proceedings. He wrote:

. . . it is noted that both parties, respectively, claim that each, at the executive levels, did not know of the existence of the other at the outset of the legal proceedings; and the evidence itself, even if interpreted conversely by the respective parties, did not demonstrate otherwise; thus the parties should be made to live with the consequences thereof for the past.

[67] In view of this finding, the appellant submits, and the respondents do not challenge that submission, that the Judge erred in ordering expungement of the registration of its trade-mark on the basis of prior use. I agree.

Whether the Judge erroneously expunged the appellant's trade-mark on the basis that the trade-mark was invalid because it was not registrable on account of confusion and because it was not distinctive from the wares of the respondents

[68] I have already dealt with the issue of confusion. In view of the evidence supporting the Judge's conclusion that there was in 1980, 1990, 1991, and still today, a likelihood of confusion, if not actual confusion, with the respondents' trade-marks "Jaguar" for

qu'une personne autre que l'auteur de la demande d'enregistrement ou son prédécesseur en titre a antérieurement employé ou révélé une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion, sauf à la demande de cette autre personne ou de son successeur en titre, et il incombe à cette autre personne ou à son successeur d'établir qu'il n'avait pas abandonné cette marque de commerce ou ce nom commercial créant de la confusion, à la date de l'annonce de la demande du requérant.

(2) Dans des procédures ouvertes après l'expiration de cinq ans à compter de la date d'enregistrement d'une marque de commerce ou à compter du 1^{er} juillet 1954, en prenant la date qui est postérieure à l'autre, aucun enregistrement ne peut être radié, modifié ou jugé invalide du fait de l'utilisation ou révélation antérieure mentionnée au paragraphe (1), à moins qu'il ne soit établi que la personne qui a adopté au Canada la marque de commerce déposée l'a fait alors qu'elle était au courant de cette utilisation ou révélation antérieure.

[66] Au paragraphe 5 de ses motifs du jugement, le juge a accepté que l'appelante et les intimées ignoraient l'existence l'une de l'autre lors de l'introduction de l'instance. Il a écrit :

[. . .] l'on notera que les deux parties prétendent l'une et l'autre que son propre échelon de direction ne connaissait pas l'existence de l'autre lors de l'introduction de l'action; et la preuve, même interprétée de manière opposée par chacune des parties, ne permet pas de conclure autrement. Les parties devraient donc être tenues d'en supporter les conséquences pour le passé [. . .]

[67] Vu cette conclusion, l'appelante soutient, et les intimées ne contestent pas cette prétention, que le juge a commis une erreur en ordonnant la radiation de l'enregistrement de sa marque de commerce sur le fondement de l'emploi antérieur. Je suis du même avis.

Le juge a-t-il radié à tort la marque de commerce de l'appelante au motif que la marque de commerce était invalide car elle n'était pas enregistrable parce qu'elle créait de la confusion et parce qu'elle ne permettait pas de distinguer les marchandises de l'appelante de celles des intimées?

[68] J'ai déjà traité de la question de la confusion. Compte tenu des éléments de preuve qui appuient la conclusion du juge suivant laquelle il existait en 1980, 1990, 1991, et qu'il existe encore aujourd'hui une probabilité de confusion, sinon une confusion effective,

automobiles and for luggage wares resulting from the appellant's use of its "Jaguar" mark in association with baggage, tote bags, handbags and schoolbags, I find no merit in the appellant's argument based on paragraphs 18(1)(a) (confusion) and (b) (lack of distinctiveness) of the Act: see paragraph 2, No. 3 of the judgment. Indeed, the appellant alleged in paragraph 15c) of its statement of claim in the Federal Court, found at page 250 of volume 1 of the appeal book, that the offending marks were not distinctive of the respondents (defendants at the Federal Court):

15. . . .

- c) the Offending Marks are not distinctive of the Defendants as they do not actually distinguish all the wares in association with which the Offending Marks are registered from the wares of others, nor are they adapted to so distinguish them, nor have they ever been distinctive of the Offending Wares of Defendants; and

[69] Moreover, the appellant submitted in paragraph 95 of its memorandum of fact and law that absent fame, and the requisite ambit of protection, of the respondents' trade-marks, its own trade-mark acquired distinctiveness as of March 6, 1992 through its use, advertising and attendance at trade shows. In view of the Judge's finding that the respondents' trade-marks had acquired fame in 1980 and an extended ambit of protection, I see no error in the Judge's conclusion that, at all material times, the appellant's mark "Jaguar" has never been distinctive: see paragraph 2, No. 4 of the judgment. That being said, I wish to add the following.

[70] I have already alluded to the ambiguity brought about by the Judge's use of loose language when addressing the issue of confusion resulting from the use of the respondents' and appellant's respective mark in association with luggage wares, including baggage, tote bag, handbag and schoolbag: see above at paragraphs 7 and 37 to 51.

avec les marques de commerce « Jaguar » des intimées portant sur des automobiles et des articles de bagage du fait de l'emploi, par l'appelante, de sa marque « Jaguar » en liaison avec des bagages, des fourre-tout, des sacs à main et des sacs d'école, je juge mal fondé l'argument que l'appelante tire des alinéas 18(1)a) (confusion) et b) (absence de caractère distinctif) de la Loi : voir le paragraphe 2, n° 3 du jugement. D'ailleurs, l'appelante a allégué, au paragraphe 15c) de la déclaration qu'elle a déposée devant la Cour fédérale et que l'on trouve à la page 250 du volume 1 du dossier d'appel, que les marques contrefaites n'étaient pas distinctives des intimées (les défenderesses devant la Cour fédérale) :

[TRADUCTION]

15. [. . .]

- c) les marques contrefaites ne sont pas distinctives des défenderesses car elles ne distinguent pas véritablement toutes les marchandises en liaison avec lesquelles elle est employée des marchandises d'autres propriétaires, et elles ne sont pas adaptées à les distinguer ainsi et elles n'ont jamais été distinctives des marchandises contrefaites des défenderesses;

[69] Qui plus est, l'appelante a soutenu au paragraphe 95 de son mémoire des faits et du droit, qu'à défaut de notoriété des marques de commerce des intimées, et du degré de protection requis, sa propre marque de commerce a acquis un caractère distinctif le 6 mars 1992 par son utilisation, sa publicité et sa présence à des foires commerciales. Vu la conclusion du juge suivant laquelle les marques de commerce des intimées avaient acquis de la notoriété en 1980, ainsi qu'une protection élargie, je ne décèle aucune erreur dans la conclusion du juge suivant laquelle, à l'époque en cause, la marque « Jaguar » de l'appelante n'a jamais été distinctive : voir le paragraphe 2, n° 4 du jugement. Cela étant dit, je tiens à ajouter ce qui suit.

[70] J'ai déjà fait allusion à l'ambiguïté suscitée par l'utilisation, par le juge, de termes vagues lorsqu'il a examiné la question de la confusion créée par l'emploi de la marque respective des intimées et de l'appelante en liaison avec des articles de bagage, y compris des bagages, des fourre-tout, des sacs à main et des sacs d'école : voir plus haut, aux paragraphes 7 et 37 à 51.

[71] This problem is compounded by the fact that the Judge added at the beginning of his reasons for judgment, under the heading “Introduction”, an unfortunate summary of these reasons in terms that both parties on appeal have been focusing on and struggling with.

[72] For example, the Judge writes in paragraph 5 (see also paragraph 235):

... by corollary, therefore, and even more so, it then becomes readily apparent through the evidence that the respective clienteles of the respective parties were different, as was the marked separation in the market place of the respective products of both parties. Remo sells its accessories, mainly, to low-end and sometimes medium-range retail stores; whereas, Jaguar Cars sells its accessories either through its automobile dealerships or directly to its buyers with no intermediary.

[73] Needless to say that the appellant is quick to seize upon this statement as evidence of the distinctiveness of its wares sold in different markets and as a finding of a lack of confusion.

[74] At paragraph 7 of this summary, the Judge writes:

It is the Court’s ultimate conclusion that even if confusion did not take place in the past, it has the potential to exist. [This last underlining appeared in the original.]

[75] The words “even if” refer to a hypothetical situation and do not mean that there is no confusion in the present case. The Judge found that, at all material times, there was a likelihood of confusion: see paragraph 2, No. 3 of the judgment and the appellant’s claim of actual confusion discussed in paragraphs 37 to 51 [of the reasons for judgment].

[76] A careful reading of paragraphs 5, 6 and 7 of this summary shows that these statements are limited in their scope to the issue of damages and were made by the Judge in support of his conclusion that no damages should be granted for the past. I will come back to that question when assessing the merits of the respondents’ cross-appeal.

[71] Ce problème est aggravé par le fait que le juge a ajouté au début de ses motifs du jugement, sous la rubrique « introduction », un résumé malheureux de ces motifs sur des points sur lesquels les deux parties au présent appel se sont attardées et se sont affrontées.

[72] Par exemple, le juge écrit, au paragraphe 5 (voir aussi le paragraphe 235) :

[. . .] en corollaire, donc, et davantage encore, il appert clairement de la preuve que les clientèles respectives des parties étaient différentes, tout comme la distinction marquée sur le marché entre les produits respectifs des parties. Remo vendait ses accessoires principalement dans les magasins de détail de bas de gamme et parfois de milieu de gamme, alors que Jaguar Cars vend ses accessoires par l’intermédiaire de ses concessionnaires automobiles ou directement à ses acheteurs sans intermédiaire.

[73] Inutile de dire que l’appelante s’est empressée de voir dans ces propos une preuve du caractère distinctif de ses marchandises, qui sont vendues dans des marchés différents, et une conclusion d’absence de confusion.

[74] Au paragraphe 7 de ce résumé, le juge écrit :

La conclusion ultime de la Cour est que, même s’il n’y a pas eu de confusion dans le passé, celle-ci a la possibilité d’exister. [Souligné dans l’original.]

[75] Les mots « même si » évoquent une situation hypothétique et ne signifient pas qu’il n’y a pas de confusion en l’espèce. Le juge a conclu qu’à l’époque en cause, il y avait une probabilité de confusion : voir le paragraphe 2, n° 3 du jugement et les prétentions de l’appelante au sujet de l’existence d’une confusion effective, analysées aux paragraphes 37 à 51 [des motifs du jugement].

[76] Il ressort d’une lecture attentive des paragraphes 5, 6 et 7 de ce résumé que la portée de ces déclarations est limitée à la question des dommages-intérêts et que le juge les a faites pour appuyer sa conclusion que des dommages-intérêts ne devaient pas être accordés pour le passé. Je reviendrai sur cette question lorsque j’examinerai le bien-fondé de l’appel incident des intimées.

Whether the Judge erred in granting the respondents an injunction

[77] For reasons already expressed, I find no merit in this argument.

Conclusion on the appeal

[78] I would allow the appeal to the limited extent of setting aside the conclusions of the Judge that:

(a) the appellant's registration has always been invalid by deleting from the first sentence of paragraph 2 of the judgment the words "and has always been";

(b) the use of the appellant's "Jaguar" mark in association with luggage wares is likely to depreciate the value of the goodwill attaching to Jaguar Cars Limited's Registrations for "Jaguar" marks for automobiles by deleting paragraph 2, No. 1 of the judgment; and

(c) the use of the appellant's "Jaguar" mark in association with luggage wares could potentially deceive and mislead the public by deleting paragraph 2, No. 2 of the judgment.

The merits of the cross-appeal

[79] In his formal judgment, the Judge ruled that the appellant's registration No. 263924 is and always has been invalid and shall be expunged. He came to the conclusion that at all material times, there was:

(a) a likelihood of depreciation of the value of the goodwill attached to the respondents' mark;

(b) a potential deception and misleading of the public resulting from the appellant's use of the "Jaguar" mark with luggage wares;

(c) a likelihood of confusion with the respondents' trade-marks for cars and luggage wares; and

Le juge a-t-il commis une erreur en accordant une injonction aux intimées?

[77] Pour les motifs déjà exposés, j'estime que cet argument n'est pas fondé.

Conclusion sur l'appel

[78] Je suis d'avis d'accueillir l'appel à la seule fin d'annuler les conclusions suivantes du juge de première instance :

a) l'enregistrement de l'appelante a toujours été invalide, par la suppression, à la première phrase du paragraphe 2 du jugement, des mots « a toujours été »;

b) l'emploi de la marque « Jaguar » de l'appelante en liaison avec des articles de bagage est susceptible de diminuer la valeur de l'achalandage attaché aux enregistrements de Jaguar Cars Limited concernant les marques « Jaguar » pour des automobiles, par la suppression du paragraphe 2, n° 1 du jugement;

c) l'emploi de la marque « Jaguar » de l'appelante en liaison avec des articles de bagage pourrait tromper le public et l'induire en erreur, par la suppression du paragraphe 2, n° 2 du jugement.

Bien-fondé de l'appel incident

[79] Dans le dispositif de son jugement, le juge a statué que l'enregistrement n° 263924 de l'appelante a toujours été et demeure invalide, et est radié (non souligné dans l'original). Il a conclu que, pendant toute la période pertinente :

a) l'emploi de la marque « Jaguar » de l'appelante était susceptible de diminuer la valeur de l'achalandage attaché à la marque des intimées;

b) l'emploi de la marque « Jaguar » de l'appelante en liaison avec des articles de bagage pourrait tromper le public et l'induire en erreur;

c) il existait un risque de confusion avec la marque de commerce des intimées en liaison avec des automobiles et des articles de bagage;

(d) a lack of distinctiveness of the appellant's trade-mark.

[80] The key passages relating to damages are found in paragraphs 5, 6, 7, 347, 348 and 349 of the reasons for judgment and in paragraph 6 of the judgment. I reproduce them as they appear in the reasons for judgment:

Therefore, in regard to the surveys and the evidence of the experts, the Court, further to reflection, is in basic agreement with the analysis of the Plaintiff, yet, in and of itself, that does not alter the Court's analysis, reached in conclusion, after consideration of the evidence as a whole. Although the ultimate outcome remains the same as that argued by the Defendants, in terms of the interpretation of the law, doctrine and jurisprudence, it is noted that both parties, respectively, claim that each, at the executive levels, did not know of the existence of the other at the outset of the legal proceedings; and the evidence itself, even if interpreted conversely by the respective parties, did not demonstrate otherwise; thus, the parties should be made to live with the consequences thereof for the past; by corollary, therefore, and even more so, it then becomes readily apparent through the evidence that the respective clienteles of the respective parties were different, as was the marked separation in the market place of the respective products of both parties. Remo sells its accessories, mainly, to low-end and sometimes medium-range retail stores; whereas, Jaguar Cars sells its accessories either through its automobile dealerships or directly to its buyers with no intermediary.

Therefore, the Plaintiff is not ordered to pay any exemplary, punitive or other damages; nevertheless, as explained in the reasons of the judgment below, the Defendants have a right to their "famous" trade-mark, thus, the Plaintiff's trade-mark, bearing the name Jaguar is to be expunged.

It is the Court's ultimate conclusion that even if confusion did not take place in the past, it has the potential to exist which, in and of itself, is of major significance. Again, since each party, at its executive levels, claims it did not "consciously" or "directly" know of the existence of the other prior to the outset of legal proceedings, neither party should be financially accountable to the other for the past, nor should either party suffer financial consequences based on that past (other than costs which remain to be determined); with respect to the future that would be a different matter, and therefrom flows the judgment.

d) la marque de commerce de l'appelante n'était pas distinctive.

[80] Les passages clés, en ce qui concerne les dommages-intérêts, se trouvent aux paragraphes 5, 6, 7, 347, 348 et 349 des motifs du jugement, ainsi qu'au paragraphe 6 du dispositif du jugement. Je les reproduis tels qu'ils figurent dans les motifs du jugement :

Par conséquent, pour ce qui est des sondages et des expertises, la Cour est, après réflexion, fondamentalement d'accord avec l'analyse de la demanderesse, bien que cela ne modifie pas en soi l'analyse qu'elle a faite à la suite de l'examen de l'ensemble de la preuve. Bien que le résultat ultime soit identique à ce que les défenderesses ont plaidé à l'égard de l'interprétation du droit, de la doctrine et de la jurisprudence, l'on notera que les deux parties prétendent l'une et l'autre que son propre échelon de direction ne connaissait pas l'existence de l'autre lors de l'introduction de l'action; et la preuve, même interprétée de manière opposée par chacune des parties, ne permet pas de conclure autrement. Les parties devraient donc être tenues d'en supporter les conséquences pour le passé; en corollaire, donc, et davantage encore, il appert clairement de la preuve que les clientèles respectives des parties étaient différentes, tout comme la distinction marquée sur le marché entre les produits respectifs des parties. Remo vendait ses accessoires principalement dans les magasins de détail de bas de gamme et parfois de milieu de gamme, alors que Jaguar Cars vend ses accessoires par l'intermédiaire de ses concessionnaires automobiles ou directement à ses acheteurs sans intermédiaire.

Par conséquent, il ne sera pas ordonné à la demanderesse de verser de dommages-intérêts exemplaires, punitifs ou autres. Cependant, pour les raisons exposées dans les motifs qui suivent, les défenderesses ont droit à leur marque de commerce « célèbre », et la marque de commerce de la demanderesse au nom de Jaguar doit donc être radiée.

La conclusion ultime de la Cour est que, même s'il n'y a pas eu de confusion dans le passé, celle-ci a la possibilité d'exister, ce qui, en soi, est un fait d'une grande signification. Étant donné que chacune des parties, à son propre échelon de direction, prétend qu'elle ne connaissait pas « consciemment » ni « directement » l'existence de l'autre avant l'introduction de l'action, aucune d'elles ne devrait être obligée de rendre des comptes à l'autre pour le passé, ni subir de conséquences financières sur la base de ce passé (hormis la taxation des dépens, lesquels restent à déterminer). Cependant, il en va différemment en ce qui concerne l'avenir, d'où le jugement qui suit.

...

The law assumes, or presumes, that if the goodwill of a man's business has been interfered with by the passing off of goods, damage results therefrom. He need not wait to show that damage has resulted, (*Sun Life*).

...

It is concluded that Remo has infringed Jaguar Cars registered trademarks and passed off its wares contrary to s.19, 20, 7(b) and 7(c) of the *Trade-marks Act*.

Jaguar Cars is therefore entitled to the following relief: A declaration that Remo's registration is invalid and Jaguar Cars' trademarks have the potential to be depreciated, infringed and passed off, as well as the issuance of an injunction (*Whiten; Apotex*).

and in the judgment:

6. Plaintiff shall not pay to the Defendants any exemplary, punitive or other monetary damages because until now, no monetary damages have been proven. The respective clienteles and markets of the respective parties have been separate until now; however, that may not be the situation for the future.

[81] The parties agree in their submissions that all these statements are not easy to reconcile. For example, the Judge ruled at paragraphs 347 and 348 of the reasons for judgment and at paragraph 2, No. 1 of the judgment that damage is presumed when the goodwill has been interfered with by the passing off of goods, that the appellant infringed the respondents' trade-marks and passed off its wares in violation of paragraphs 7(b) and (c) and of sections 19 [as am. by S.C. 1993, c.15, s. 60] and 20 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196] of the Act, and there was a likelihood of depreciation at all material times, that is to say since 1980. Yet, in the same breath, in paragraph 349, he shows a willingness to issue, as a remedy, a declaration which contradicts his earlier findings, namely that the respondents' trade-marks "have the potential to be depreciated, infringed and passed off".

[. . .]

La loi présume que si la commercialisation trompeuse de marchandises empiète sur l'achalandage du commerce d'une personne, il en résultera un préjudice. Cette personne n'a pas à attendre pour prouver qu'un préjudice a été causé (*Sun Life*).

[. . .]

Il est conclu que Remo a enfreint les marques de commerce déposées par Jaguar Cars et a commercialisé de manière trompeuse ses marchandises en contravention aux articles 19 et 20 et aux alinéas 7b) et 7c) de la *Loi sur les marques de commerce*.

Par conséquent, Jaguar Cars a droit aux réparations suivantes : une déclaration selon laquelle l'enregistrement de Remo est invalide et les marques de commerce de Jaguar Cars sont susceptibles de subir une diminution de valeur, une contrefaçon et une commercialisation trompeuse; ainsi qu'une injonction (*Whiten, Apotex*).

Et dans le jugement :

6. La demanderesse ne verse aux défenderesses aucuns dommages-intérêts pécuniaires—exemplaires, punitifs ou autres—parce qu'aucun dommage de nature financière n'a été prouvé jusqu'à présent. La clientèle et le marché respectifs de chaque partie sont demeurés distincts jusqu'à présent, mais ce pourrait ne pas être le cas plus tard.

[81] Les parties conviennent, dans leurs observations, qu'il n'est pas facile de concilier toutes ces déclarations. Par exemple, le juge a déclaré, aux paragraphes 347 et 348 des motifs du jugement et au paragraphe 2, n° 1 du dispositif du jugement, que l'on présume qu'un préjudice a été causé lorsque la commercialisation trompeuse de marchandises empiète sur l'achalandage. Il a déclaré par ailleurs que l'appelante a enfreint les marques de commerce des intimées et qu'elle a commercialisé de manière trompeuse ses marchandises en contravention des alinéas 7)b) et 7 c) et des articles 19 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60] et 20 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196] de la Loi, et qu'il y a eu une probabilité de diminution de valeur pendant toute la période pertinente, c'est-à-dire depuis 1980. Pourtant, du même souffle, au paragraphe 349, il se montre disposé à accorder, à titre de réparation, un jugement déclaratoire qui contredit ses conclusions précédentes, en l'occurrence que les marques de commerce des

[82] The Judge's reasons leave the impression that he had a desire not to award damages for the past, but to leave the door open for the future. I think that he came to the right result, but for reasons which confuse the issue of damages.

[83] The respondents argue in their cross-appeal that the Judge erred in finding that there was no evidence of damages and in failing to order a reference as to damages or profits in accordance with the order of Teitelbaum J. issued on November 18, 1998.

[84] That order was issued pursuant to rule 153 *et seq* of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] and used the language of former Rule 480 of the *Federal Court Rules, C.R.C.*, c. 663. The gist of that order is found in paragraph 1 and reads:

1. IT IS ORDERED that the questions of:

- (1) the extent of the infringement of any rights of any party;
- (2) the damages flowing from any infringement of any rights of any party; and
- (3) the profits arising from any infringement of any rights of any party, if any, be, after trial, the subject of a reference under Rule 153 *et seq* if it then appears that such questions need to be decided.

[85] The Judge found likelihood of confusion and passing off from 1980 to present. In assessing the relevant circumstances under subsection 6(5) of the Act, he took into consideration the fact that the appellant and the respondents operated in different channels of trade. Having so concluded, the respondents submit that the Judge could not rule that there were no damages for the

intimées « sont susceptibles de subir une diminution de valeur, une contrefaçon et une commercialisation trompeuse ».

[82] Dans ses motifs, le juge donne l'impression qu'il ne voulait pas accorder de dommages-intérêts pour le passé, mais qu'il voulait laisser la porte ouverte pour l'avenir. Je crois qu'il est arrivé au bon résultat, mais pour des motifs qui créent de la confusion en ce qui concerne la question des dommages-intérêts.

[83] Dans leur appel incident, les intimées soutiennent que le juge a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve tendant à démontrer l'existence d'un préjudice et en n'ordonnant pas la tenue d'un renvoi au sujet des dommages-intérêts et des profits, conformément à l'ordonnance rendue par le juge Teitelbaum le 18 novembre 1998.

[84] Cette ordonnance a été rendue en vertu des règles 153 et suivantes des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] et elle reprenait le libellé de l'ancien article 480 des *Règles de la Cour fédérale, C.R.C.*, ch. 663. L'essentiel de cette ordonnance se trouve au paragraphe 1 :

1. IL EST ORDONNÉ que les questions :

- (1) de l'étendue de la violation des droits de toute partie;
- (2) des dommages causés par la violation des droits de toute partie;
- (3) des profits tirés de la violation des droits de toute partie, s'il en est, fassent, après le procès, l'objet d'un renvoi en vertu des articles 153 et suivantes des Règles, s'il semble alors qu'il est nécessaire de trancher ces questions.

[85] Le juge a conclu qu'il y avait eu une probabilité de confusion et de commercialisation trompeuse depuis 1980. Pour apprécier les facteurs énumérés au paragraphe 6(5) de la Loi, il a tenu compte du fait que l'appelante et les intimées utilisaient des réseaux commerciaux différents. Les intimées font valoir qu'après avoir tiré une telle conclusion, le juge ne

past on the basis that the parties exploited different channels of trade.

[86] With respect to depreciation of the value of the goodwill attached to their trade-marks, the respondents argue that the finding of passing off by the Judge required a finding of damage. Therefore, he could not later find that there was no damage for the past, once again on the basis that the parties were not trading in the same channels.

[87] Finally, the respondents aver that the Judge, having found that the appellant's registration was void *ab initio* (the Judge ruled that the appellant's registration is and always has been invalid and has never been registrable), should have made the appellant financially accountable for the past. Alternatively, compensation should be available to them either as of the date the appellant was made aware that the respondents were challenging the validity of its registration, or as of the date of the judgment by the Federal Court.

[88] The appellant did not appeal directly against the Judge's finding of passing off. However, counsel for the appellant contends that his client is not liable for damages until the appellant's registration was declared invalid. He also supports the findings of the Judge that there was no evidence of damages for the past resulting from confusion or depreciation.

[89] Three components are necessary for a passing-off action: the existence of a goodwill, deception of the public due to a misrepresentation and actual or potential damage to the plaintiff: see *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.*, [1992] 3 S.C.R. 120, at page 132; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302, at paragraphs 66 to 69. Misrepresentation is not limited to willful misrepresentation: it also covers negligent or careless misrepresentation: *Kirkbi*, at paragraph 68.

pouvait conclure qu'aucun préjudice n'avait été causé dans le passé en raison du fait que les parties exploitaient des réseaux commerciaux différents.

[86] En ce qui concerne la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à leurs marques de commerce, les intimées soutiennent que, pour conclure à la commercialisation trompeuse, il fallait d'abord que le juge conclue à l'existence d'un préjudice. Il ne pouvait donc pas conclure par la suite qu'aucun préjudice n'avait été subi dans le passé, là encore en se fondant sur le fait que les parties n'exploitaient pas les mêmes réseaux.

[87] Enfin, les intimées affirment qu'après avoir conclu que l'enregistrement de l'appelante était nul *ab initio* (ayant déclaré que l'enregistrement de l'appelante a toujours été et demeure invalide et n'a jamais été enregistrable), le juge aurait dû obliger l'appelante à rendre des comptes pour le passé sur le plan financier ou, à titre subsidiaire, les intimées devraient avoir droit à une indemnité soit à compter de la date à laquelle l'appelante a été mise au courant que les intimées contestaient la validité de son enregistrement, soit à la date du jugement de la Cour fédérale.

[88] L'appelante n'a pas interjeté appel directement de la conclusion de commercialisation trompeuse tirée par le juge. L'avocat de l'appelante affirme toutefois que sa cliente n'est passible de dommages-intérêts qu'à compter de la date à laquelle l'enregistrement de l'appelante a été déclaré invalide. Il souscrit également aux conclusions du juge suivant lesquelles aucun préjudice n'a été démontré, pour le passé, en ce qui concerne la confusion ou la diminution de valeur.

[89] Trois éléments sont nécessaires à une action en commercialisation trompeuse : l'existence d'un achalandage, l'induction en erreur du public par suite d'une représentation trompeuse et des dommages réels ou éventuels causés au demandeur : voir les arrêts *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120, à la page 132; et *Kirkbi AG c. Gestion Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, aux paragraphes 66 à 69. Les fausses déclarations ne se limitent pas aux déclarations délibérées; elles englobent les fausses déclarations faites par négligence ou avec insouciance : *Kirkbi*, au paragraphe 68.

[90] I should point out that, in stating the three components of a passing-off action, Gonthier J. quoted from Lord Oliver in *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873 (H.L.), at page 880. However, when referring to damages, Lord Oliver retained actual damage or likelihood of damage as the third component, as opposed to merely potential damage. In *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, previously cited, at page 4-83, the authors also speak in terms of likelihood of damage and cite the *Ciba-Geigy Canada Ltd.* case in support of their statement of that part of the test. These authorities, taken together with the fact that damages are assessed on the standard of likelihood in other trade-mark matters, lead me to conclude that the third component of a passing-off action requires proof of actual damage or the likelihood of damage: see *Veuve Clicquot Ponsardin*, previously cited, at paragraphs 37-38, maintaining the standard of likelihood for both the issues of confusion and depreciation. Accordingly, when Gonthier J. used the term “potential damage” in *Ciba-Geigy Canada Ltd.*, I believe that he used the phrase to mean damages that had not actually occurred. He did not set the standard for establishing damages in actions of passing off as anything lower than proof of the likelihood of damages.

[91] I confess that I am at a loss to understand how and why the Judge in the case at bar could have come to the conclusion, on the basis of the evidence before him, that the appellant passed off its wares as those of the respondents and ruled the appellant’s registration No. 263924 to have always been invalid.

[92] The appellant validly registered its trade-mark in 1981 for tote bags and luggage and amended it in 1984 for handbags and school bags. As previously mentioned, both parties to the proceedings were unaware at the time, and until 1991, of the existence of each other. The Judge did not impugn the credibility of either party. How then can it be said that the appellant engaged in a

[90] Je tiens à signaler qu’en énonçant les trois éléments de l’action en commercialisation trompeuse, le juge Gonthier a cité les propos tenus par lord Oliver dans l’arrêt *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873 (H.L.), à la page 880. Il y a toutefois lieu de souligner qu’en ce qui concerne les dommages, lord Oliver a retenu les dommages réels ou probables comme troisième élément, par opposition aux simples dommages possibles. Dans leur ouvrage *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, précité, à la page 4-83, les auteurs parlent aussi de probabilité de préjudice et citent l’arrêt *Ciba-Geigy Canada Ltd.* au soutien de leur énoncé de ce volet du critère. Outre le fait que, dans les autres affaires ayant trait aux marques de commerce, les dommages sont évalués en fonction de la norme de la probabilité, ces autorités m’amènent à conclure que le troisième élément de l’action en commercialisation trompeuse exige une preuve de l’existence d’un préjudice réel ou probable : voir l’arrêt *Veuve Clicquot Ponsardin*, précité, aux paragraphes 37 et 38, confirmant la norme du préjudice probable tant pour la question de la confusion que pour celle de la diminution de valeur. Par conséquent, lorsque le juge Gonthier a employé l’expression « dommages possibles » dans l’arrêt *Ciba-Geigy Canada Ltd.*, je crois qu’il songeait à des dommages qui ne s’étaient pas matérialisés. Il n’a pas prévu, en ce qui concerne les dommages dans les actions en commercialisation trompeuse, une norme de preuve moins exigeante que celle qui est appliquée dans le cas des dommages probables.

[91] Je dois avouer que je n’arrive pas à comprendre comment et pourquoi, en l’espèce, le juge a pu en arriver à la conclusion, vu l’ensemble de la preuve dont il disposait, que l’appelante avait fait passer ses marchandises pour celles des intimées et déclarer que l’enregistrement n° 263924 de l’appelante avait toujours été invalide.

[92] L’appelante a valablement enregistré sa marque de commerce en 1981 relativement à des fourre-tout et des bagages et l’a modifiée en 1984 pour y ajouter des sacs à main et des sacs d’école. Ainsi que je l’ai déjà mentionné, les deux parties à l’instance ignoraient à l’époque l’existence l’une de l’autre, et ce, jusqu’en 1991. Le juge n’a pas remis en question la crédibilité de

willful or negligent misrepresentation creating confusion in the public when it did not know of the existence of the respondents' trade-marks, applied publicly and without opposition for a registration of, and subsequent amendments to, its own mark, and operated in channels of trade different from those of the respondents?

[93] It is true that in 1999, therefore after it knew of the existence of the respondents, the appellant launched a massive Canada-wide advertising campaign of its wares bearing its "Jaguar" mark. However, at the time, the appellant's law suit for infringement against the respondents was pending although the respondents' counterclaim seeking expungement of the appellant's registration had been filed.

[94] These are the only facts related by the Judge even remotely linked to a finding of misrepresentation. However, he draws no adverse inference or conclusion from them. Even if he did find misrepresentation in these facts, it would still not explain his implicit finding that misrepresentation existed since 1981, i.e. the date of the registration of the appellant's trade-mark.

[95] Since the appellant did not appeal against the Judge's conclusion with respect to passing off, I will refrain from deciding that issue. I will, however, address the question of damages, beginning with depreciation of the goodwill.

Damages resulting from depreciation of goodwill

[96] The Judge made a finding pursuant to section 22 of the Act that use of the appellant's mark in association with luggage wares is likely to depreciate the value of the goodwill attaching to Jaguar Cars Limited's registrations for "Jaguar" marks for automobiles.

l'une ou l'autre partie. Comment alors peut-on dire que l'appelante a fait de fausses déclarations délibérément ou par négligence, créant ainsi de la confusion dans l'esprit du public, alors qu'elle ignorait l'existence des marques de commerce des intimées, qu'elle a demandé publiquement et sans opposition l'enregistrement de sa propre marque, dont elle a ensuite demandé la modification, et qu'elle a exploité des réseaux commerciaux différents de ceux des intimées?

[93] Il est vrai qu'en 1999, c'est-à-dire après avoir appris l'existence des intimées, l'appelante a lancé à l'échelle du Canada une campagne de publicité massive pour ses marchandises portant sa marque « Jaguar ». Toutefois, à l'époque, l'action en contrefaçon intentée par l'appelante contre les intimées était en instance et ce, même si les intimées avaient introduit leur demande reconventionnelle dans laquelle elles réclamaient la radiation de l'enregistrement de l'appelante.

[94] Ce sont les seuls faits relatés par le juge qui soient liés même indirectement à une conclusion de fausses déclarations. Le juge n'en tire cependant aucune inférence ou conclusion défavorable. Même s'il avait effectivement conclu à l'existence de fausses déclarations à partir de ces faits, une telle constatation n'expliquerait quand même pas sa conclusion implicite que les fausses déclarations remontaient à 1981, c'est-à-dire à la date de l'enregistrement de la marque de commerce de l'appelante.

[95] Comme l'appelante n'a pas interjeté appel de la conclusion tirée par le juge au sujet de la commercialisation frauduleuse, je vais m'abstenir de trancher cette question. Je vais toutefois aborder la question des dommages, en commençant par ceux imputables à la diminution de la valeur de l'achalandage.

Dommages découlant de la diminution de la valeur de l'achalandage

[96] Le juge a conclu, en vertu de l'article 22 de la Loi, que l'emploi de la marque de l'appelante en liaison avec des articles de bagage est susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux enregistrements de Jaguar Cars Limited relativement aux marques « Jaguar » se rapportant à des automobiles.

[97] In *Veuve Clicquot Ponsardin*, the Supreme Court of Canada laid a stringent test in relation to depreciation. While depreciation of the value of the goodwill attaching to a mark may exist in the absence of confusion, there has to be a link, connection or mental association in the consumer's mind between the appellant's display and the respondents' famous trade-marks "Jaguar" in order that depreciation of the latter be found: see paragraph 49 of the above decision.

[98] The existence of the linkage or mental association is not to be assumed. At paragraph 56, Binnie J. wrote:

If the somewhat-hurried consumer does not associate what is displayed in the respondents' store with the mark of the venerable champagne maker, there can be no impact—positive or negative—on the goodwill attached to VEUVE CLICQUOT.

[99] The same is true here. If the hurried consumer at Zellers, K-Mart, Giant Tiger and Sears, where the appellant is selling its wares, does not associate what is displayed there with the "Jaguar" mark for automobiles, then there is no impact on the goodwill attached to Jaguar cars.

[100] Furthermore, depreciation is not to be presumed. It has to be proven and mere possibility of depreciation is not sufficient. Evidence of at least a likelihood of depreciation is required: *Veuve Clicquot*, at paragraphs 60 and 67.

[101] The Judge found that use by the appellant of its mark "Jaguar" in association with luggage wares is likely to depreciate the value of the goodwill attaching to the respondents' trade-marks "Jaguar" for automobiles: see paragraph 2, No. 1 of the judgment.

[102] While the Judge did a theoretical review of the law relating to depreciation, his analysis of the evidence is too broad and unspecific.

[97] Dans l'arrêt *Veuve Clicquot Ponsardin*, la Cour suprême du Canada a formulé un critère rigoureux en matière de diminution de la valeur. Bien qu'il puisse y avoir diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque même en l'absence de confusion, il doit exister un lien, une connexion ou une association dans l'esprit du consommateur entre la marque affichée par l'appelante et les marques de commerce célèbres « Jaguar » des intimées pour qu'on puisse conclure à la dépréciation de ces dernières : voir le paragraphe 49 de cet arrêt.

[98] L'existence du lien ou de l'association dans l'esprit du consommateur ne peut être présumée. Au paragraphe 56, le juge Binnie a écrit :

Si le consommateur plutôt pressé n'associe pas la marque affichée dans les boutiques des intimées à la marque du vénérable producteur de champagne, il ne peut y avoir d'incidence—positive ou négative—sur l'achalandage attaché à VEUVE CLICQUOT.

[99] Il en va de même en l'espèce. Si le consommateur pressé qui se trouve dans les magasins Zellers, K-Mart, Tigre Géant et Sears, où l'appelante vend ses marchandises, n'associe pas ce qui y est montré avec la marque « Jaguar » pour des automobiles, il ne peut y avoir d'incidence sur l'achalandage attaché aux voitures Jaguar.

[100] Qui plus est, la diminution de la valeur ne se présume pas. Elle doit être prouvée et la simple possibilité de diminution de la valeur ne suffit pas. Il faut faire la preuve à tout le moins d'une probabilité de diminution de la valeur : *Veuve Clicquot*, aux paragraphes 60 et 67.

[101] Le juge a conclu que l'emploi, par l'appelante de sa marque « Jaguar » en liaison avec des articles de bagage, est effectivement susceptible de déprécier la valeur de l'achalandage attaché aux marques de commerce « Jaguar » des intimées pour des automobiles : voir le paragraphe 2, n° 1 du jugement.

[102] Le juge a fait une analyse théorique des règles de droit relatives à la diminution de la valeur, mais son analyse de la preuve est trop large et indéterminée.

[103] The Judge rejected all expert evidence submitted by the respondents. One is then left with the evidence that the respondents, as of 1980, sold expensive and luxurious cars and that, at the same period, the appellant sold inexpensive bags. While the appellant's claim of confusion may be sufficient to ground a finding that there was a linkage between the parties' marks in the mind of the somewhat hurried consumer, there is still not enough evidence on the record to establish a likelihood of depreciation of the respondents' "Jaguar" mark for cars. The Judge does not draw any attention to which evidence could lead to such a holding, and I cannot conclude on the mere basis of the unequal quality or price of the parties' goods that a likelihood of depreciation has been established.

[104] In the end, I do not think that the respondents have met their burden of proving depreciation and that an inference of likelihood of depreciation can be drawn from the record.

[105] The reference ordered by Teitelbaum J. applies to damages or profits flowing from any infringement. It applies to an infringement claim pursuant to section 20 of the Act. It does not extend to a claim of depreciation under section 22. As the Supreme Court of Canada ruled in the *Veuve Clicquot Ponsardin* case, at paragraph 69, the likelihood of depreciation is one of the elements of the cause of action and it needs to be established for the claim to succeed before the extent of said depreciation can be determined by way of reference.

Damages for the past

[106] The respondents invoke three decisions to support their contention that the judge was right in concluding that the appellant's registration was void *ab initio*: *Marchands Ro-Na Inc. v. Tefal S.A.* (1980), 59 C.P.R. (2d) 139 (F.C.T.D.); *W.J. Hughes & Sons "Corn*

[103] Le juge a rejeté tous le témoignages d'experts soumis par les intimées. On se retrouve avec le témoignage suivant lequel, en 1980, les intimées vendaient des voitures de luxe chères et qu'à la même époque, l'appelante vendait des sacs bon marché. Bien que la prétention de confusion de l'appelante puisse être suffisante pour justifier une conclusion suivant laquelle il existe un lien entre les marques des parties dans l'esprit du consommateur quelque peu pressé, le dossier ne renferme toujours pas d'éléments de preuve suffisamment solides pour démontrer que la marque « Jaguar » employée par les intimées relativement à des voitures est susceptible de subir une diminution de valeur. Le juge ne précise pas quels éléments de preuve pourraient permettre de tirer une telle conclusion et je ne puis conclure, sur le seul fondement d'une inégalité en ce qui concerne la qualité ou le prix des marchandises des parties, que la probabilité d'une diminution de valeur a été établie.

[104] En dernière analyse, je ne crois pas que les intimées se sont déchargées du fardeau qui leur incombait de démontrer la diminution de la valeur et je ne crois pas non plus qu'on puisse inférer du dossier qu'il existe une probabilité de diminution de la valeur.

[105] Le renvoi dont le juge Teitelbaum a ordonné la tenue s'applique aux dommages-intérêts ou aux profits découlant de toute contrefaçon. Il s'applique à une action en contrefaçon introduite en vertu de l'article 20 de la Loi. Il ne s'étend cependant pas à une action pour diminution de la valeur fondée sur l'article 22. Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a déclaré dans l'arrêt *Veuve Clicquot Ponsardin*, au paragraphe 69, la probabilité de diminution de la valeur est l'un des éléments du droit d'action, et il faut en établir l'existence pour que l'action soit accueillie; alors seulement l'ampleur de la diminution de valeur peut être déterminée dans le cadre d'un renvoi.

Dommages pour le passé

[106] Les intimées invoquent trois décisions à l'appui de leur argument que c'est à bon droit que le juge a conclu que l'enregistrement de l'appelante était nul *ab initio* : *Marchands Ro-Na Inc. c. Tefal S.A.*, [1980] A.C.F. n° 115 (1^{re} inst.) (QL); *W.J. Hughes & Sons*

Flower” Ltd. v. Morawiec (1970), 62 C.P.R. 21 (Ex. Ct.); and *Unitel Communications Inc. v. Bell Canada* (1995), 61 C.P.R. (3d) 12 (F.C.T.D.).

[107] The *Marchands Ro-Na Inc. and Unitel Communications Inc.* cases are distinguishable from the present instance. In the first case, the registration had been obtained on misleading evidence and, in the second, the marks were improperly registered on the basis of false declarations of use.

[108] As for the *W.J. Hughes & Sons “Corn Flower” Ltd.* case, it dates back some 37 years and many reasons were given for declaring void *ab initio* the registration of the trade-mark: the plaintiff did not intend to use the design or pattern as a trade-mark, never used the trade-mark as a trade-mark since the date of registration (August 11, 1951) to 1970, the pattern or design was not the subject of a trade-mark within the meaning of paragraph 2(m) of the *Unfair Competition Act, 1932* [S.C. 1932, c. 38] in that, as employed, it had a functional use or characteristic being ornamental and that its intended use was solely for such functional purpose. At page 11 of the reasons for judgment, Gibson J. wrote:

But there could have been no valid registration of this pattern or design to be applied on glassware for ornamentation or functional use only. If the intention to do this latter only had been conveyed to the Registrar at the time of the application in 1951, he probably would have refused registration.

[109] At the time, intention to use as a trade-mark was one of the bases for valid registration and the plaintiff lied as to its true intention when it declared that the pattern or design was to be used for trade-mark purposes. Again, this is a situation quite different from the one prevailing in the present instance.

[110] In the case at bar, the appellant had a valid registration until found invalid and expunged by the Judge in 2006. There were no misrepresentations made by the appellant at the time of registration. There is no

“Corn Flower” Ltd. v. Morawiec (1970), 62 C.P.R. 21 (C. de l'É.), et *Unitel Communications Inc. c. Bell Canada*, [1995] A.C.F. n° 613 (1^{re} inst.) (QL).

[107] Les affaires *Marchands Ro-Na Inc. et Unitel Communications Inc.* se distinguent de la présente espèce. Dans la première, l'enregistrement avait été obtenu sur la foi d'éléments de preuve trompeurs et, dans la seconde, les marques avaient été irrégulièrement enregistrées sur la foi de fausses déclarations d'usage.

[108] Quant à l'affaire *W.J. Hughes & Sons “Corn Flower” Ltd.*, elle remonte à quelque 37 ans et le tribunal a invoqué de nombreuses raisons pour déclarer nul *ab initio* l'enregistrement de la marque de commerce : la demanderesse n'avait pas l'intention d'utiliser le dessin ou le modèle comme marque de commerce, elle n'avait jamais employé la marque de commerce comme marque de commerce entre la date de son enregistrement (11 août 1951) et 1970, et le dessin ou le modèle ne faisait pas l'objet d'une marque de commerce au sens de l'alinéa 2m) de la *Loi sur la concurrence déloyale, 1932* [S.C. 1932, ch. 38] étant donné que le dessin en question était fonctionnel ou décoratif et ne servait qu'à des fins fonctionnelles. À la page 11 des motifs du jugement, le juge Gibson a écrit :

[TRADUCTION] Mais on ne peut considérer valide l'enregistrement de ce motif ou dessin devant être appliqué sur de la verrerie pour des besoins décoratifs ou fonctionnels uniquement. Si le requérant avait l'intention d'utiliser ce dessin à cette dernière fin et en avait fait part au registraire au moment de la demande en 1951, ce dernier aurait probablement refusé la demande.

[109] À l'époque, la validité de l'enregistrement était notamment subordonnée à l'intention d'employer le dessin comme marque de commerce; or, la demanderesse avait menti au sujet de ses véritables intentions en déclarant que le dessin ou le modèle devait servir pour la marque de commerce. Là encore, il s'agit d'une situation très différente de celle dont il est question en l'espèce.

[110] Dans la présente affaire, l'appelante détenait un enregistrement valide jusqu'à ce que celui-ci soit invalidé et radié par le juge en 2006. L'appelante n'a pas fait de fausses déclarations au moment de l'enregis-

finding by the Judge that the appellant was acting in bad faith at that time although no satisfactory explanation was given as to why the appellant changed the names “Beau Sac” and “Sacsibo” of its bags and moved to register its trade-mark “Jaguar” in 1981. The Judge concluded that there was evidence of likelihood of confusion at the time of the proceedings in 1991 and that this likelihood of confusion would remain if the appellant’s trade-mark were allowed to stay on the registry. I think that, in the circumstances, the appellant is entitled to the benefit of section 19 of the Act which reads:

19. Subject to sections 21, 32 and 67, the registration of a trade-mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner of the trade-mark the exclusive right to the use throughout Canada of the trade-mark in respect of those wares or services.

[111] The case law stands for the proposition “that the use of a registered trade-mark is an absolute defence to an action in passing off” where there is no significant difference between the mark as registered and the mark as used: see *Jonathan, Boutiques Pour Hommes Inc. v. Jay-Gur International Inc.* (2003), 23 C.P.R. (4th) 492 (F.C.T.D.), at paragraphs 4 and 6.

[112] A similar conclusion was reached by the British Columbia Court of Appeal in *Chemicals Inc. and Overseas Commodities Ltd. v. Shanahan’s Ltd.* (1951), 15 C.P.R. 1, at page 13 and by the Ontario Court of Appeal in *Molson Canada v. Oland Breweries Ltd.* (2002), 9 O.R. (3d) 607. In this last case, at paragraph 16, Carthy J.A., writing for the Court, said:

My conclusion from this review of the case law is that the respondent is entitled to use its mark throughout Canada in association with its beer. If a competitor takes exception to that use its sole recourse is to attack the validity of the registration. If it were otherwise, a plaintiff complaining of confusion caused by a competitor’s registered mark would himself be infringing on the mark by establishing that confusion. This follows from s. 20 of the Act, which provides that a registered mark is deemed infringed by a person who sells wares with a confusing trade-mark or trade name.

Le juge n’a jamais conclu que l’appelante avait agi de mauvaise foi à l’époque, bien qu’aucune raison satisfaisante n’ait été avancée pour expliquer pourquoi l’appelante avait changé les noms « Beau Sac » et « Sacsibo » dans le cas de ses sacs et avait demandé l’enregistrement de sa marque de commerce « Jaguar » en 1981. Le juge a conclu qu’il existait des éléments de preuve établissant une probabilité de confusion au moment où l’action a été introduite en 1991 et que cette probabilité de confusion subsisterait si la marque de commerce de l’appelante demeurait au registre. Je crois que, dans ces conditions, l’appelante a le droit de se prévaloir de l’article 19 de la Loi, qui prévoit :

19. Sous réserve des articles 21, 32 et 67, l’enregistrement d’une marque de commerce à l’égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l’emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces marchandises ou services.

[111] Selon la jurisprudence, « l’emploi d’une marque de commerce déposée constitue une défense absolue à l’encontre d’une action en commercialisation trompeuse » lorsqu’il n’y a pratiquement pas de différence entre la marque telle qu’elle a été enregistrée et celle qui a été employée : *Jonathan, Boutiques Pour Hommes Inc. c. Jay-Gur International Inc.*, 2003 CFPI 106, aux paragraphes 4 et 6.

[112] Une conclusion semblable a été tirée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Chemicals Inc. and Overseas Commodities Ltd. v. Shanahan’s Ltd.* (1951), 15 C.P.R. 1, à la page 13, et par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Molson Canada v. Oland Breweries Ltd.* (2002), 59 O.R. (3d) 607. Dans ce dernier arrêt, le juge Carthy a écrit ce qui suit, au nom de la Cour, au paragraphe 16 :

[TRADUCTION] Mon examen de la jurisprudence m’amène à conclure que l’intimée a le droit d’employer sa marque partout au Canada en liaison avec sa bière. Si un concurrent s’oppose à cet emploi, son seul recours consiste à contester la validité de l’enregistrement. S’il en était autrement, un demandeur se plaignant de la confusion causée par la marque déposée d’un concurrent contreferait lui-même cette marque en établissant cette confusion. Cette conclusion découle du texte de l’article 20 de la Loi, qui prévoit que le droit du propriétaire d’une marque de commerce est réputé avoir été violé par une personne qui vend des marchandises en liaison

[113] This legal conclusion also finds support in the following *obiter* from Binnie J., at paragraph 16 of his reasons for judgment in the *Veuve Clicquot Ponsardin* case:

The respondents say that the 1997 registration of their trade-mark *Clicquot* and *Clicquot “Un Monde à part”* is a complete answer to the appellant’s claim. I do not agree. The appellant has put the validity of the registrations in issue and seeks expungement. Were the appellant to succeed in obtaining expungement, no doubt the respondents could argue that they ought not to be liable to pay compensation attributable to the period during which their own registrations were in effect. However, as the appellant has not succeeded on this appeal, the scope of compensation is not an issue that arises for determination in this case. [Emphasis added.]

[114] In my respectful view, the respondents are entitled to damages or profits for infringement, but only as of January 16, 2006 which is the date of the judgment of the Judge.

Whether a reference should be ordered

[115] The appellant was enjoined by the Judge to cease selling its wares with the “Jaguar” mark. However, by an order of Blais J. rendered on February 13, 2006, the judgment was stayed in part and the appellant has continued selling its wares. A reference should therefore be made to determine the extent of the infringement since January 16, 2006 and the damages or profits flowing from that infringement.

Conclusion on the cross-appeal

[116] I would allow the cross-appeal with costs and set aside paragraph 6 of the judgment. Proceeding to render the judgment that should have been rendered, I would send the matter back to the Federal Court to determine whether the respondents, if they so desire, are entitled to elect for an accounting of profits instead of damages. Pursuant to the order of Teitelbaum J., I would

avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion.

[113] Cette conclusion de droit trouve également appui dans la remarque incidence suivante du juge Binnie, au paragraphe 16 de ses motifs du jugement dans l’arrêt *Veuve Clicquot Ponsardin* :

Les intimées soutiennent qu’il leur suffit d’invoquer l’enregistrement, en 1997, de leurs marques de commerce *Clicquot* et *Clicquot « Un monde à part »* pour répondre entièrement à la demande de l’appelante. Je ne suis pas d’accord. L’appelante a contesté la validité de l’enregistrement et en demande la radiation. Si l’appelante avait gain de cause et obtenait la radiation de l’inscription, les intimées pourraient assurément plaider qu’elles ne devraient pas être tenues de verser une indemnité pour la période pendant laquelle leurs propres inscriptions étaient en vigueur. Toutefois, comme l’appelante n’a pas eu gain de cause dans le pourvoi, il n’y a pas lieu de trancher la question de la portée de l’indemnisation. [Non souligné dans l’original.]

[114] À mon humble avis, les intimées ont droit à des dommages-intérêts ou aux profits provenant de la contrefaçon, mais uniquement à compter du 16 janvier 2006, c’est-à-dire la date du jugement du juge de première instance.

Opportunité d’ordonner la tenue d’un renvoi

[115] Le juge a interdit à l’appelante de vendre ses marchandises avec la marque « Jaguar ». Toutefois, aux termes de l’ordonnance rendue le 13 février 2006 par le juge Blais, l’exécution de ce jugement a été suspendue en partie et l’appelante a continué de vendre ses marchandises. Un renvoi devrait par conséquent avoir lieu pour déterminer l’étendue de la contrefaçon depuis le 16 janvier 2006, ainsi que les dommages-intérêts ou les profits imputables à cette contrefaçon.

Conclusion sur l’appel incident

[116] Je suis d’avis d’accueillir l’appel incident avec dépens et d’annuler le paragraphe 6 du jugement. Rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je renverrais l’affaire à la Cour fédérale pour qu’elle décide si les intimées, si tel est leur désir, ont le droit de choisir une remise des profits au lieu des dommages-intérêts. Conformément à l’ordonnance du juge

refer to the Federal Court the issue of the extent of the infringement as well as that of damages or profits, as the case may be, for a determination of their quantum as a result of the appellant's infringing activities since January 16, 2006.

[117] The stay of judgment sought by the appellant in the Federal Court was for the duration of the present appeal. However, the order issued by Blais J. fixes no limit on the duration of the stay. Consequently, I would order that the partial stay of the Federal Court decision ceases to have effect on the release of the decision of this Court to the parties.

[118] I would also order that:

(a) the money held in trust by respondents' counsel pursuant to the order of Blais J. dated February 13, 2006 be applied towards damages or profits found on the reference; and

(b) the sum of \$100,000 held in trust by respondents' counsel as a security for costs of the appeal be applied to the costs of the appeal and cross-appeal ordered in favour of the respondents.

[119] Finally, pursuant to section 37 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 37] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], I would order that the appellant pay to the respondents post-judgment interests at a rate that the Federal Court considers reasonable in the circumstances.

Summary of findings on the appeal and cross-appeal

[120] For the sake of clarity, I think that I should summarize the principal findings made in these reasons for judgment since some of them are not reflected in the formal judgment.

[121] I agree with the Judge that the respondents' trade-marks "Jaguar" for automobiles, luggage wares

Teitelbaum, je renverrais à la Cour fédérale la question de l'étendue de la contrefaçon ainsi que celle des dommages-intérêts ou des profits, selon le cas, pour que le montant en soit calculé par suite des activités de contrefaçon auxquelles l'appelante s'est livrée depuis le 16 janvier 2006.

[117] La durée du sursis à l'exécution du jugement réclamé par l'appelante devant la Cour fédérale devait correspondre à celle du présent appel. Toutefois, l'ordonnance rendue par le juge Blais ne fixe pas de limites à la durée du sursis. En conséquence, j'ordonnerais que le sursis partiel à l'exécution du jugement de la Cour fédérale cesse d'avoir effet au moment où la présente décision sera communiquée aux parties.

[118] J'ordonnerais également que :

a) les sommes détenues en fiducie par l'avocat des intimées conformément à l'ordonnance du 13 février 2006 du juge Blais soient affectées aux dommages-intérêts ou aux profits calculés lors du renvoi;

b) la somme de 100 000 \$ détenue en fiducie par l'avocat des intimées en garantie du paiement des dépens de l'appel soit affectée aux dépens de l'appel et de l'appel incident adjugés aux intimées.

[119] Enfin, conformément à l'article 37 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 37] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], je condamnerais l'appelante à payer aux intimées les intérêts après jugement au taux que la Cour fédérale estime raisonnable dans les circonstances.

Résumé des conclusions sur l'appel et l'appel incident

[120] Par souci de clarté, je crois que je devrais résumer les principales conclusions formulées dans les présents motifs du jugement étant donné que certains d'entre elles ne se retrouvent pas dans le dispositif du jugement.

[121] Je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que les marques de commerce

and other related accessories were famous by 1980, 1990 and still are today.

[122] I also agree with his finding that there is a likelihood of confusion between the appellant's trade-mark and wares and those of the respondents since 1991 to the present time and that the appellant infringed the respondents' trade-mark. Accordingly, the Judge made no mistake when he issued a permanent injunction against the appellant and an order to destroy or deliver up all material contrary to the injunction that is in the possession or within the power, custody or control of the appellant.

[123] The Judge rightly concluded that the registration of the appellant's mark was invalid and should be expunged. However, I believe that, on the basis of the evidence that he accepted, he could not declare void *ab initio* the appellant's registration of its trade-mark.

[124] I also disagree with the Judge's interpretation of section 22 of the Act whereby he made depreciation of the goodwill and deception of the public grounds of invalidity of a registration pursuant to section 18 of the Act.

[125] In the same vein, I do not think that the evidence on the record supports his conclusion that there is a likelihood of depreciation of the goodwill attached to the respondents' trade-marks "Jaguar".

[126] I also believe that he was mistaken when he expunged the registration of the appellant's trade-mark on the basis that it was calculated to deceive and mislead the public and on the basis of a prior use when the limitation period of five years had run.

[127] With respect to damages, the Judge did not err in concluding that the appellant should not be made liable for damages in the past. However, I come to the

« Jaguar » des intimées pour des automobiles, articles de bagage et autres accessoires connexes étaient célèbres en 1980 et en 1990 et qu'elles le sont encore aujourd'hui.

[122] Je souscris aussi à sa conclusion qu'il existe depuis 1991 et qu'il existe encore aujourd'hui une probabilité de confusion entre la marque de commerce et les marchandises de l'appelante et celles des intimées et que l'appelante a contrefait la marque de commerce des intimées. Par conséquent, le juge n'a pas commis d'erreur en accordant une injonction permanente contre l'appelante et en ordonnant la destruction ou la remise de tout objet en contravention de l'injonction qui pouvait se trouver en la possession, le pouvoir, la garde ou le contrôle de l'appelante.

[123] Le juge a conclu à juste titre que l'enregistrement de la marque de l'appelante était invalide et devait être radié. J'estime toutefois qu'au vu des éléments de preuve qu'il a acceptés, il ne pouvait pas déclarer nul *ab initio* l'enregistrement par l'appelante de sa marque de commerce.

[124] Je me dissocie par ailleurs de l'interprétation que le juge a faite de l'article 22 de la Loi en considérant la diminution de la valeur de l'achalandage et la tromperie du public comme des motifs permettant d'invalider un enregistrement en vertu de l'article 18 de la Loi.

[125] Dans le même ordre d'idées, je ne crois pas que la preuve au dossier justifie sa conclusion qu'il existe une probabilité de diminution de la valeur de l'achalandage attaché aux marques de commerce « Jaguar » des intimées.

[126] J'estime aussi que le juge a commis une erreur en radiant l'enregistrement de la marque de commerce de l'appelante au motif qu'elle était propre à tromper le public ou à l'induire en erreur et ce, sur le fondement d'une utilisation antérieure alors que le délai de prescription de cinq ans était expiré.

[127] En ce qui concerne les dommages-intérêts, le juge n'a pas commis d'erreur en concluant que l'appelante ne devait pas être passible de dommages-

same conclusion for different reasons.

[128] Since there was no appeal of the Judge's decision regarding passing off, I do not interfere with his finding that the appellant passed off its wares for those of the respondents.

[129] Finally, since the appellant has continued to sell its wares after the release of the Judge's decision, I have concluded that:

(a) The respondents are entitled to seek a determination by the Federal Court of their right to elect for an accounting of profits;

(b) On their claim of infringement, the respondents are entitled to a reference to have determined the extent of that infringement as well as the quantum of damages or profits, as the case may be, resulting from the appellant's infringing activities since January 16, 2006; and

(c) The respondents are entitled to post-judgment interest at a rate that the Federal Court considers reasonable in the circumstances.

DÉCARY J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

intérêts pour le passé. J'en arrive toutefois à la même conclusion pour des motifs différents.

[128] Comme la décision du juge sur la commercialisation trompeuse n'a pas été portée en appel, je ne modifie pas sa conclusion que l'appelante a fait passer ses marchandises pour celles des intimées.

[129] Enfin, comme l'appelante a continué de vendre ses marchandises après le prononcé de la décision du juge, je conclus que :

a) les intimées ont le droit de demander à la Cour fédérale de se prononcer sur leur droit de choisir une remise des profits;

b) sur l'action en contrefaçon, les intimées ont droit à un renvoi pour faire déterminer l'étendue de la contrefaçon ainsi que le montant des dommages-intérêts ou des profits, selon le cas, découlant des activités de contrefaçon de l'appelante depuis le 16 janvier 2006;

c) les intimées ont droit à des intérêts après jugement au taux que la Cour fédérale estimera raisonnable dans les circonstances.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-346-05
2007 FCA 265

A-346-05
2007 CAF 265

Patti Tomasson (*Applicant*)

Patti Tomasson (*demanderesse*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

*INDEXED AS: TOMASSON v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: TOMASSON c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Pelletier
J.J.A.—Vancouver, March, 27; Ottawa, August 9, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et
Pelletier, J.C.A.—Vancouver, 27 mars; Ottawa, 9 août
2007.

Employment Insurance — Judicial review of Umpire's decision dismissing applicant's claim for maternity benefits under Employment Insurance Act — Applicant, husband adopting two children — Applicant granted parental benefits but denied maternity benefits — Case law on differential treatment between biological, adoptive mothers, legislative history reviewed — Parliament intending to distinguish between two distinct purposes, mother's recovery from pregnancy, child care by creating two distinct sets of benefits, maternity benefits, parental benefits — Purpose of maternity benefits to protect biological mothers from economic costs of pregnancy, childbirth, not to encourage bonding, attachment — Distinction in favour of pregnant woman legitimate as seeking to accommodate needs in workforce as disadvantaged group — Application dismissed.

Assurance-emploi — Contrôle judiciaire d'une décision de la juge-arbitre qui a rejeté la demande de prestations de maternité faite par la demanderesse en application de la Loi sur l'assurance-emploi — La demanderesse et son mari ont adopté deux enfants — La demanderesse a obtenu des prestations parentales, mais s'est vu refuser des prestations de maternité — Examen de la jurisprudence sur la différence de traitement entre mères biologiques et mères adoptives, et de l'historique de la Loi — L'intention du législateur était de faire la distinction entre deux objets, à savoir le rétablissement de la mère à la suite de la grossesse et de l'accouchement et le soin de l'enfant en instituant deux ensembles de prestations, les prestations de maternité et les prestations parentales — L'objet des prestations de maternité est de soulager les mères biologiques des coûts économiques de la grossesse et de l'accouchement, et non d'encourager la création de liens affectifs — La distinction établie en faveur des femmes enceintes est légitime parce qu'elle vise à répondre à leurs besoins dans le milieu de travail en tant que groupe désavantagé — Demande rejetée.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Whether biological, adoptive mothers treated differently under Employment Insurance Act, ss. 12, 22, 23, contrary to Charter, s. 15(1) — Impugned provisions making distinction between biological, adoptive mothers, denying equal treatment to both groups — Review of factors set out by Supreme Court of Canada to determine whether legislation discriminatory — No necessity for legislation to correspond perfectly with social reality in order to comply with Charter, s. 15(1) — Maternity benefits created in favour of biological mothers to accommodate disadvantaged group in workplace — Having ameliorative purpose consistent with Charter, s. 15(1) — Exclusion of adoptive mothers from those benefits not undermining s. 15 equality guarantee — Singling out biological mothers for unique benefits arising from fact of

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Il s'agissait de savoir si les mères biologiques et les mères adoptives sont traitées différemment en vertu des art. 12, 22 et 23 de la Loi sur l'assurance-emploi contrairement à l'art. 15(1) de la Charte — Les dispositions contestées établissent une distinction entre les mères biologiques et les mères adoptives et n'accordent pas l'égalité de traitement aux deux groupes — Examen des facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada pour savoir si une loi est discriminatoire — Il n'est pas nécessaire qu'un texte de loi corresponde toujours parfaitement à la réalité sociale pour être conforme à l'art. 15(1) de la Charte — Les prestations de maternité ont été établies en faveur des mères biologiques afin de répondre aux besoins d'un groupe désavantagé sur le marché du travail — Elles ont un effet

pregnancy, childbirth not constituting discrimination — Applicant's rights under Charter, s. 15(1) not violated.

This was an application for judicial review of an umpire's decision concluding that the Board of Referees made no error in dismissing the applicant's claim for maternity benefits pursuant to the *Employment Insurance Act*. The applicant and her husband adopted two children as infants. With respect to each child, the applicant applied for maternity and parental benefits, and on both occasions, was granted parental benefits but was denied maternity benefits. Under section 12 of the Act, a biological mother can combine 15 weeks of maternity benefits with 35 weeks of parental benefits, allowing her to spend a total of 50 weeks with her new-born child while adoptive parents, including the applicant, are limited to 35 weeks of parental benefits. The applicant challenged, under subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the constitutionality of that provision on the ground that it treats biological and adoptive mothers differently. Because of her view that she was bound by the decision of the Ontario Court of Appeal in *Schafer v. Canada (Attorney General)*, which held that the provisions of the Act granting maternity benefits only to biological mothers did not discriminate against adoptive mothers, the Umpire dismissed the applicant's appeals. The main issue herein was whether those provisions discriminate against adoptive mothers and hence violate their rights under subsection 15(1) of the Charter.

Held, the application should be dismissed.

First, it was necessary to determine whether the application of the test enunciated by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* led to the conclusion that the applicant's Charter rights were violated. The impugned provisions make a distinction between biological and adoptive mothers. Thus, the *Employment Insurance Act* clearly denies equal treatment to both groups. Because the distinction made between these two groups is apparent on the face of the legislation, an inquiry into the "effects" of the legislation at this stage of the test was not necessary. The legislative history of the Act points to the fact that the maternity benefits were intended for birth mothers, while the parental benefits were intended for mothers or

d'amélioration qui s'accorde tout à fait avec l'art. 15(1) de la Charte — L'exclusion des mères adoptives de telles prestations ne porte pas atteinte à la garantie d'égalité prévue par l'art. 15 — Le versement de prestations spéciales aux seules mères biologiques pour cause de grossesse et d'accouchement ne saurait constituer une discrimination — Les droits de la demanderesse garantis par l'art. 15(1) de la Charte n'ont pas été enfreints.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la juge-arbitre qui a conclu que le conseil arbitral n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande de prestations de maternité faite par la demanderesse en application de la *Loi sur l'assurance-emploi*. La demanderesse et son mari ont adopté deux enfants peu après leur naissance. Pour chaque enfant, la demanderesse a tenté d'obtenir le versement de prestations de maternité et de prestations parentales et, les deux fois, on lui a accordé des prestations parentales, mais on lui a refusé des prestations de maternité. En vertu de l'article 12 de la Loi, une mère biologique peut combiner 15 semaines de prestations de maternité avec 35 semaines de prestations parentales, ce qui lui permet de passer un total de 50 semaines avec son enfant nouveau-né, alors que les parents adoptifs, dont la demanderesse, sont limités à 35 semaines de prestations parentales. La demanderesse a contesté, en invoquant le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité de cette disposition au motif qu'elle traite différemment les mères biologiques et les mères adoptives. Estimant qu'elle était liée par l'arrêt *Schafer v. Canada (Attorney General)* de la Cour d'appel de l'Ontario, pour qui les dispositions de la Loi accordant des prestations de maternité aux mères biologiques n'étaient pas discriminatoires envers les mères adoptives, la juge-arbitre a rejeté les appels de la demanderesse. La question litigieuse principale en l'espèce était de savoir si ces dispositions sont discriminatoires envers les mères adoptives et, partant, portent atteinte à leurs droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte.

Arrêt : la demande doit être rejetée.

Il fallait d'abord déterminer si l'application du critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* permettait de conclure qu'il avait été porté atteinte aux droits de la demanderesse garantis par la Charte. Les dispositions contestées établissent une distinction entre mères biologiques et mères adoptives. Ainsi, il est clair que la *Loi sur l'assurance-emploi* n'accorde pas l'égalité de traitement aux deux groupes. Étant donné que la distinction faite entre ces deux groupes est évidente à la lecture du texte de loi, un examen des « effets » du texte à ce stade du critère n'était pas nécessaire. L'historique de la Loi laisse à penser que les prestations de maternité étaient destinées aux mères naturelles,

fathers, either natural or adoptive. It also shows Parliament's intention to distinguish between two distinct purposes, namely, the mother's recovery from pregnancy and childbirth on the one hand, and child care on the other hand, by creating these two distinct sets of benefits. That maternity benefits are also available to birth mothers who give up their children for adoption and that birth mothers may claim up to eight weeks prior to the expected date of birth supports the view that the purpose of maternity benefits provisions is to support the mother's recovery from pregnancy and childbirth. The purpose of the maternity benefits provisions of the Act is not to encourage bonding or attachment, but to replace the income of insured pregnant women and biological mothers while they undergo the health problems and other stress of giving and recovering from birth. The legislation, as a whole, is focussed on circumstances surrounding employment and unemployment.

In *Law*, the Supreme Court of Canada set out four factors which should be examined in order to determine whether legislation is discriminatory. The first factor is the pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability experienced by the individual or group at issue. Consideration was given by Parliament to the particular situation of adoptive mothers in order to ensure that their human dignity was preserved. There was no evidence that adoptive mothers have historically suffered disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability in the past. The second factor is correspondence, or lack thereof, between the needs, capacity or circumstances of the claimant's group and of the comparator group, that is biological mothers. The applicant did not deny that biological mothers are recovering from their pregnancy and childbirth during the maternity benefits period. The distinction made by the legislation between birth and adoptive mothers is based on the actual needs, capacity and circumstances affecting biological mothers, that is, pregnancy, childbirth and recovery. The biological reality is such that the bonding process between mother and child cannot be the same in respect of birth and adoptive mothers. Even in the best of circumstances, it is more difficult for biological mothers to cope with motherhood than for adoptive mothers who do not have to recuperate from pregnancy and childbirth. There is no necessity for legislation to always correspond perfectly with social reality in order to comply with subsection 15(1) of the Charter. It is for Parliament and not for the courts to establish and fine-tune statutory benefits schemes. Pregnancy and childbirth create an undeniable psychological effect that prevents biological mothers from working during portions of the pregnancy and during the post-partum period. It is impossible to set a length of maternity leave that will universally meet the physiological needs of all pregnant

tandis que les prestations parentales étaient destinées aux mères ou aux pères, naturels ou adoptifs. La Loi montre aussi l'intention du législateur de faire la distinction entre deux objets, à savoir le rétablissement de la mère à la suite de la grossesse et de l'accouchement, d'une part, et le soin de l'enfant, d'autre part, en instituant ces deux ensembles de prestations. Le fait que les prestations de maternité peuvent aussi être versées aux mères naturelles qui décident de mettre leurs enfants en adoption et le fait que les mères naturelles peuvent obtenir jusqu'à huit semaines de prestations avant la date prévue de la naissance donnent à penser que l'objet des dispositions relatives aux prestations de maternité est d'aider la mère à se remettre de la grossesse et de l'accouchement. L'objet des dispositions de la Loi qui concernent les prestations de maternité n'est pas d'encourager la création de liens affectifs, mais plutôt de remplacer le revenu des femmes enceintes et mères biologiques durant la période physiquement exigeante de l'accouchement et des suites. La Loi, considérée globalement, s'intéresse aux circonstances entourant l'emploi et le chômage.

Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême du Canada a exposé quatre facteurs qui doivent être examinés pour savoir si une loi est discriminatoire. Le premier facteur est la préexistence d'un désavantage, d'un stéréotype, d'un préjugé ou d'un état vulnérable subis par la personne ou le groupe en cause. Le législateur a tenu compte du cas particulier des mères adoptives et s'est appliqué à préserver leur dignité humaine. Aucun élément de preuve ne démontrait que les mères adoptives ont été par le passé victimes d'un désavantage, d'un stéréotype, d'un préjugé ou d'un état vulnérable. Le deuxième facteur est la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre les besoins, les capacités ou les circonstances propres au groupe du demandeur et ceux du groupe de référence, c'est-à-dire les mères biologiques. La demanderesse n'a pas nié que les mères biologiques se remettent de leur grossesse et de leur accouchement durant la période des prestations de maternité. La distinction établie par la Loi entre mères naturelles et mères adoptives repose sur les besoins, capacités et circonstances propres aux mères biologiques, c'est-à-dire la grossesse, l'accouchement et le processus de rétablissement. La réalité biologique est telle que le processus d'attachement entre mère et enfant ne saurait être le même pour les mères naturelles et les mères adoptives. Même dans le meilleur des cas, il est plus difficile pour les mères biologiques de composer avec la maternité que pour les mères adoptives, qui n'ont pas besoin de se remettre d'une grossesse ou d'un accouchement. Il n'est pas nécessaire qu'un texte de loi corresponde toujours parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au paragraphe 15(1) de la Charte. C'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient d'établir et de mettre au point les régimes légaux de prestations. Il ne peut faire de doute que la grossesse et l'accouchement entraînent un état physiologique qui empêche les mères biologiques de

women. Fifteen weeks of maternity leave is in no way unreasonable so as to accommodate the needs of most women.

The third factor is the ameliorative purpose or effects of the benefits program upon a more disadvantaged person or group. Pregnant women have been a disadvantaged group. In fact, the maternity benefits were created in favour of this group in order to ensure that biological mothers were accommodated in the workplace. They have an ameliorative purpose which is entirely consistent with subsection 15(1) of the Charter and the exclusion of adoptive mothers from those benefits does not undermine the equality guarantee of the section. The last factor is the nature of the interest affected. The greater the severity of the consequences of the impugned legislation on the affected group, the likelier the differential treatment will amount to discrimination. In enacting the maternity benefits provisions, Parliament has not demeaned adoptive mothers or cast any doubt on their worthiness as human beings. Not only have adoptive mothers not been excluded from a fundamental social institution, that is motherhood, but their interests were considered and accommodated by Parliament when it enacted the parental benefits provisions. Singling out biological mothers for unique benefits arising from the fact of pregnancy and childbirth cannot constitute discrimination. The applicant's rights under subsection 15(1) of the Charter have not been violated.

travailler durant une partie de la grossesse et durant la période postnatale. Il est impossible de fixer pour le congé de maternité une durée qui répondra dans tous les cas aux besoins physiologiques de toutes les femmes enceintes. Un congé de maternité de 15 semaines n'est en aucune façon déraisonnable pour répondre aux besoins de la plupart des femmes.

Le troisième facteur est l'objet ou l'effet d'amélioration du programme de prestations pour une personne ou un groupe plus défavorisés. Les femmes enceintes ont été un groupe désavantagé. D'ailleurs, le législateur a établi les prestations de maternité en faveur de ce groupe afin de répondre aux besoins des mères biologiques sur le marché du travail. Les prestations de maternité ont un effet d'amélioration qui s'accorde tout à fait avec le paragraphe 15(1) de la Charte et l'exclusion des mères adoptives de telles prestations ne porte en aucune façon atteinte à la garantie d'égalité prévue par ce paragraphe. Le dernier facteur est la nature du droit touché. Plus les conséquences de la loi contestée pour le groupe concerné sont graves, plus il est probable que la différence de traitement équivaudra à de la discrimination. En adoptant les dispositions relatives aux prestations de maternité, le législateur n'a pas déconsidéré les mères adoptives ou jeté le doute sur leur valeur en tant qu'êtres humains. Non seulement les mères adoptives n'ont pas été exclues d'une institution sociale fondamentale, c'est-à-dire la maternité, mais encore leurs intérêts ont été examinés et pris en compte par le législateur lorsqu'il a édicté les dispositions sur les prestations parentales. Le versement de prestations spéciales aux seules mères biologiques pour cause de grossesse et d'accouchement ne saurait constituer une discrimination. Les droits de la demanderesse garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte n'ont pas été enfreints.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
- Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23, s. 1.
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 12(1), (2), (3) (as am. by S.C. 2000, c. 14, s. 3; 2003, c. 15, s. 17), (4) (as am. by S.C. 2000, c. 14, s. 3), (a) (as am. *idem*), (b) (as am. *idem*), 22(1),(2)(a),(b),(6), 23.
- Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 13.
- Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 11(3) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 9).
- Unemployment Insurance Act, 1940 (The)*, S.C. 1940, c. 44.
- Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- 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. 1, 15.
- Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 13.
- Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, ch. 44.
- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
- Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 11(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 9).
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 12(1), (2), (3) (mod. par L.C. 2000, ch. 14, art. 3; 2003, ch. 15, art. 17), (4) (mod. par L.C. 2000, ch. 14, art. 3), a) (mod., *idem*), b) (mod., *idem*), 22(1),(2)a),b),(6), 23.
- Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., ch. R-23, art. 1.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Schafer v. Canada (Attorney General) (1997), 35 O.R. (3d) 1; 149 D.L.R. (4th) 705; 45 C.R.R. (2d) 1; 102 O.A.C. 321; 33 O.T.C. 240 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1997] S.C.C.A. No. 516 (QL); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 60 C.R.R. (2d) 1; 236 N.R. 1; *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Committee)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 322; [2002] 10 W.W.R. 298; 4 B.C.L.R. (4th) 301; 172 B.C.A.C. 154; 40 C.C.L.I. (3d) 188; 98 C.R.R. (2d) 235; 2002 BCCA 476; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429; (2002), 221 D.L.R. (4th) 257; 100 C.R.R. (2d) 1; 298 N.R. 1; 2002 SCC 84; *Krock v. Canada (Attorney General)* (2001), 29 C.C.L.I. (3d) 55; 89 C.R.R. (2d) 170; 273 N.R. 228; 2001 FCA 188; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 75 C.R.R. (2d) 189; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; 2000 SCC 37.

CONSIDERED:

Tomasson (In re) (2001), CUB 49594A (February 27, 2001); *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669; (2005), 258 D.L.R. (4th) 243; 45 C.C.E.L. (3d) 159; 339 N.R. 279; 2005 SCC 56; revg [2004] R.J.Q. 399; (2004), 245 D.L.R. (4th) 515; 31 C.C.E.L. (3d) 167; 2005 QCCA 483; *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1996), 29 O.R. (3d) 496; 135 D.L.R. (4th) 707; 24 C.C.E.L. (2d) 1; 39 C.C.L.I. (2d) 33; 36 C.R.R. (2d) 236; 4 O.T.C. 20 (Gen. Div.); *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (T.D.); affd [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 128 (C.A.); revd on other grounds [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *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; *Auton (Guardian*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Schafer v. Canada (Attorney General) (1997), 35 O.R. (3d) 1; 149 D.L.R. (4th) 705; 45 C.R.R. (2d) 1; 102 O.A.C. 321; 33 O.T.C. 240 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [1997] S.C.C.A. n° 516 (QL); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Committee)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 322; [2002] 10 W.W.R. 298; 4 B.C.L.R. (4th) 301; 172 B.C.A.C. 154; 40 C.C.L.I. (3d) 188; 98 C.R.R. (2d) 235; 2002 BCCA 476; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429; 2002 CSC 84; *Krock c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 188; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; 2000 CSC 37.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Tomasson (In re) (2001), CUB 49594A (27 février 2001); *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669; 2005 CSC 56; inf. [2004] R.J.Q. 399; 2005 QCCA 483; *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1996), 29 O.R. (3d) 496; 135 D.L.R. (4th) 707; 24 C.C.E.L. (2d) 1; 39 C.C.L.I. (2d) 33; 36 C.R.R. (2d) 236; 4 O.T.C. 20 (Div. gén.); *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1^{re} inst.); conf. par [1990] 2 C.F. 129 (C.A.); inf. pour d'autres motifs par [1992] 2 R.C.S. 679; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657; 2004 CSC 78.

ad litem of) v. *British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657; (2004), 245 D.L.R. (4th) 1; [2005] 2 W.W.R. 189; 2006 B.C.A.C. 1; 34 B.C.L.R. (4th) 24; 124 C.R.R. (2d) 135; 327 N.R. 1; 2004 SCC 78 .

REFERRED TO:

Tomasson (In re) (2001), CUB 49594B (March 28, 2001); *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401; (1998), 167 D.L.R. (4th) 488; 47 Imm. L.R. (2d) 21; 233 N.R. 52 (C.A.); *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906; [1990] 6 W.W.R. 289; 59 C.C.C. (3d) 161; 79 C.R. (3d) 332; 50 C.R.R. 71; 119 N.R. 353; 46 O.A.C. 13; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; (1993), 105 D.L.R. (4th) 210; 83 C.C.C. (3d) 1; 23 C.R. (4th) 1; 16 C.R.R. (2d) 256; 154 N.R. 392; *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)* (2002), 59 O.R. (3d) 481; 212 D.L.R. (4th) 633; 1 Admin. L.R. (4th) 235; 94 C.R.R. (2d) 22; 159 O.A.C. 135 (C.A.); *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 74 C.R.R. (2d) 1; 253 N.R. 329; 2000 SCC 28.

AUTHORS CITED

Canadian Human Rights Commission. Special Report to Parliament on Income Replacement Benefits for New Parents. Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1987.

APPLICATION for judicial review of an umpire's decision ((2005), CUB 49594E) concluding that the Board of Referees had made no error in dismissing the applicant's claim for maternity benefits pursuant to the *Employment Insurance Act*. Application dismissed.

APPEARANCES:

William S. Berardino, Q.C., and *Andrea N. MacKay* for applicant.
Judith A. Morrow Bowers, Q.C., and *Robert Danay* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Berardino & Associates, Vancouver, for applicant.

DÉCISIONS CITÉES :

Tomasson (In re) (2001), CUB 49594B (28 mars 2001); *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401 (C.A.); *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)* (2002), 59 O.R. (3d) 481; 212 D.L.R. (4th) 633; 1 Admin. L.R. (4th) 235; 94 C.R.R. (2d) 22; 159 O.A.C. 135 (C.A.); *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703; 2000 CSC 28.

DOCTRINE CITÉE

Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport spécial au Parlement sur les prestations de remplacement du revenu pour les nouveaux parents*. Ottawa : Commission canadienne des droits de la personne, 1987.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision ((2005), CUB 49594E) par laquelle la juge-arbitre a conclu que le conseil arbitral n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande de prestations de maternité faite par la demanderesse en application de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

William S. Berardino, c.r., et *Andrea N. MacKay* pour la demanderesse.
Judith A. Morrow Bowers, c.r., et *Robert Danay* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Berardino & Associates, Vancouver, pour la demanderesse.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] NADON J.A.: This is an application for judicial review of the decision of an umpire, Krindle J., dated June 9, 2005 [(2005), CUB 49594E], which dismissed the applicant's appeal from a decision of the Board of Referees (the Board). More particularly, the Umpire concluded that the Board had made no error in dismissing the applicant's claim for maternity benefits pursuant to the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (the Act). In so concluding, the Umpire dismissed the applicant's constitutional challenge that the maternity provisions of the Act contravened section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire de la décision de la juge-arbitre Krindle, en date du 9 juin 2005 [(2005), CUB 49594E], qui a rejeté l'appel formé par la demanderesse contre une décision du conseil arbitral. Plus précisément, la juge-arbitre a conclu que le conseil arbitral n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande de prestations de maternité faite par la demanderesse en application de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi). La juge-arbitre a aussi rejeté la contestation constitutionnelle de la demanderesse pour qui les dispositions de la Loi touchant les prestations de maternité contrevenaient à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1992, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[2] The main issue in this application is whether those provisions of the Act which grant maternity benefits only to biological mothers (biological mothers or birth mothers) discriminate against adoptive mothers and hence violate their rights under subsection 15(1) of the Charter.

[2] Dans la présente demande, il s'agit principalement de déterminer si les dispositions de la Loi qui accordent des prestations de maternité uniquement aux mères biologiques (ou mères naturelles) ont pour effet d'établir une discrimination contre les mères adoptives, et, partant, portent atteinte à leurs droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte.

[3] For the reasons that follow, I conclude that the provisions at issue do not infringe subsection 15(1) of the Charter. In my view, in granting maternity benefits to birth mothers, Parliament rightly recognized that pregnancy and childbirth justified the granting of particular benefits by reason of the physical and psychological consequences of pregnancy.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les dispositions en cause n'enfreignent pas le paragraphe 15(1) de la Charte. À mon avis, en accordant des prestations de maternité aux mères naturelles, le législateur a reconnu, à juste titre, que la grossesse et l'accouchement justifiaient l'octroi de prestations particulières, compte tenu des conséquences physiques et psychologiques de la maternité.

THE FACTS

LES FAITS

[4] The applicant and her husband adopted two children, namely, Sara, born on March 12, 1999 and

[4] La demanderesse et son mari ont adopté deux enfants, Sara, née le 12 mars 1999, et Hannah, née le 8

Hannah, born on November 8, 2003. Both children were placed with the applicant shortly after their births.

[5] With respect to each child, the applicant applied to the Employment Insurance Commission (the Commission) for maternity and parental benefits and on both occasions, she was granted parental benefits but was denied maternity benefits. By the time of Hannah's birth, the number of weeks in respect of which parental benefits could be paid for the care of a new-born or adopted child was 35 weeks, up from the 10 weeks which had previously been available. In all other respects, the requirements to obtain parental benefits as well as maternity benefits remained unchanged. Consequently, a biological mother can now combine 15 weeks of maternity benefits with 35 weeks of parental benefits, allowing her to spend a total 50 weeks with her new-born child while adoptive parents, including the applicant, are limited to 35 weeks of parental benefits.

[6] At the end of each of her parental leave periods, the applicant decided to take additional unpaid time off from work, which she claims was influenced by the maternity benefits period, so as to continue the bonding process with her children.

[7] The applicant appealed the Commission's decisions denying her maternity benefits to the Board which upheld the Commission's decisions that she was not entitled to those benefits because she was not the biological mother of the children in respect of whom she claimed benefits.

[8] In the case of her first child, the applicant appealed the Board's decision to the Umpire, challenging the constitutionality of the Act on the ground that it was discriminatory against adoptive mothers. Rouleau J. [(2001), CUB 49594A], the Chief Umpire designate, refused to address the Charter challenge because, in his view, the issue had already been decided by the Ontario Court of Appeal in *Schafer*

novembre 2003. Les deux enfants ont été confiées à la demanderesse peu après leur naissance.

[5] Pour chaque enfant, la demanderesse a tenté d'obtenir de la Commission de l'assurance-emploi (la Commission) le versement de prestations de maternité et de prestations parentales et, les deux fois, la Commission lui a accordé des prestations parentales, mais lui a refusé des prestations de maternité. À l'époque de la naissance d'Hannah, le nombre de semaines pendant lesquelles des prestations parentales pouvaient être versées pour le soin d'un enfant nouveau-né ou adopté était de 35 semaines, contre 10 semaines auparavant. À tous autres égards, les conditions à remplir pour obtenir des prestations parentales ainsi que des prestations de maternité demeuraient inchangées. Une mère biologique peut donc aujourd'hui combiner 15 semaines de prestations de maternité avec 35 semaines de prestations parentales, ce qui lui permet de passer un total de 50 semaines avec son enfant nouveau-né, alors que les parents adoptifs, dont la demanderesse, sont limités à 35 semaines de prestations parentales.

[6] À la fin de chacune de ses périodes de congé parental, la demanderesse a décidé de prendre, afin d'affermir les liens affectifs avec ses enfants, un congé additionnel non rémunéré, qui, affirme-t-elle, fut influencé par la période des prestations de maternité.

[7] La demanderesse a fait appel devant le conseil arbitral des décisions de la Commission lui refusant des prestations de maternité. Le conseil a confirmé les décisions de la Commission selon lesquelles la demanderesse n'avait pas droit à de telles prestations parce qu'elle n'était pas la mère biologique des enfants pour qui elle avait réclamé des prestations.

[8] S'agissant de son premier enfant, la demanderesse a fait appel de la décision du conseil arbitral devant le juge-arbitre, en contestant la constitutionnalité de la Loi au motif que, selon elle, la Loi était discriminatoire envers les mères adoptives. Le juge Rouleau [(2001), CUB 49594A], juge-arbitre en chef désigné, a refusé d'examiner la contestation fondée sur la Charte parce que, selon lui, ce point avait déjà été décidé par la Cour

v. Canada (Attorney General) (1997), 35 O.R. (3d) 1, (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied on January 29, 1998 [[1997] S.C.C.A. No. 516 (QL)]). Accordingly, the applicant was granted a hearing before Umpire W. J. Haddad, Q.C. [(2001), CUB 49594B], but was not allowed by him to put forward her constitutionality argument.

[9] As a result, the applicant commenced a judicial review application of Rouleau J.'s decision before this Court. On June 27, 2002, her application was allowed, the decision of Rouleau J. was set aside and the matter was remitted back to the Chief Umpire designate for him to designate an Umpire, other than himself and Umpire Haddad, to rehear the applicant's appeal, including the constitutionality issue.

[10] With respect to her second child, the applicant also appealed the Commission's decision to the Board which, once again, dismissed her appeal. The applicant appealed the Board's decision and both of her appeals were heard by Krindle J., whose decision of June 9, 2005 disposed of the two appeals.

THE ISSUE

[11] The issue in this application is whether the Umpire committed a reviewable error in dismissing the applicant's challenge under section 15 of the Charter.

THE RELEVANT LEGISLATION

[12] I reproduce the relevant parts of the impugned provisions of the Act.

12. (1) If a benefit period has been established for a claimant, benefits may be paid to the claimant for each week of unemployment that falls in the benefit period, subject to the maximums established by this section.

(2) The maximum number of weeks for which benefits may be paid in a benefit period because of a reason other than those mentioned in subsection (3) shall be determined in accordance with the table in Schedule I by reference to the

d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1, (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée le 29 janvier 1998 [[1997] S.C.C.A. n° 516 (QL)]). La demanderesse s'est donc vu accorder une audience devant le juge-arbitre W. J. Haddad, c.r. [(2001), CUB 49594B], qui ne l'a pas autorisée à faire valoir son argument touchant la constitutionnalité de la Loi.

[9] La demanderesse a alors déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour à l'encontre de la décision du juge Rouleau. Le 27 juin 2002, sa demande a été accueillie, la décision du juge Rouleau a été annulée et l'affaire a été renvoyée au juge-arbitre en chef désigné afin qu'il désigne un juge-arbitre, autre que lui-même et le juge-arbitre Haddad, qui instruirait à nouveau l'appel de la demanderesse, notamment la question touchant la constitutionnalité.

[10] S'agissant de son deuxième enfant, la demanderesse a là aussi fait appel de la décision de la Commission devant le conseil arbitral qui, encore une fois, a rejeté son appel. La demanderesse a fait appel de la décision du conseil, et ses deux appels ont été instruits par la juge-arbitre Krindle, dont la décision du 9 juin 2005 portait sur les deux appels.

POINT LITIGIEUX

[11] Dans la présente demande, il s'agit de déterminer si la juge-arbitre a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire lorsqu'elle a rejeté la contestation de la demanderesse fondée sur l'article 15 de la Charte.

DISPOSITIONS LÉGALES APPLICABLES

[12] Je reproduis ci-après les parties pertinentes des dispositions contestées de la Loi.

12. (1) Une fois la période de prestations établie, des prestations peuvent, à concurrence des maximums prévus au présent article, être versées au prestataire pour chaque semaine de chômage comprise dans cette période.

(2) Le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations—à l'exception de celles qui peuvent être versées pour l'une des raisons prévues au paragraphe (3)—est

regional rate of unemployment that applies to the claimant and the number of hours of insurable employment of the claimant in their qualifying period.

(3) The maximum number of weeks for which benefits may be paid in a benefit period

(a) because of pregnancy is 15;

(b) because the claimant is caring for one or more new-born children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption is 35;

(c) because of a prescribed illness, injury or quarantine is 15; and

(d) because the claimant is providing care or support to one or more family members described in subsection 23.1(2), is six.

(4) The maximum number of weeks for which benefits may be paid

(a) for a single pregnancy is 15; and

(b) for the care of one or more new-born or adopted children as a result of a single pregnancy or placement is 35.

...

22. (1) Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant who proves her pregnancy

(2) Subject to section 12, benefits are payable to a major attachment claimant under this section for each week of unemployment in the period.

(a) that begins the earlier of

(i) eight weeks before the week in which her confinement is expected, and

(ii) the week in which her confinement occurs; and

(b) that ends 17 weeks after the later of

déterminé selon le tableau de l'annexe I en fonction du taux régional de chômage applicable au prestataire et du nombre d'heures pendant lesquelles il a occupé un emploi assurable au cours de sa période de référence.

(3) Le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations est :

a) dans le cas d'une grossesse, quinze semaines;

b) dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés du prestataire ou à un ou plusieurs enfants placés chez le prestataire en vue de leur adoption, 35 semaines;

c) dans le cas d'une maladie, d'une blessure ou d'une mise en quarantaine prévue par règlement, quinze semaines;

d) dans le cas de soins ou de soutien à donner à un ou plusieurs membres de la famille visés au paragraphe 23.1(2), six semaines.

(4) Les prestations ne peuvent être versées pendant plus de 15 semaines, dans le cas d'une seule et même grossesse, ou plus de 35, dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés d'une même grossesse ou du placement de un ou plusieurs enfants chez le prestataire en vue de leur adoption.

[...]

22. (1) Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à la prestataire de la première catégorie qui fait la preuve de sa grossesse.

(2) Sous réserve de l'article 12, les prestations prévues au présent article sont payables à une prestataire de la première catégorie pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui :

(a) commence :

(i) soit huit semaines avant la semaine présumée de son accouchement,

(ii) soit, si elle est antérieure, la semaine de son accouchement;

(b) se termine dix-sept semaines après :

(i) the week in which her confinement is expected, and

(ii) the week in which her confinement occurs

...

(6) If a child who is born of the claimant's pregnancy is hospitalized, the period during which benefits are payable under subsection (2) shall be extended by the number of weeks during which the child is hospitalized.

...

23. (1) Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant to care for one or more new-born children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption under the laws governing adoption in the province in which the claimant resides. [Emphasis added.]

I also reproduce subsection 15(1) of the Charter.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[13] By reasons of the impugned provisions of the Act, biological mothers are entitled to a total of 50 weeks of paid leave, i.e. 15 weeks as a result of the pregnancy and 35 weeks for the care of the new-born child. The maternity benefits can be taken by the biological mother, at any time, 8 weeks before the birth of the child and 17 weeks after the birth. With respect to the 35 additional weeks, they can be used either by the biological mother or the biological father. I should point out that the maternity benefits of 15 weeks are available to the biological mother even in those instances where the child is given up for adoption or is stillborn. With respect to adopted children, the adoptive family, either the mother or the father, is entitled to 35 weeks of paid leave.

[14] The applicant challenges, under subsection 15(1) of the Charter, the constitutionality of those provisions

(i) soit la semaine présumée de son accouchement,

(ii) soit, si elle est postérieure, la semaine de son accouchement

[...]

(6) La période durant laquelle des prestations sont payables en vertu du paragraphe (2) est prolongée du nombre de semaines d'hospitalisation de l'enfant dont la naissance est à l'origine du versement des prestations.

[...]

23. (1) Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à un prestataire de la première catégorie qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside. [Je souligne.]

Je reproduis également le paragraphe 15(1) de la Charte.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[13] En application des dispositions contestées de la Loi, les mères biologiques ont droit à un total de 50 semaines de congé rémunéré, c'est-à-dire 15 semaines pour la grossesse et 35 semaines pour le soin du nouveau-né. Les prestations de maternité peuvent être reçues par la mère biologique, n'importe quand, entre huit semaines avant la naissance et 17 semaines après la naissance. Pour les 35 semaines additionnelles, les prestations peuvent être reçues soit par la mère biologique, soit par le père biologique. Je dois faire observer que les prestations de maternité de 15 semaines sont offertes à la mère biologique même dans les cas où l'enfant est abandonné pour adoption ou est mort-né. S'agissant d'enfants adoptés, la famille adoptive, c'est-à-dire soit la mère, soit le père, a droit à 35 semaines de congé rémunéré.

[14] La demanderesse conteste, en invoquant le paragraphe 15(1) de la Charte, la constitutionnalité de ces

on the ground that they treat biological and adoptive mothers differently. She submits that the purpose and effect of the differential treatment is to give biological mothers more time for bonding and child care than is afforded to adoptive mothers.

THE UMPIRE'S DECISION

[15] Because of her view that she was bound by the decision of the Ontario Court of Appeal in *Schafer*, which held that the provisions of the Act granting maternity benefits to biological mothers did not discriminate against adoptive mothers, Krindle J. dismissed the applicant's appeals. However, it can safely be said that had Krindle J. not been of the view that she was bound by *Schafer*, she likely would have decided the issue in favour of the applicant.

[16] I should point out here that, by consent, the respondent filed, as part of the record before the Umpire, affidavit evidence originally filed in the *Schafer* case. In particular, the respondent filed the affidavits of Dr. Murray Enkin, sworn July 14, 1994 and May 21, 1995. At that time, Dr. Enkin was professor *emeritus* with the Department of Obstetrics and Gynecology at the Faculty of Health Sciences, McMaster University, with an associate appointment with the Department of Clinical Epidemiology and Biostatistics.

[17] In addition to the documentary evidence adduced by the parties, the Umpire heard, *inter alia*, the oral evidence of the applicant and of Dr. Lucy Jane LeMare, a developmental psychologist.

THE APPLICANT'S SUBMISSIONS

[18] The applicant makes a number of submissions as to why this Court ought to overturn the Umpire's decision.

[19] First, the applicant submits that as the Umpire was not bound by *Schafer*, she ought to have decided the case before her on the basis of the section 15 test enunciated by the Supreme Court in *Law v. Canada*

dispositions au motif qu'elles traitent différemment les mères biologiques et les mères adoptives. Elle dit que la différence de traitement a pour objet et pour effet d'accorder aux mères biologiques davantage de temps qu'aux mères adoptives pour l'établissement des liens affectifs et pour le soin de l'enfant.

LA DÉCISION DE LA JUGE-ARBITRE

[15] Estimant qu'elle était liée par l'arrêt *Schafer*, de la Cour d'appel de l'Ontario, pour qui les dispositions de la Loi accordant des prestations de maternité aux mères biologiques n'étaient pas discriminatoires envers les mères adoptives, la juge-arbitre Krindle a rejeté les appels de la demanderesse. Toutefois, on peut dire sans risque que, si elle avait estimé ne pas être liée par l'arrêt *Schafer*, précité, elle aurait sans doute statué en faveur de la demanderesse.

[16] Je dois faire observer ici que, par consentement des parties, le défendeur a déposé, dans le dossier soumis à la juge-arbitre, une preuve par affidavit qui avait été déposée à l'origine dans le dossier *Schafer*. Plus précisément, le défendeur a produit les affidavits du D^r Murray Enkin, sous serment le 14 juillet 1994 et le 21 mai 1995. À l'époque, le D^r Enkin était professeur émérite au Département d'obstétrique et de gynécologie de la Faculté des sciences de la santé, à l'université McMaster, et aussi chargé de cours au Département d'épidémiologie clinique et de biostatistique.

[17] Outre la preuve documentaire produite par les parties, la juge-arbitre a entendu notamment le témoignage de la demanderesse et celui de la D^{re} Lucy Jane LeMare, spécialiste de la psychologie du développement.

PRÉTENTIONS DE LA DEMANDERESSE

[18] La demanderesse présente plusieurs conclusions quant aux raisons pour lesquelles la Cour devrait infirmer la décision de la juge-arbitre.

[19] D'abord, elle dit que, comme la juge-arbitre n'était pas liée par l'arrêt *Schafer*, elle aurait dû statuer sur l'affaire dont elle était saisie d'après le critère qu'avait exposé la Cour suprême du Canada pour

(*Minister of Employment and Immigration*), [1999] 1 S.C.R. 497. As a corollary to that submission, the applicant says that, in any event, *Schafer*, was wrongly decided and that it contains numerous errors.

[20] To begin with, the applicant submits that in concluding that the sole purpose of the maternity benefits was to allow women to recover from pregnancy, the Ontario Court of Appeal ignored subsection 22(6) of the Act, which allows a biological mother to extend the period of maternity benefits by the length of time her child is hospitalized. Hence, according to the applicant, subsection 22(6) is inconsistent with the point of view adopted by the Ontario Court of Appeal in *Schafer*, that there is a sole purpose to the maternity provisions.

[21] In that light, the applicant says, relying on the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, and on subsection 22(6) of the Act, that it is clear that the maternity provisions have a dual purpose, namely, recovery and bonding/attachment, which purposes *Umpire Krindle* was prepared to find had she had not been of the view that she was bound by *Schafer*. Specifically, the applicant refers to paragraphs 67 and 68 of the *Umpire's* decision, where she says:

Recovering from the effects and stresses of pregnancy and giving birth does not require the physical presence of the child with the mother. The mother's recovery from the effects of pregnancy and giving birth will continue whether or not the child is hospitalized. In all probability a mother's physical recovery would be faster if she had only her own needs to consider. What is fostered by the forgoing subsection is the ability of the mother and child to be together, the ability of the mother to be with the child and the child to be with the mother. What is fostered by the forgoing subsection is the crucial process of bonding/attaching.

Subsection 22(6) has always been part of the maternity/pregnancy benefit provisions of the *Act*. It was part of the benefits provisions at the time of the decision in *Schafer*

l'article 15 dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Parallèlement à cet argument, la demanderesse dit que, en tout état de cause, l'arrêt *Schafer*, contient de nombreuses erreurs.

[20] D'abord, la demanderesse dit que, en concluant que l'unique objet des prestations de maternité était de permettre aux femmes de se remettre d'une grossesse, la Cour d'appel de l'Ontario a laissé de côté le paragraphe 22(6) de la Loi, qui permet à une mère biologique de prolonger la période de versement des prestations de maternité en y ajoutant le nombre de semaines d'hospitalisation de son enfant. Partant, de dire la demanderesse, le paragraphe 22(6) est incompatible avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer*, selon laquelle les dispositions relatives aux prestations de maternité ont un seul objet.

[21] Selon cette façon de voir les choses, la demanderesse dit, arguant d'un arrêt de la Cour suprême, *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, et du paragraphe 22(6) de la Loi, qu'il est manifeste que les dispositions relatives aux prestations de maternité ont deux objets : permettre à la parturiente de se rétablir et favoriser le développement de liens affectifs avec l'enfant. La juge-arbitre *Krindle* aurait été disposée à reconnaître ces deux objets si elle ne s'était pas crue liée par l'arrêt *Schafer*. Plus précisément, la demanderesse se réfère aux paragraphes 67 et 68 de la décision de la juge-arbitre, où elle écrit ce qui suit :

Pour se rétablir des effets et du stress de la grossesse et de l'accouchement, la mère n'a pas besoin de la présence physique de l'enfant. Son rétablissement se poursuivra peu importe que l'enfant soit hospitalisé ou non. La mère se rétablirait vraisemblablement plus vite si elle avait à répondre seulement à ses propres besoins. Ce que vise le paragraphe susmentionné, c'est aider la mère et l'enfant à demeurer ensemble, c'est aider la mère à être avec son enfant, et aider l'enfant à être avec sa mère. Ce paragraphe favorise en fait le processus crucial d'attachement et de formation de liens affectifs.

Le paragraphe 22(6) a toujours fait partie des dispositions de la *Loi* relatives aux prestations de maternité/grossesse. Il en faisait partie à l'époque de la décision *Schafer* et ne peut

and cannot constitute new law enacted after *Schafer*.

I would find, if the decision were mine to make, that the pregnancy/maternity provisions have a two-fold purpose:

- (a) to permit a birth-mother to heal from a pregnancy; and
- (b) where there is a birth mother and baby, to permit the birth-mother and baby to spend time together following the birth of the baby.

[22] As a second error in *Schafer*, the applicant submits that the Ontario Court of Appeal failed to consider the effect of the maternity provisions and whether that effect was discriminatory on adoptive mothers and their children.

[23] As a third error, the applicant says that, contrary to the Supreme Court's decision in *Law*, the Ontario Court of Appeal failed to consider the needs of adoptive mothers in interpreting the maternity provisions.

[24] The applicant then submits that on the basis of the test enunciated by the Supreme Court in *Law*, the inevitable conclusion is that the provisions at issue discriminate against adoptive mothers and that such discrimination is not justified under section 1 of the Charter.

[25] More particularly, the applicant makes the following submissions based on the test set out in *Law*:

1. The proper comparator group to adoptive mothers and their children is that of biological mothers and their children.
2. The legislation at issue imposes differential treatment between adoptive mothers and biological mothers in that the latter receive an additional benefit of 15 weeks of maternity leave in the first year of their child's life, but adoptive mothers do not.

constituer une nouvelle mesure législative adoptée après *Schafer*.

Si je devais trancher la question, je conclurais que les dispositions concernant les prestations de maternité/grossesse ont un double objet :

- (a) permettre à la mère biologique de se remettre de la grossesse;
- (b) lorsqu'il y a une mère biologique et un bébé, permettre à la mère biologique et au bébé de passer du temps ensemble après la naissance du bébé.

[22] S'agissant de la seconde erreur qu'elle perçoit dans l'arrêt *Schafer*, la demanderesse dit que la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas tenu compte de l'effet des dispositions relatives aux prestations de maternité, ni ne s'est demandé si cet effet était discriminatoire envers les mères adoptives et leurs enfants.

[23] Pour la troisième erreur, la demanderesse dit que, contrairement à l'arrêt *Law*, de la Cour suprême, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas tenu compte des besoins des mères adoptives dans son interprétation des dispositions touchant les prestations de maternité.

[24] La demanderesse dit ensuite que, eu égard au critère exposé par la Cour suprême dans l'arrêt *Law*, on ne peut que conclure que les dispositions en cause sont discriminatoires envers les mères adoptives et que cette discrimination n'est pas validée par l'article premier de la Charte.

[25] Plus précisément, la demanderesse invoque les arguments suivants compte tenu du critère exposé dans l'arrêt *Law* :

1. Le groupe de référence à retenir pour les mères adoptives et leurs enfants est le groupe des mères biologiques et de leurs enfants.
2. Les dispositions en cause établissent une différence de traitement entre mères adoptives et mères biologiques parce que les mères biologiques, mais non les mères adoptives, bénéficient de 15 semaines supplémentaires de congé de maternité durant la première année de vie de leur enfant.

3. Adoptive mothers are subject to differential treatment based on an analogous ground.

4. The applicant, as an adoptive mother, has faced pre-existing disadvantage. In support of this proposition, the applicant relies on the judgment of this Court in *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401. The maternity benefits provisions have a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the Charter. At paragraph 81 of her memorandum of fact and law, the applicant makes the point in the following terms:

81. However, having set out to provide for both birth mothers and their children, and adoptive mothers and their children, the Act does so in a manner that is discriminatory because:

- (a) The bonding and attachment process is critical to the longterm development of an infant.
- (b) The most important time for the bonding and attachment process is in the first 12 months of life.
- (c) Infants are attaching with their mothers and mothers are bonding with their infants during the maternity benefit provision and they are doing so regardless of whether the mother is healing from pregnancy.
- (d) Adopted infants and birth infants require the same amount of time for attachment forming.
- (e) but, “the legislated denial of maternity benefits to adoptive mothers in a significant percentage of cases lessens the time available in the first critical year of a child’s life for an infant to attach to his or her adoptive mother and lessens the time available to an adoptive mother to bond with her adopted child”. [Reasons of the Umpire, para. 39]

5. The discrimination which results from the impugned provisions impacts upon her dignity interests as a mother. At paragraph 85 of her memorandum of fact and law, she makes that point as follows:

The dignity interest at issue in this proceeding is that of motherhood. It relates to the ability of the Claimant to place

3. Les mères adoptives sont victimes d’une discrimination fondée sur un motif analogue.

4. La demanderesse, en tant que mère adoptive, s’est heurtée à un désavantage préexistant. Au soutien de cette proposition, elle se fonde sur un arrêt de la Cour, *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401. Les dispositions relatives aux prestations de maternité ont un objet ou effet qui est discriminatoire au sens de la Charte. Au paragraphe 81 de son exposé des faits et du droit, la demanderesse s’en explique dans les termes suivants :

[TRADUCTION] 81. Cependant, s’étant proposé de répondre aux besoins à la fois des mères naturelles et de leurs enfants, et des mères adoptives et de leurs enfants, la Loi le fait d’une manière qui est discriminatoire, parce que :

- a) le processus d’établissement de liens affectifs est critique pour le développement à long terme du nouveau-né;
- b) la période la plus importante pour le processus d’établissement de liens affectifs se situe dans les 12 premiers mois de la vie;
- c) les nouveau-nés s’attachent à leurs mères, et les mères à leurs nouveau-nés, durant la période de versement des prestations de maternité, et cet attachement a lieu sans égard à la question de savoir si la mère est ou non en période de rétablissement à la suite de l’accouchement;
- d) les nouveau-nés, même s’ils ont été adoptés, ont besoin de la même période de temps pour l’établissement de liens affectifs;
- e) mais, [TRADUCTION] « le refus du législateur de verser des prestations de maternité aux mères adoptives, dans un pourcentage important de cas, réduit, durant la première année de la vie d’un enfant, une année critique, le temps dont celui-ci dispose pour s’attacher à sa mère adoptive et réduit, pour une mère adoptive, le temps dont elle dispose pour s’attacher à son enfant adoptif ». [motifs de la juge-arbitre, paragraphe 39]

5. La discrimination qui résulte des dispositions contestées porte atteinte au sentiment de dignité de la mère. Au paragraphe 85 de son exposé des faits et du droit, la demanderesse s’en explique ainsi :

[TRADUCTION] Le droit à la dignité dont il s’agit dans la présente instance est celui qui résulte de l’état de mère. Il se

herself within that designation with the same force and effect as birth mothers caring for their newborns. It relates to the ability of the Claimant to care for, nurture and bond with her daughters. It is difficult to conceive of a fundamental social institution more important than motherhood. It is equal access to that institution which the Act deprives the Claimant and her children and it cannot be reasonably argued that such a result is not contrary to the dignity interests involved.

6. The discrimination against adoptive mothers is not saved by section 1 of the Charter.

[26] For her submissions regarding the bonding and attachment process, the applicant relies on the evidence of Dr. LeMare. In particular, the applicant relies on the following passages from Dr. LeMare's affidavit of July 6, 2004:

7. Bonding refers to the feelings of affection and protectiveness that parents have towards their babies. . . .

8. Some mothers feel an immediate bond with their children and for others it takes longer. The same is true for adoptive mothers. In some rare instances, which apply to birth mothers and adoptive mothers, a mother never feels a strong bond to her child. Birth mothers often begin preparing to bond before their child is born when they experience fetal movement, see ultrasound images, anticipate the birth, and go through the birthing process. These experiences can engender feelings of "knowing" one's child and affection for the child. In most instances, adoptive mothers do not have the opportunity to participate in these experiences with their unborn child. The preparation to bond can begin when adoptive parents hear that they will be receiving a child, which is typically very shortly before the child actually comes home. Hence, the start of the bonding process typically occurs closer to the time of actual contact with the infant in adoptive families than in birth families.

9. Bonding is extremely important as the affectional ties a mother feels for her baby prime her to behave in a way that will promote the likelihood of the infant forming a secure attachment. Specifically, when a mother experiences strong

rapporte à l'aptitude de la prestataire à revendiquer la qualité de mère dans la même mesure que les mères naturelles qui s'occupent de leurs nouveau-nés. Il se rapporte à la capacité de la prestataire de s'occuper de ses filles, de les nourrir et de s'attacher à elles. Il est difficile de concevoir une institution sociale aussi fondamentale et aussi importante que la maternité. C'est de l'égalité d'accès à cette institution que la Loi prive la prestataire et ses enfants, et l'on ne saurait raisonnablement prétendre qu'un tel résultat ne va pas à l'encontre du droit à la dignité.

6. La discrimination exercée contre les mères adoptives n'est pas validée par l'article premier de la Charte.

[26] Pour ses prétentions touchant le processus d'établissement de liens affectifs, la demanderesse se fonde sur le témoignage de la D^{re} LeMare. Plus précisément, elle cite les passages suivants de l'affidavit de la D^{re} LeMare en date du 6 juillet 2004 :

[TRADUCTION]

7. L'attachement s'entend de l'affection que des parents portent à leurs nouveau-nés, et du désir qu'ils ont de les protéger [. . .]

8. Certaines mères ressentent un attachement immédiat pour leurs enfants, tandis que, chez d'autres, l'attachement est plus tardif. Il en va de même pour les mères adoptives. Dans quelques rares cas, qui s'appliquent aux mères naturelles comme aux mères adoptives, une mère ne ressent jamais un fort attachement pour son enfant. Les mères naturelles commencent souvent à ressentir un attachement avant la naissance de leur enfant lorsqu'elles sentent les mouvements du fœtus, qu'elles voient les échographies, qu'elles préparent la naissance et qu'elle accouchent. Ces expériences peuvent produire chez la mère un sentiment d'intimité avec l'enfant et d'affection pour lui. Dans la plupart des cas, les mères adoptives n'ont pas l'opportunité de connaître ces expériences à l'égard de l'enfant qui n'est pas biologiquement le leur. Les préparatifs de l'attachement peuvent débuter lorsque les parents adoptifs apprennent qu'ils vont accueillir un enfant, ce qui est en général très peu de temps avant l'arrivée de l'enfant chez eux. Partant, le début du processus d'attachement a lieu en général, chez les parents adoptifs, à une date plus proche du contact effectif avec l'enfant que ce n'est le cas chez les parents naturels.

9. L'attachement est extrêmement important car les liens affectifs ressentis par une mère envers son nouveau-né la préparent à se comporter d'une manière qui augmentera les chances pour que le nouveau-né développe envers elle un lien

feelings of affection and protectiveness towards her infant, she takes pleasure in her baby and is motivated to attend to and become proficient at reading and reacting appropriately to her baby's signals. These caregiving behaviours support the development of a secure attachment on the part of the infant. In most instances, bonding occurs and intensifies during the early days, weeks and months of the infant's life during which time mothers and infants are typically in close and continuous proximity to one another. Hence, bonding and recovery from childbirth most often happen contemporaneously.

10. Attachment refers to a very specific kind of relationship that infants form with their caregivers. The attachment process derives from the infant's innate need for safety and security.

11. An infant's disposition to form an attachment is based in her biology and is of evolutionary significance because it maximizes the child's likelihood of survival. All babies are born ready to form attachments.

12. Early attachment behaviours include crying and smiling; both of these are behaviours whose fundamental function is to keep caregivers engaged with and in close proximity to the infant.

...

18. While selective attachment does not occur until an infant is approximately six months of age, all the caregiving that an infant has received in the first six months of life informs the quality of attachment that forms. The early months of the infant's life are a critical time for caregivers to learn about and become proficient at reading and reacting appropriately to the baby's signals. Their success at this contributes to the expectations that the infant develops regarding the availability of care and security. . . .

...

21. If a child is adopted early in infancy there is no difference in the attachment process between adopted and biological children.

22. A secure attachment is the ideal for all children. That is because a secure attachment helps children navigate through the developmental tasks they will encounter as they age. . . . In that sense, I am of the opinion that the quality of the

solide. Plus précisément, lorsqu'une mère éprouve envers son nouveau-né un fort sentiment d'affection et un désir de le protéger, elle prend plaisir à s'occuper de lui et elle est incitée à lui prêter attention et à devenir habile à lire les signaux que lui envoie son nouveau-né, ainsi qu'à y réagir adéquatement. Cette attitude aimante favorise le développement d'un fort attachement de la part du nouveau-né. Dans la plupart des cas, l'attachement se manifeste et s'intensifie durant les premiers jours, semaines et mois de la vie du nouveau-né, période durant laquelle la mère et le nouveau-né sont dans une proximité étroite et constante. Partant, la formation de liens affectifs et le rétablissement de la mère après l'accouchement sont deux phénomènes qui le plus souvent sont simultanés.

10. L'attachement s'entend d'un genre très particulier de relations que les nouveau-nés développent avec ceux qui s'occupent d'eux. Le processus d'attachement découle du besoin inné de sécurité que ressent le nouveau-né.

11. La disposition d'un nouveau-né à manifester un attachement repose sur sa biologie et est importante sur le plan évolutif parce qu'elle maximise les probabilités de survie de l'enfant. Tous les nouveau-nés naissent prédisposés à développer des liens affectifs.

12. Les premiers comportements qui montrent un attachement sont le fait de pleurer ou de sourire; il s'agit là de deux comportements dont la fonction fondamentale est de préserver l'engagement et la proximité de ceux qui s'occupent du nouveau-né.

[. . .]

18. L'attachement sélectif ne se produit que lorsque le nouveau-né atteint l'âge d'environ six mois, mais tous les soins qu'il a reçus au cours des six premiers mois de sa vie déterminent la qualité de l'attachement qui se forme. Les premiers mois de la vie du nouveau-né sont une période critique au cours de laquelle ceux qui s'occupent de lui font un apprentissage et deviennent habiles à lire les signaux du nouveau-né et à y réagir adéquatement. La mesure de leur succès en la matière définit les attentes que développe le nouveau-né quant aux soins et à la sécurité qu'il a à sa disposition [. . .]

[. . .]

21. Si un enfant est adopté peu de temps après sa naissance, il n'y a aucune différence dans le processus d'attachement entre enfant adopté et enfant biologique.

22. Un solide attachement est l'idéal pour tous les enfants. S'il en est ainsi, c'est parce qu'un solide attachement aide les enfants à composer avec les tâches que nécessitera leur développement à mesure qu'ils avanceront en âge [. . .] En ce

attachments adopted children form with their parents as infants can be more important for adopted children as they enter adolescence.

23. Research indicates that 18 months with a particular emphasis on the first 12 months, is the most important time for the formation of the attachment bond. This time frame is not generally different for adopted children if they are adopted early in infancy. [Emphasis added.]

[27] During the course of her oral testimony, Dr. LeMare indicated that there was no difference in the bonding process between father and child and mother and child. At pages 53 and 54 of the transcript of her testimony of March 15, 2005, she gave the following evidence:

Q. . . . And did I understand you to say that there is a difference between father and child and mother and child?

A. I don't think I said that. There often is a difference. In our society typically it is mothers who care for infants; and because of that, typically mothers get to know their infants more quickly and possibly better than fathers do.

Q. But theoretically there should be no difference.

A. Theoretically if it was the father who was caring for the infant in the same way that mothers typically care for infants, we may not expect a difference.

Q. Okay, and that can happen?

A. That can happen, yes.

Schafer v. Canada (Attorney General)

[28] Although it goes without saying that we are not bound by *Schafer*, I have concluded, after careful consideration of the reasons given by the Ontario Court of Appeal in that decision, that the conclusion reached by that Court is clearly the right one. Because I agree entirely with the reasons given in *Schafer*, I will first carefully review them, as well as those given by the British Columbia Court of Appeal in *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Committee)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 322, which fully

sens, je suis d'avis que la qualité de l'attachement que les enfants adoptés manifestent comme nouveau-nés envers leurs parents peut avoir plus d'importance chez ces enfants au moment où ils entrent dans l'adolescence.

23. La recherche montre que les 18 premiers mois, et surtout les 12 premiers, sont la période la plus importante pour l'apparition d'un attachement. Cette période n'est pas en général différente pour l'enfant adopté s'il est adopté peu après sa naissance. [Non souligné dans l'original.]

[27] Au cours de son témoignage, la D^{re} LeMare a dit qu'il n'y avait aucune différence entre l'apparition du lien père-enfant et l'apparition du lien mère-enfant. Aux pages 53 et 54 de la transcription de son témoignage du 15 mars 2005, on peut lire ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. [. . .] Et, si je ne me trompe, vous avez dit qu'il y a une différence entre le lien père-enfant et le lien mère-enfant?

R. Je ne crois pas avoir dit cela. Souvent, il y a une différence. Dans notre société, en général c'est la mère qui s'occupe du nouveau-né; et, à cause de cela, la mère vient en général à connaître son nouveau-né plus rapidement et sans doute mieux que le père.

Q. Mais, en théorie, il ne devrait y avoir aucune différence.

R. En théorie, si c'était le père qui prenait soin du nouveau-né de la même manière que la mère le fait en général, il n'y aurait probablement pas de différence.

Q. D'accord, et cela peut-il arriver?

R. Cela peut arriver, oui.

Schafer c. Canada (Procureur général)

[28] Il va sans dire que nous ne sommes pas liés par l'arrêt *Schafer*, mais, après lecture attentive des motifs rédigés par la Cour d'appel de l'Ontario dans cet arrêt, je suis d'avis que la conclusion à laquelle elle est arrivée est manifestement la bonne. Comme je souscris entièrement aux motifs exposés dans l'arrêt *Schafer*, je commencerai par les examiner attentivement, de même que les motifs exposés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations*

endorsed *Schafer*. Following that review, I will address the applicant's overall submissions, including her submission that *Schafer* is not good law by reason of the Supreme Court of Canada's decisions in *Law*, and *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*.

[29] I should point out that at the time that *Schafer*, was heard by the Ontario Court of Appeal, the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (the U.I. Act), provided for 15 weeks of maternity benefits to biological mothers and 10 weeks of parental benefits to either biological or adoptive parents. In addition, five weeks of benefits were provided if the child suffered from a physical, psychological or emotional condition. The U.I. Act also provided for 15 weeks of sickness benefits.

[30] Commencing December 31, 2000, the parental benefits under the Act (the Act came into force on June 20, 1996) were increased from 10 weeks to 35 weeks. Both parents can share these benefits but are limited to one 35-week period.

[31] In *Schafer*, the respondents, two adoptive mothers and their adopted sons, challenged, pursuant to section 15 of the Charter, those provisions of the Act which treat biological and adoptive mothers differently, namely: paragraph 11(3)(a) [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 9] (now paragraph 12(3)(a)), which provided maternity benefits to biological mothers for a period of up to 15 weeks; and paragraph 11(3)(b) [as am. *idem*] (now paragraph 12(3)(b)), which provided for child care benefits to all parents, whether biological or adoptive, for a period of up to 10 weeks (now 35 weeks).

[32] The respondents argued that these provisions, by allowing a biological family 25 weeks (15 weeks + 10 weeks) of paid leave and 10 weeks only to an adoptive family, were discriminatory and in violation of section 15 of the Charter.

Committee) (2002), 216 D.L.R. (4th) 322, qui reprenait totalement à son compte l'arrêt *Schafer*. Après cet examen, j'étudierai les conclusions générales de la demanderesse, notamment celle selon laquelle l'arrêt *Schafer*, est une décision erronée en raison des arrêts *Law*, et *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)* de la Cour suprême du Canada.

[29] Je dois faire observer que, à l'époque où appel fut interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Schafer*, la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1 (la Loi sur l'A-C), prévoyait 15 semaines de prestations de maternité pour les mères biologiques et 10 semaines de prestations parentales pour les parents biologiques comme pour les parents adoptifs. En outre, cinq semaines de prestations étaient offertes si l'enfant souffrait d'une pathologie physique, psychologique ou affective. La Loi sur l'A-C prévoyait aussi 15 semaines de prestations de maladie.

[30] À partir du 31 décembre 2000, la durée des prestations parentales prévue par la Loi (c'est-à-dire la *Loi sur l'assurance-emploi*, entrée en vigueur le 20 juin 1996), est passée de 10 semaines à 35 semaines. Les deux parents peuvent partager ces prestations, qui, au total, ne peuvent pas dépasser 35 semaines.

[31] Dans l'arrêt *Schafer*, les intimés, deux mères adoptives et leurs fils adoptifs, contestaient, en invoquant l'article 15 de la Charte, les dispositions de la Loi sur l'A-C qui traitaient différemment les mères biologiques et les mères adoptives, à savoir l'alinéa 11(3)a [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 9] (aujourd'hui l'alinéa 12(3)a)), qui prévoyait le versement de prestations de maternité aux mères biologiques pour une période maximale de 15 semaines; et l'alinéa 11(3)b) [mod., *idem*] (aujourd'hui l'alinéa 12(3)b)), qui prévoyait le versement de prestations de soins pour enfant à tous les parents, biologiques ou adoptifs, pour une période maximale de 10 semaines (aujourd'hui 35 semaines).

[32] Les intimés faisaient valoir que ces dispositions, en accordant aux parents biologiques 25 semaines (15 semaines + 10 semaines) de congé rémunéré, et 10 semaines seulement aux parents adoptifs, étaient discriminatoires et contrevenaient à l'article 15 de la Charte.

[33] Cameron J., the trial Judge, in a decision [*Schafer v. Canada (Attorney General)*] reported at (1996), 29 O.R. (3d) 496 (Gen. Div.), declared that those parts of the U.I. Act which provided pregnancy and childbirth benefits were discriminatory against adoptive parents and adopted children contrary to subsection 15(1) of the Charter, and that the provisions were not saved by section 1 of the Charter.

[34] The Ontario Court of Appeal began its analysis by a review of the legislative history of the U.I. Act which came into force in 1940 [*The Unemployment Insurance Act, 1940*, S.C. 1940, c. 44], the purpose of which was to provide benefits to an unemployed person, capable of work and in search of work. Hence, the case law established a presumption that because a pregnant woman was not physically capable of working for a period of six weeks prior to the expected birth and for six weeks after the birth, she was not entitled to benefits unless she could rebut the presumption.

[35] In 1971 [*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48], because of the increasing role of women in the workforce, the U.I. Act was amended to provide maternity benefits of 15 weeks, which had to commence eight weeks prior to the expected birth and which had to end six weeks after the birth.

[36] In 1976, the U.I. Act was again amended to make the 15 weeks of benefits payable at any time during a 26-week period, beginning eight weeks before the expected birth and terminating 17 weeks after birth.

[37] In 1984, a further amendment came into force so as to provide 15 weeks of parental benefits for the use of either adoptive mothers or fathers. By reason of the coming into force of section 15 of the Charter in April 1985, these provisions were successfully challenged in *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515 (T.D.). In that case, Mr. Schachter sought a declaration that the parental benefits of 15 weeks were discriminatory in that

[33] Le juge Cameron, qui avait rendu jugement en première instance (*Schafer v. Canada (Attorney General)*) (1996), 29 O.R. (3d) 496 (Div. gén.), avait estimé que les portions de la Loi sur l'A-C qui prévoyaient des prestations pour grossesse et accouchement étaient discriminatoires envers les parents adoptifs et les enfants adoptifs parce qu'elles étaient contraires au paragraphe 15(1) de la Charte, et qu'elles n'étaient pas validées par l'article premier de la Charte.

[34] La Cour d'appel de l'Ontario a commencé son analyse par un examen de l'historique de la Loi sur l'A-C, qui était entrée en vigueur en 1940 [*Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, ch. 44], et dont l'objet était d'accorder des prestations à une personne en chômage, capable de travailler et en quête d'un travail. La jurisprudence a donc établi une présomption selon laquelle, parce qu'une femme enceinte n'était pas physiquement capable de travailler durant une période de six semaines avant la date prévue de la naissance et durant six semaines après la naissance, elle n'avait pas droit à des prestations à moins qu'elle ne réfute la présomption.

[35] En 1971 [*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48], en raison du rôle croissant des femmes sur le marché du travail, le législateur a modifié la Loi sur l'A-C pour prévoir des prestations de maternité de 15 semaines, qui devaient débiter huit semaines avant la date prévue de la naissance et se terminer six semaines après la naissance.

[36] En 1976, la Loi sur l'A-C fut de nouveau modifiée de telle sorte que les 15 semaines de prestations devenaient payables n'importe quand durant une période de 26 semaines, qui débutait huit semaines avant la date prévue de la naissance et prenait fin 17 semaines après la naissance.

[37] En 1984, entré en vigueur une nouvelle modification qui prévoyait 15 semaines de prestations parentales à l'intention des mères adoptives ou des pères adoptifs. Par suite de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte en avril 1985, ces dispositions furent invalidées dans le jugement *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, M. Schachter avait sollicité un jugement déclaratoire disant

he, as a biological father, was not entitled to them.

[38] Strayer J. (as he then was) concluded that the legislation discriminated against Mr. Schachter on the basis of his sex. He accordingly “read into” the U.I. Act a provision giving biological parents the same child care benefits that adoptive parents were entitled to under the legislation. Strayer J.’s decision was appealed to the Supreme Court of Canada [[1992] 2 S.C.R. 679] but, before the case was heard, the U.I. Act was amended so as to provide for 10 weeks (the benefit was reduced by Parliament from 15 weeks to 10 weeks) of parental benefits available to either biological or adoptive parents.

[39] After carefully reviewing the reasons given by Cameron J. in concluding that the provisions of the U.I. Act which provided for pregnancy and childbirth benefits discriminated against adoptive parents and adopted children, the Ontario Court of Appeal turned to the issues before it.

[40] First, the Court of Appeal enquired into the purpose of the maternity and child care benefits. It had no difficulty concluding that the purpose of these benefits was to protect women who work from the economic costs of pregnancy and childbirth. In the Court’s opinion, the first Judge had erred in concluding that the purpose of the maternity benefits was that of supporting family formation. In the Court’s view, the focus of the U.I. Act was not the formation of families, but the circumstances surrounding employment and unemployment. In that light, Austin J.A., writing for the Court in *Schafer*, said at page 15:

The original maternity benefit in the 1971 legislation was Parliament’s response to what it was as the special needs of birth mothers, including those who give up their children for adoption. Parliament provided a comprehensive arrangement to protect the income, job security and promotion of women

que les prestations parentales de 15 semaines étaient discriminatoires parce que lui, en tant que père biologique, n’y avait pas droit.

[38] Le juge Strayer, alors juge de la Cour fédérale, avait conclu que le texte de loi établissait contre M. Schachter une discrimination fondée sur le sexe. Il avait donc interprété la Loi sur l’A-C comme si elle renfermait une disposition accordant aux parents biologiques les mêmes prestations de soins à l’enfant que celles à laquelle les parents adoptifs avaient droit en vertu de la loi. Appel de la décision du juge Strayer fut interjeté devant la Cour suprême du Canada [[1992] 2 R.C.S. 679], mais, avant que l’affaire ne soit jugée, la Loi sur l’A-C fut modifiée par insertion d’une disposition qui accordait dix semaines (la prestation a été ramenée de 15 semaines à 10 semaines par le législateur) de prestations parentales aux parents biologiques comme aux parents adoptifs.

[39] Après examen approfondi des motifs exposés par le juge Cameron, pour qui les dispositions de la Loi sur l’A-C qui prévoyaient le versement de prestations pour grossesse et accouchement établissaient une discrimination contre les parents adoptifs et les enfants adoptifs, la Cour d’appel de l’Ontario a étudié les questions qui lui étaient soumises.

[40] La Cour d’appel s’est d’abord interrogée sur l’objet des prestations de maternité et des prestations de soins pour enfants. Elle n’a eu aucune difficulté à conclure que les prestations en cause avaient pour objet de soulager les femmes qui travaillent des coûts économiques de la grossesse et de l’accouchement. De l’avis de la Cour, le juge de première instance avait erré en disant que l’objet des prestations de maternité était d’encourager la constitution de familles. Pour la Cour d’appel, la Loi sur l’A-C n’avait pas pour objet la constitution de familles, mais les circonstances entourant l’emploi et le chômage. Considérant les choses sous cet angle, le juge Austin, qui s’exprimait pour la Cour l’arrêt *Schafer*, écrivait ce qui suit, à la page 15 :

[TRADUCTION] La prestation initiale de maternité, dans le texte de 1971, était la réponse du législateur à ce qu’il considérait comme les besoins spéciaux des mères naturelles, y compris de celles qui donnent leurs enfants pour adoption. Le législateur a établi un dispositif détaillé destiné à protéger

in the workplace who become pregnant. The purpose of the 1984 amendment was to do the same for women who adopt children. The specific purpose of both the 1971 and 1984 legislation was to provide partial replacement of income while out of the workplace, either by reason of pregnancy and childbirth or by reason of child care. [Emphasis added.]

[41] Following this conclusion, the Court of Appeal turned to the second issue before it, namely, whether the existing scheme of maternity benefits and child care benefits violated subsection 15(1) of the Charter.

[42] The Ontario Court of Appeal proceeded on the basis of the test enunciated by the Supreme Court of Canada in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418. That test was summarized by the Court of Appeal at page 16 of its reasons as follows:

- (a) Does the Act distinguish between the claimant and others so as to deny the claimant one or more of the equality rights protected by s. 15(1)?
- (b) Is this denial of equality discriminatory? This requires the court to consider whether the distinction is:
 - i. based upon an enumerated or analogous ground; and
 - ii. contrary to the purpose of s. 15(1).

[43] After indicating its agreement with Cameron J. that the discrimination analysis could not be focused on the adoptive family but rather on a comparison between biological and adoptive mothers, the Court then addressed the first leg of the test, i.e. whether a distinction existed between the claimant and others resulting in a denial of equality before or under the law, or equal protection or benefit of the law.

[44] In answer to that question, the Court stated in unequivocal terms that the legislation made a distinction between biological and adoptive mothers and that as a

le revenu, la sécurité d'emploi et les perspectives professionnelles des femmes qui tombent enceintes. L'objet de la modification de 1984 était de faire la même chose pour les femmes qui adoptent des enfants. L'objet précis des textes de 1971 comme de 1984 était de remplacer partiellement le revenu des femmes devant quitter temporairement le marché du travail pour cause de grossesse et d'accouchement ou pour cause d'obligations parentales. [Non souligné dans l'original.]

[41] La Cour d'appel est ensuite passée au second point dont elle était saisie, c'est-à-dire celui de savoir si le régime existant des prestations de maternité et des prestations de soins pour enfants contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte.

[42] La Cour d'appel de l'Ontario a pris pour point de départ le critère exposé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Ce critère a été résumé par la Cour d'appel comme il suit, à la page 16 de ses motifs :

[TRADUCTION]

- a) La Loi établit-elle, entre la prestataire et les autres, une distinction qui a pour effet de nier à la prestataire l'un ou plusieurs des droits à l'égalité qui sont protégés par le paragraphe 15(1)?
- b) Ce déni des droits à l'égalité est-il discriminatoire? Il faut pour cela que la Cour se demande si la distinction est :
 - i. fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue; et
 - ii. contraire à l'objet du paragraphe 15(1).

[43] Après s'être déclarée en accord avec le juge Cameron, pour qui l'analyse portant sur la discrimination ne pouvait pas se focaliser sur la famille adoptive, mais plutôt sur une comparaison entre mères biologiques et mères adoptives, la Cour a alors examiné le premier volet du critère, c'est-à-dire le point de savoir si une distinction était faite entre la prestataire et les autres qui avait pour effet de nier à la prestataire l'égalité devant la loi, l'égalité de bénéfice de la loi et la protection égale de la loi.

[44] Répondant à cette question, la Cour a conclu sans équivoque que la Loi sur l'A-C établissait une distinction entre les mères biologiques et les mères

result of that distinction, adoptive mothers were denied the same benefits as those available to biological mothers. Consequently, the claimants had established that they were denied equal benefit of the law.

[45] The Court then turned to the question of whether the distinction was discriminatory. It first asked itself whether the distinction was based upon an enumerated or analogous ground. Although he was not convinced that women who adopted children did so by reason of a personal characteristic that was immutable or changeable only at an unacceptable personal cost, or that adoptive women constituted a minority that was discrete in the sense of separate or discernible, or that adoptive parents had suffered historical and legal disadvantages as a result of their status, Austin J.A. nonetheless assumed, without deciding the question, that the status of adoptive mothers constituted an analogous ground.

[46] The Court of Appeal then dealt with the question of whether the distinction between biological and adoptive mothers violated subsection 15(1) of the Charter. It began its analysis of that question by quoting with approval that part of Cameron J.'s reasons, found at page 528, where he stated:

... does the impugned legislative provision violate the purpose of s. 15(1), namely to prevent the violation of human dignity and freedom through the imposition of limitations, disadvantages or burdens based on the stereotypical application of group characteristics?

[47] The Court noted that Cameron J.'s words correctly reflected what had been said by McIntyre J. at pages 168, 169, 174 and 175 of his reasons in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143:

It is, of course, obvious that legislatures may—and to govern effectively—must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society. As noted

adoptives et que, en conséquence de cette distinction, les mères adoptives se voyaient refuser les prestations dont bénéficiaient les mères biologiques. Les prestataires avaient donc établi que l'égalité de bénéfice de la loi leur était niée.

[45] La Cour est alors passée à la question de savoir si la distinction était discriminatoire. Elle s'est d'abord demandé si elle était fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue. Le juge Austin n'était pas persuadé que les femmes qui adoptaient des enfants agissaient ainsi en raison d'une caractéristique personnelle qui était immuable, ou qui ne pouvait être modifiée qu'à un coût personnel inacceptable, ni que les mères adoptives constituaient une minorité formant un groupe distinct, c'est-à-dire séparé ou visible, ni que les parents adoptifs avaient souffert de handicaps historiques et juridiques en raison de leur qualité de parents adoptifs, mais il a néanmoins présumé, sans trancher la question, que la qualité de mère adoptive constituait un motif analogue.

[46] La Cour d'appel a ensuite examiné le point de savoir si la distinction entre mères biologiques et mères adoptives contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte. Elle a entrepris son analyse de cette question en citant avec approbation le passage suivant des motifs du juge Cameron, à la page 528 du recueil de jurisprudence :

[TRADUCTION] [...] la disposition légale contestée contrevient-elle à l'objet du paragraphe 15(1), qui est d'empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur l'application stéréotypée de caractéristiques de groupe?

[47] La Cour d'appel a noté que les propos du juge Cameron rendaient compte fidèlement de ce qu'avait écrit le juge McIntyre aux pages 168, 169, 174 et 175 de ses motifs, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 :

Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. En effet, de telles distinctions représentent l'une des principales préoccupations des législatures. La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l'application de règles, de règlements, d'exigences et de qualifications différents à des personnes différentes sont

above, for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions.

...

Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed. [Emphasis added.]

and by McLachlin J. (as she then was) at paragraph 140 of her reasons in *Miron*:

... exceptionally it may be concluded that the denial of equality on the enumerated or analogous ground does not violate the purpose of s. 15(1)—to prevent the violation of human dignity and freedom through the imposition of limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of merit, capacity or circumstances. [Emphasis added.]

[48] As an example of the kind of exceptions envisioned in *Miron*, the Court of Appeal referred to the Supreme Court's decisions in *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906, and *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, where the Supreme Court, notwithstanding a legislative distinction based upon an enumerated ground, held that there was no discrimination contrary to subsection 15(1) of the Charter because the distinction was based on capacity or circumstances rather than upon the stereotypical application of presumed group characteristics.

[49] The Court of Appeal made the point that what these cases showed was that “a biological reality removed the distinction drawn from the ambit of s. 15(1)” (page 22 of the Court of Appeal's reasons). The Court then went on to say that a similar analysis applied in the case before it in that pregnancy and childbirth, which only biological mothers experience, constituted an inescapable biological reality. Thus, in the Court's view, compensating biological mothers for loss of work

nécessaires pour gouverner la société moderne. Comme je l'ai déjà souligné, le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites.

[...]

Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. [Non souligné dans l'original.]

Les propos du juge Cameron rendaient compte aussi de ce qu'avait dit la juge McLachlin (son titre à l'époque), au paragraphe 140 de ses motifs, dans l'arrêt *Miron* :

[...] on peut exceptionnellement conclure que la négation de l'égalité fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue ne contrevient pas à l'objet du paragraphe 15(1)—empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites, les capacités ou les circonstances. [Non souligné dans l'original.]

[48] À titre d'exemple du genre d'exceptions envisagées dans l'arrêt *Miron*, la Cour d'appel de l'Ontario s'est référée à deux arrêts de la Cour suprême du Canada, *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, et *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872. Dans ces précédents, la Cour suprême, nonobstant l'existence d'une distinction légale fondée sur un motif énuméré, a jugé qu'il n'y avait aucune discrimination contraire au paragraphe 15(1) de la Charte, parce que la distinction était fondée sur les capacités ou les circonstances plutôt que sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe.

[49] La Cour d'appel a expliqué que ce que ces précédents montraient, c'était qu' [TRADUCTION] « une réalité biologique enlevait la distinction établie du champ du paragraphe 15(1) » (à la page 22 des motifs de la Cour d'appel). Puis la Cour d'appel poursuivait en disant que la même conclusion s'imposait dans l'affaire qu'elle avait devant elle, en ce sens que la grossesse et l'accouchement, que seules connaissent les mères biologiques, constituaient une réalité biologique incon-

by reason of their pregnancy and childbirth could not constitute discrimination.

[50] The Court then turned to an argument put forward by the respondents (Mr. and Mrs. Schafer) and the intervener, the Adoption Council for Ontario, that a maternity benefit period of 15 weeks exceeded the physiological needs of most biological mothers and that an average of four to six weeks was sufficient for biological mothers to cope with the physical consequences of pregnancy and childbirth and that, as a result, subsection 11(3) (now subsection 12(3)) of the Act went beyond the specific circumstances of biological mothers. Hence, in that light, subsection 11(3) did not fall within the exceptions alluded to by McLachlin J. in *Miron*. On the basis of that submission, the respondents and the Adoption Council for Ontario argued that the purpose and/or effect of those weeks which were not required to meet the physical demands of pregnancy and childbirth gave biological mothers additional time to bond with their children, which time was not afforded to adoptive mothers.

[51] The Court of Appeal dealt with these submissions as follows. First, the Court opined that although pregnancy was not an illness, it had many of its physical characteristics, i.e. nausea, fatigue, vomiting, backache, fluid retention, vaginal discharge, varicose veins and nerve entrapment syndromes. It further said that not only was anxiety concerning the forthcoming labour a source of distress for the biological mother, she faced additional problems in the case of either an abnormal or difficult pregnancy, i.e. multiple pregnancy, diabetes, pre-eclampsia and bleeding. The Court also alluded to the fact that approximately one-fifth of deliveries in Canada were carried out by caesarian section which requires anesthesia and major abdominal surgery. It also pointed out that vaginal birth often requires an episiotomy or perineal laceration, the pain and discomfort of which often lasts for weeks and months.

tournable. Ainsi, de l'avis de la Cour d'appel, le fait d'indemniser les mères biologiques pour la perte d'un travail entraînée par la grossesse ou l'accouchement ne pouvait pas constituer une discrimination.

[50] Puis la Cour d'appel a examiné un argument invoqué par les intimés (M. et M^{me} Schafer) et par l'intervenant, le Conseil des adoptions de l'Ontario. Pour ces derniers, une période de 15 semaines de prestations de maternité dépassait les besoins physiologiques de la plupart des mères biologiques, et une moyenne de quatre à six semaines suffisait aux mères biologiques pour composer avec les conséquences physiques de la grossesse et de l'accouchement et, en conséquence, le paragraphe 11(3) (aujourd'hui le paragraphe 12(3)) de la Loi sur l'A-C allait au-delà des circonstances propres aux mères biologiques. Ainsi, vu sous cet angle, le paragraphe 11(3) n'entraîne pas dans les exceptions auxquelles la juge McLachlin faisait allusion dans l'arrêt *Miron*. Se fondant sur cet argument, les intimés et le Conseil des adoptions de l'Ontario ont fait valoir que les semaines qui n'étaient pas requises pour composer avec les contraintes physiques d'une grossesse et d'un accouchement avaient pour but ou pour effet de donner aux mères biologiques un temps supplémentaire pour établir des liens avec leurs enfants, alors que les mères adoptives ne bénéficiaient pas de cet avantage.

[51] La Cour d'appel a répondu de la manière suivante à ces arguments. D'abord, elle a exprimé l'avis que, bien que la grossesse ne fût pas une maladie, elle présentait nombre de ses caractéristiques physiques, par exemple nausées, fatigue, vomissements, maux de reins, rétention hydrique, écoulements vaginaux, varices et syndrome de compression nerveuse. Elle a ajouté que non seulement l'anxiété à propos des couches à venir était une cause de tension pour la mère biologique, mais aussi que cette dernière était exposée à d'autres difficultés en cas de grossesse anormale ou difficile, par exemple grossesse multiple, diabète, éclampsie et saignements. La Cour d'appel a aussi fait allusion au fait qu'environ un accouchement sur cinq au Canada avait lieu par césarienne, opération qui requiert une anesthésie et une chirurgie abdominale importante. Elle a aussi fait observer qu'une naissance vaginale requiert souvent une épisiotomie, ou incision du périnée, dont la douleur et l'inconfort durent souvent plusieurs semaines ou plusieurs mois.

[52] For these findings, it can safely be said that the Court of Appeal relied in great part on the evidence of Dr. Murray Enkin, whose affidavits of July 14, 1994 and May 21, 1995 were before Umpire Krindle. In particular, the following passages from Dr. Enkin's affidavit of July 14, 1994 appear highly relevant:

LABOUR AND CHILDBIRTH

29. Labour and childbirth exact their toll to a different degree in different women. Some labours are short and relatively easy. Others are prolonged and exhausting. Approximately one fifth of deliveries in Canada today are carried out by Caesarian section, which adds the additional strain of an anaesthetic and a major abdominal surgical operation. Vaginal birth is often accompanied by an episiotomy or perineal laceration, with subsequent pain and discomfort, which persist for weeks or months. Almost 50% of Ontario births involve an episiotomy, with the rate for different hospitals varying from 1% to 99%. Less than 10% of women giving birth in hospitals escape with an intact perineum.

POST-DELIVERY

30. The time after birth is marked by profound physical, hormonal, and psychological changes. The enormous metabolic changes that took place over the months of pregnancy must be reversed in a matter of days or weeks. The uterus must involute, shrink back to its prepregnant size, and all that tissue must be absorbed. The placental site must heal.

31. The traditional six weeks time for a post-partum examination is an arbitrary one, and it cannot be assumed that the woman's body has resumed its non-pregnant state or is fully functional by that time. Many women are still suffering the effects of pregnancy and the trauma of delivery at that time, and for some time after. Prospective studies have shown that breast symptoms, vaginal discomfort, fatigue, haemorrhoids, poor appetite, constipation, dizziness, depression and sexual difficulties may persist for long periods after giving birth.

32. Sleep deprivation and the acceptance of new responsibilities for infant care are among the burdens of new parenting, and are shared by all new parents. It is for this

[52] Dans les conclusions qu'elle a tirées, on peut dire à coup sûr que la Cour d'appel s'est fondée largement sur le témoignage du D^r Murray Enkin, dont les affidavits datés du 14 juillet 1994 et du 21 mai 1995 ont été présentés à la juge-arbitre Krindle. Plus précisément, les passages suivants de l'affidavit du 14 juillet 1994 semblent tout à fait pertinents :

[TRADUCTION]

CONTRACTIONS UTÉRINES ET ACCOUCHEMENT

29. Les contractions utérines et l'accouchement sont difficiles à des degrés divers pour les femmes. Certaines contractions sont brèves et relativement faciles à supporter. D'autres sont prolongées et épuisantes. Environ un accouchement sur cinq au Canada aujourd'hui se fait par césarienne, ce qui ajoute les difficultés associées à une anesthésie et à une importante opération abdominale. La naissance vaginale est souvent accompagnée d'une épisiotomie, ou incision du périnée, avec la douleur et l'inconfort qui s'ensuivent, et qui peuvent persister durant des semaines ou des mois. Près de la moitié des naissances en Ontario font intervenir une épisiotomie, le taux variant selon l'hôpital entre 1 p. 100 et 99 p. 100. Moins de 10 p. 100 des femmes qui donnent naissance dans les hôpitaux en sortent le périnée intact.

PÉRIODE POSTNATALE

30. La période qui suit la naissance est marquée par de profonds changements physiques, hormonaux et psychologiques. Les énormes changements métaboliques qui se sont produits durant les mois de grossesse doivent s'inverser en quelques jours ou quelques semaines. L'utérus doit amorcer une involution, revenir à sa taille antérieure à la grossesse, et tout ce tissu doit être absorbé. Le milieu placentaire doit se cicatriser.

31. La traditionnelle période de six semaines qui précède un examen postnatal est une période arbitraire, et l'on ne saurait présumer que le corps de la femme a repris son état antérieur à la grossesse ou qu'il est pleinement fonctionnel à ce moment-là. Nombre de femmes souffrent encore à ce moment-là, et pour quelque temps par la suite, des effets de la grossesse et du traumatisme de l'accouchement. Des études prospectives ont montré que des douleurs mammaires, de l'inconfort vaginal, de l'épuisement, des hémorroïdes, un mauvais appétit, de la constipation, de la somnolence, de la dépression et des troubles sexuels peuvent persister longtemps après l'accouchement.

32. La privation de sommeil et la prise de nouvelles responsabilités pour le soin du nouveau-né comptent parmi les fardeaux de la nouvelle fonction de parent et sont partagées

reason that parental leave from employment responsibilities is required in addition to maternity leave. It is reasonable to assume that for biological mothers the burdens of new parenthood may be all the more difficult to cope with when they are added to the already present burdens of recovery from pregnancy and childbirth.

33. In addition, biological mothers require a period following childbirth to establish and maintain breastfeeding for their newborn child. I have reviewed the affidavit of Karyn Kaufman, and I agree with her assessment with respect to this aspect of post-natal recovery.

[53] These findings led the Court to the view that it was far from obvious that the 15 weeks of maternity benefits were not justified. In the Court's opinion, choosing an appropriate period of recovery was clearly arbitrary and that in fixing the maternity benefits at 15 weeks, it was clearly open to Parliament to include within the scheme the greatest number of women in the workforce. Consequently, in the Court's opinion, the fact that not every single pregnant woman required 15 weeks away from work was not sufficient to render the legislation unconstitutional. In support of this view, the following paragraphs from Dr. Enkin's affidavit of May 23, 1995 are apposite:

Post-partum period

10. I agree with Dr. Hannah that recovery from pregnancy is a poorly defined concept, and that the 6 week accepted period for follow-up examination of the mother is arbitrary. I also agree that the 6 week definition is not to be interpreted as an indication of when a woman may resume full activities.

11. I disagree however with Dr. Hannah's interpretation of this as meaning that most women are in physical condition to full activities in less than 6 weeks. On the contrary, even a so-called normal delivery (experienced by very few women today) results in a major metabolic stress, which requires a variable but usually lengthy period of time to fully recover. The extent to which this metabolic stress manifests itself in biologically measurable outcomes will depend on the intensity with which these outcomes are searched for. In any case, I

par tous les nouveaux parents. C'est pour cette raison qu'un congé parental, permettant de mettre en veilleuse les responsabilités professionnelles, est nécessaire en plus du congé de maternité. Il est raisonnable de présumer que, pour les mères biologiques, les charges de la nouvelle fonction de parent peuvent être d'autant plus difficiles à assumer lorsqu'elles s'ajoutent à la difficulté de se remettre d'une grossesse et d'un accouchement.

33. En outre, les mères biologiques ont besoin, après l'accouchement, d'une période leur permettant d'établir et de gérer l'allaitement de leur nouveau-né. J'ai passé en revue l'affidavit de Karyn Kaufman, et je partage la manière dont elle évalue cet aspect du rétablissement postnatal.

[53] Ces conclusions ont conduit la Cour à dire qu'il était loin d'être évident que les 15 semaines de prestations de maternité n'étaient pas justifiées. Selon elle, le choix d'une période adéquate de rétablissement était clairement arbitraire, et il était manifestement loisible au législateur, en fixant à 15 semaines la durée des prestations de maternité, d'inclure dans le régime le plus grand nombre de femmes actives sur le marché du travail. Par conséquent, de l'avis de la Cour d'appel, même si les femmes enceintes n'avaient pas toutes besoin de s'absenter de leur travail durant 15 semaines, cela ne suffisait pas à rendre la loi inconstitutionnelle. À l'appui de cette opinion, il est à propos de citer les paragraphes suivants de l'affidavit du 23 mai 1995 du D^r Enkin :

[TRADUCTION]

Période postnatale

10. Je reconnais avec le D^r Hannah qu'il est difficile de dire à quoi devrait correspondre la période de rétablissement qui suit une grossesse, et que la période admise de six semaines avant l'examen de suivi de la mère est arbitraire. Je reconnais aussi que la période de six semaines ne doit pas être interprétée comme une indication de la date à laquelle une femme peut reprendre pleinement ses activités.

11. Je ne partage pas cependant l'affirmation du D^r Hannah pour qui cela signifie que la plupart des femmes sont physiquement en état de reprendre toutes leurs activités en moins de six semaines. Au contraire, même un accouchement dit normal (ce que très peu de femmes connaissent aujourd'hui) entraîne un grand stress métabolique, laquelle requiert pour un plein rétablissement une période qui peut varier, mais qui en général est assez longue. La mesure dans laquelle ce stress métabolique se manifeste par des résultats

would suggest these pathophysiological manifestations are not important in and of themselves. The important consideration is how the woman feels. Some women recover quickly, others will take much longer.

...

14. I agree with Dr. Hannah that it has always been difficult to differentiate, in the case of a woman who has given birth, the role played by the demands of her newborn and the normal recovery process itself. It will always be difficult to do so, because comparisons among women in different situations are biased by the number of confounding factors which render such comparisons invalid. More importantly, however, it would be a futile exercise to even attempt to make such a differentiation. The difficulties experienced by new biologic mothers result from the combinations and interactions of physiological recovery and the demands of caregiving to the new infant.

15. The fact that some women can and do return to outside employment early tells us nothing about what most women can, or should do. The purpose of maternity leave is for the benefit of the mother, to allow her time to recover in accord with her own needs. To be effective, it must be adequate and flexible, because mothers' needs differ. That the baby will also benefit from this is inevitable, but incidental. Dr. Hannah does not advocate the reduction of maternity benefits.

...

17. Dr. Hannah's affidavit in summary shows that it is possible for some women to work right up to labour, and to return to work right after delivery. I do not dispute this. But for the majority of women, who would not describe their pregnancy as "uneventful", who either have symptoms or complications during the pregnancy, or undergo various forms of birth trauma, a period of maternity leave provides major health benefits to the mother, with collateral benefits for the baby. Parental leave, which is the same for biological and adoptive parents, primarily provides benefits for the baby, with collateral benefits to the parents.

[54] At pages 24-25, the Court summarized its rationale for concluding as it did in the following terms:

To summarize, it is not necessarily discriminatory for governments to treat biological mothers differently from other

biologiquement mesurables dépendra de l'intensité mise à rechercher de tels résultats. De toute manière, je dirais que ces manifestations pathophysiologiques ne sont pas en elles-mêmes importantes. Le point important, c'est de savoir comment se sent l'intéressée. Certaines femmes se rétablissent rapidement, d'autres beaucoup plus lentement.

[...]

14. Je reconnais avec le D^r Hannah qu'il a toujours été difficile de faire la distinction, dans le cas d'une femme qui a donné naissance, entre le rôle joué par les exigences de son nouveau-né, d'une part, et le processus normal de rétablissement, d'autre part. Il sera toujours difficile de faire cette distinction, parce que les comparaisons entre femmes dont la situation varie sont faussées par le nombre de facteurs parasites qui rendent invalides de telles comparaisons. Aspect plus important cependant, ce serait un exercice vain que d'essayer même d'établir une telle distinction. Les difficultés que rencontrent les nouvelles mères biologiques viennent des combinaisons et interactions du rétablissement physiologique de la mère et des soins qu'exige le nouveau-né.

15. Le fait que certaines femmes puissent reprendre rapidement leur emploi, et effectivement le reprennent, ne nous dit rien sur ce que la plupart des femmes peuvent ou devraient faire. Le congé de maternité vise à avantager la mère, pour lui permettre de se rétablir en fonction de ses propres besoins. Pour être efficace, le congé doit être suffisant et flexible, parce que les besoins des mères varient. Le fait que le nouveau-né profitera lui aussi de ce congé est inévitable, mais accidentel. Le D^r Hannah ne préconise pas la diminution des prestations de maternité.

[...]

17. En bref, l'affidavit du D^r Hannah montre qu'il est possible pour certaines femmes de travailler jusqu'à leurs couches et de revenir au travail tout de suite après l'accouchement. Je ne le conteste pas. Mais, pour la majorité des femmes, qui ne qualifieraient pas de « sans problèmes » leur grossesse et qui soit présentent des symptômes ou des complications durant la grossesse, soit connaissent divers problèmes à l'accouchement, un congé de maternité confère à la mère d'importants avantages sur le plan de la santé, avec avantages accessoires pour le nouveau-né. Le congé parental, qui est le même pour les parents biologiques et les parents adoptifs, profite surtout aux nouveau-nés et accessoirement aux parents.

[54] Aux pages 24 et 25, la Cour résumait ainsi le raisonnement qui l'amenait à conclure comme elle l'a fait :

[TRADUCTION] En résumé, il n'est pas nécessairement discriminatoire pour des gouvernements de considérer les

parents, including adoptive parents. In order to cope with the physiological changes that occur during childbearing, biological mothers require a flexible period of leave that may be used during pregnancy, labour, birth and the postpartum period. Indeed, such leave provisions may be necessary in order to ensure the equality of women generally, who have historically suffered disadvantage in the workplace due to pregnancy-related discrimination: *see Brooks v. Canada Safeway Ltd.; Allen c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219.

None of this is to deny the respondents' submission that adoptive mothers also face profound challenges in adopting and caring for their children. The decision to adopt often follows unsuccessful and difficult attempts to conceive a child biologically. The adoption process itself is rife with anxiety and stress as prospective parents are subjected to an invasive background check. An agonizing wait follows. The adoptive parents can have as little as 48 hours' notice of their child's arrival. The anxiety does not end with the child's placement. In addition to the universal demands of parenting a new child, adoptive parents may have to endure a 21-day waiting period during which the birth mother may change her mind about placing her child for adoption. Finally, with many placements of adopted children, there is a six-month probationary period during which the adoptive parents are under close scrutiny. International adoptions are at least equally complicated, often involving extended and multiple periods away from home.

However, as severe and distressing as these problems may be, they are not the same problems facing biological mothers. No doubt adoptive parents would put the extra 15 weeks of paid leave to excellent use in preparing and caring for their newly arrived child, but the purpose of the pregnancy leave benefit is not to provide income support to parents who care for their children. It is to provide a flexible system of income support to women who need time away from work because of pregnancy and childbirth. [Emphasis added.]

British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia

[55] I now turn to the British Columbia Court of Appeal's decision in *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia*.

mères biologiques différemment des autres parents, y compris des parents adoptifs. Pour composer avec les changements physiologiques qu'entraîne la maternité, les mères biologiques ont besoin d'une période de congé souple qui puisse être utilisée durant la grossesse, durant les couches, à la naissance et après la naissance. Les dispositions qui prévoient le congé peuvent même être nécessaires pour garantir l'égalité des femmes en général, qui ont longtemps été désavantagées dans le milieu de travail en raison d'une discrimination fondée sur la grossesse : voir l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.; Allen v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, 45 C.R.R. 115.

Il n'est pas question ici de réfuter l'argument des intimés selon lequel les mères adoptives doivent relever elles aussi d'importants défis lorsqu'elles adoptent un enfant et s'en occupent. La décision d'adopter suit souvent des tentatives difficiles et infructueuses de concevoir. Le processus d'adoption lui-même est imprégné d'anxiété et de tension, les futurs parents étant soumis à une vérification approfondie de leurs antécédents. Puis il y a l'attente agonisante. Les parents adoptifs peuvent recevoir un préavis de 48 heures de l'arrivée de leur enfant. L'anxiété ne prend pas fin avec le placement de l'enfant. En plus des exigences habituelles qui s'attachent à la qualité de nouveau parent, les parents adoptifs peuvent devoir subir une période d'attente de 21 jours au cours de laquelle la mère naturelle peut changer d'avis et décider de retirer son enfant de l'adoption. Finalement, pour de nombreux placements d'enfants adoptés, il y a une période d'essai de six mois au cours de laquelle les parents adoptifs sont très étroitement scrutés. Les adoptions internationales sont au moins aussi compliquées, car elles requièrent souvent des périodes prolongées et multiples loin du domicile.

Cependant, si graves et troublantes que puissent être ces difficultés, ce ne sont pas les mêmes difficultés que celles que connaissent les mères biologiques. Il ne fait aucun doute que les parents adoptifs pourraient faire un excellent usage des 15 semaines additionnelles de congé rémunéré pour accueillir leur nouvel enfant et s'en occuper, mais l'objet des prestations de maternité n'est pas de procurer un revenu complémentaire aux parents qui s'occupent de leurs enfants. Il est d'établir un système souple de soutien du revenu à l'intention des femmes qui doivent s'absenter de leur travail pour cause de grossesse et d'accouchement. [Non souligné dans l'original.]

L'arrêt *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia*

[55] Je passe maintenant à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia*.

[56] Before the Court of Appeal was the question of whether the granting of leave benefits to an adoptive mother for a period that was less than the period she would have been entitled to, had she been a biological mother, infringed an employee's rights under a collective agreement. More particularly, under the collective agreement, as integrated under its terms with the *Employment Insurance Act*, both biological and adoptive mothers were entitled to 29 weeks of leave without pay, but the biological mother received employment insurance benefits and a collective agreement supplement for 27 weeks, while the adoptive mother received such benefits only for ten weeks.

[57] By the time the matter was heard by the British Columbia Court of Appeal, the Supreme Court of Canada had rendered its decision in *Law v. Canada*. As a result, that decision's analytical framework was the one which the Court of Appeal adopted.

[58] In *British Columbia Government and Service Employees' Union*, the employee and her union argued that the differential treatment between biological and adoptive mothers amounted to discrimination. Specifically, a grievance was brought by the Union on behalf of the employee on the ground that the failure to provide her with an allowance equivalent to the maternity leave allowance constituted discrimination on the basis of family status, contrary to subsection 13(1) of the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.

[59] Although he found the Union's argument attractive, the arbitrator decided to follow the Ontario Court of Appeal's decision in *Schafer* and, as a result, he dismissed the grievance. That decision was appealed by the Union.

[60] Before the Court of Appeal, the Union argued that the arbitrator had erred in not concluding that the distinction made between biological and adoptive mothers was discriminatory and that the arbitrator ought not to have followed *Schafer*, because recent Supreme Court of Canada decisions clearly demonstrated that the

[56] La Cour d'appel était saisie de la question de savoir si l'octroi de prestations à une mère adoptive pour une période inférieure à la période à laquelle elle aurait eu droit si elle avait été mère biologique contrevenait aux droits reconnus à une employée par une convention collective. Plus précisément, selon la convention collective, intégrée d'après ses termes à la *Loi sur l'assurance-emploi*, tant les mères biologiques que les mères adoptives avaient droit à 29 semaines de congé non rémunéré, mais la mère biologique recevait des prestations d'assurance-emploi et un supplément de 27 semaines au titre de la convention collective, tandis que la mère adoptive ne recevait de telles prestations que durant dix semaines.

[57] Lors de l'instruction de cette affaire par la Cour d'appel, la Cour suprême du Canada avait rendu son arrêt *Law c. Canada*. En conséquence, le cadre analytique exposé dans cet arrêt fut celui que la Cour d'appel de la C.-B. a adopté.

[58] Dans l'affaire *British Columbia Government and Service Employees' Union*, l'employée et son syndicat faisaient valoir que la différence de traitement entre mères biologiques et mères adoptives équivalait à une discrimination. Plus précisément, un grief avait été déposé par le Syndicat au nom de l'employée, au motif que le refus de verser à l'employée une allocation correspondant à l'allocation du congé de maternité constituait une discrimination fondée sur la situation de famille, ce qui était contraire au paragraphe 13(1) du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 210.

[59] L'arbitre avait trouvé intéressant l'argument du Syndicat, mais il avait décidé de suivre l'arrêt *Schafer* de la Cour d'appel de l'Ontario et avait donc rejeté le grief. Le Syndicat fit appel de la décision arbitrale.

[60] Devant la Cour d'appel de la C.-B., le Syndicat a fait valoir que l'arbitre avait commis une erreur en ne disant pas que la distinction entre mères biologiques et mères adoptives était discriminatoire et qu'il n'aurait pas dû suivre l'arrêt *Schafer*, parce que des arrêts récents de la Cour suprême du Canada montraient clairement que

Schafer, analysis was incomplete. The Union also argued that in any event, the arbitrator, not bound by *Schafer*, ought not to have followed it.

[61] The Court of Appeal dismissed the appeal and its reasons for so concluding can be summarized as follows.

[62] First, the Court of Appeal agreed with the view expressed by Mr. Justice Laskin of the Ontario Court of Appeal in *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)* (2002), 59 O.R. (3d) 481, that the analytical framework for determining whether a violation of section 15 of the Charter had occurred was the framework enunciated by the Supreme Court in *Law*. In the Court's view, the test enunciated in *Law*, also governed whether a violation of section 13 of the British Columbia *Human Rights Code* had occurred.

[63] In expressing that view, the Court of Appeal referred to the reasons given by Mr. Justice Iacobucci at page 547 of his reasons in *Law*, and pointed out that the analytical framework enunciated in that case did not "consist of a series of strict tests but rather a cluster of points of reference" (paragraph 12 of the Court of Appeal's reasons).

[64] The Court of Appeal then pointed out that on the basis of that cluster of points, counsel for the parties had made different and conflicting submissions. At paragraphs 14 and 15 of his reasons for the Court of Appeal, Lambert J.A. sets out their respective submissions:

Counsel for the Union and Ms. Reaney said that the purpose of the Maternity Leave, the Adoption Leave, the Parenting Leave, the Maternity Allowance, and the Parenting Allowance, was one single purpose, namely, to aid in family formation. He said that if we accepted that purpose for the provisions, then the differential treatment under the Leave and Allowance provisions between biological mothers and adopting mothers amounts to discrimination against adopting mothers in relation to family status affecting family formation.

l'analyse faite dans l'arrêt *Schafer*, était déficiente. Le Syndicat faisait aussi valoir que, en tout état de cause, l'arbitre, n'étant pas lié par l'arrêt *Schafer*, n'aurait pas dû suivre ce précédent.

[61] La Cour d'appel a rejeté l'appel, et ses motifs à l'appui du rejet peuvent être résumés comme il suit.

[62] D'abord, la Cour d'appel a souscrit à l'opinion exprimée par le juge Laskin, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)* (2002), 59 O.R. (3d) 481, opinion selon laquelle le cadre analytique à retenir pour savoir s'il y avait eu violation de l'article 15 de la Charte était celui qu'avait énoncé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*. De l'avis de la Cour, le critère énoncé dans l'arrêt *Law*, permettait aussi de dire s'il y avait eu violation de l'article 13 du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique.

[63] En même temps qu'elle exprimait cet avis, la Cour d'appel s'est référée aux motifs exposés par le juge Iacobucci à la page 547 de l'arrêt *Law*, et a fait observer que le cadre analytique énoncé par la Cour suprême du Canada dans cet arrêt [TRADUCTION] « ne se résumait pas à une série de critères rigoureux, mais plutôt à un ensemble de points de référence » (paragraphe 12 des motifs de la Cour d'appel).

[64] La Cour d'appel a ensuite fait observer que, au vu de cet ensemble de points de référence, les avocats des parties avaient exposé des conclusions divergentes et contradictoires. Aux paragraphes 14 et 15 de ses motifs, le juge Lambert, de la Cour d'appel, expose ainsi les conclusions respectives des parties :

[TRADUCTION] L'avocat du Syndicat et de M^{me} Reaney a dit que le congé de maternité, le congé d'adoption, le congé parental, l'allocation de maternité et l'allocation parentale avaient un objet unique, c'est-à-dire le soutien à la constitution de familles. Il a dit que, si nous admettions que tel était l'objet des dispositions, alors la différence de traitement, dans les dispositions sur les congés et les allocations, entre mères biologiques et mères adoptives équivalait à de la discrimination à l'encontre des mères adoptives au regard de la situation de famille influant sur la constitution de familles.

Counsel for the Crown said that the purpose of the Maternity Leave, Maternity Allowance, Parenting Leave and Parenting Allowance was to protect the health and well-being of biological mothers while they are undergoing the specific processes involved in giving birth and in recovering from giving birth, so that they can leave the work place smoothly and return smoothly. He said that the purpose of the Adoption Leave, Parenting Leave and Parenting Allowance was to protect the health and well-being of adopting parents (not only mothers) as well as birth parents, while undergoing the specific but different processes involved in adopting a child so that the adopting parent may introduce the adopted child to his or her new home and circumstances with a minimum of stress, and to provide for a smooth re-entry by the adopting parent into the work-force.

[65] A reading of these paragraphs makes it quite clear that the submissions before the B.C. Court of Appeal were very similar to the ones made before the Court of Appeal in *Schafer*, and to those made by the applicant in the present matter.

[66] The Court of Appeal then went on to state the question at issue in the appeal, namely, what was the purpose of the maternity leave and maternity allowance provisions found in the collective agreement. At paragraph 17 of his reasons, Lambert J.A. provided the following answer:

In my opinion the purpose of the Maternity Leave and Maternity Allowance provisions, when seen in their context, is not the encouragement of family formation but, rather, protecting the health and well-being of pregnant women and new biological mothers, (not simply new parents), while undergoing the health and other stresses of giving birth and recovering from giving birth, so that they can reasonably effectively return to the workforce. [Emphasis added.]

[67] Lambert J.A. gave a number of reasons in support of his conclusion. First, he made it clear that he agreed entirely with the reasons in *Schafer*, that there was a significant difference between the health and stress problems suffered by biological mothers and those suffered by adoptive mothers. In making that point, he

L'avocat de la Couronne a dit que l'objet du congé de maternité, de l'allocation de maternité, du congé parental et de l'allocation parentale était de protéger la santé et le bien-être des mères biologiques pendant qu'elles traversent les processus particuliers entourant l'accouchement et les suites de l'accouchement, pour qu'elles puissent quitter leur travail et le reprendre dans les meilleures conditions possibles. Il a dit que l'objet du congé d'adoption, du congé parental et de l'allocation parentale était de protéger la santé et le bien-être des parents adoptifs (pas seulement de la mère adoptive), comme pour les parents naturels, pendant qu'ils traversent les processus particuliers, mais différents, qu'entraîne l'adoption d'un enfant, de telle sorte que le parent adoptif puisse accueillir l'enfant dans son nouveau foyer et dans sa nouvelle situation avec un minimum de tension, et puisse reprendre son travail dans les meilleures conditions possibles.

[65] Il ressort clairement de ces paragraphes que les conclusions présentées à la Cour d'appel de la C.-B. étaient très semblables à celles qui avaient été présentées à la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Schafer*, et à celles qu'a présentées la demanderesse dans la présente affaire.

[66] Puis, la Cour d'appel de la C.-B. a énoncé la question posée dans l'appel, à savoir quel était l'objet des dispositions de la convention collective qui portaient sur le congé de maternité et l'allocation de maternité. Au paragraphe 17 de ses motifs, le juge Lambert a donné la réponse suivante :

[TRADUCTION] À mon avis, l'objet des dispositions relatives au congé de maternité et à l'allocation de maternité, considérées dans leur contexte, n'est pas l'encouragement de la constitution de familles, mais plutôt la protection de la santé et du bien-être des femmes enceintes et des nouvelles mères biologiques (pas simplement des nouveaux parents), alors que leur santé est mise à rude épreuve par les contraintes de l'accouchement et qu'elles se relèvent de leur état, et cela afin qu'elles puissent dans les meilleures conditions possibles retourner sur le marché du travail. [Non souligné dans l'original.]

[67] Le juge Lambert a exposé plusieurs motifs à l'appui de sa conclusion. D'abord, il a souligné qu'il souscrivait entièrement aux motifs de l'arrêt *Schafer*, selon lesquels il y avait une notable différence, au point de vue de l'état psychologique et physique, entre les mères biologiques et les mères adoptives. À ce sujet, il

specifically referred to paragraph 61 of the reasons given by Austin J.A. in *Schafer*, which I have summarized at paragraph 51 of these reasons.

[68] Second, he referred to the legislative history of the Act set out in *Schafer*, at paragraphs 9 to 23 thereof, which show that the maternity provisions of the Act were enacted to compensate biological mothers “for the incapacity of pregnancy and childbirth in relation to leaving the workforce and returning again after the process of biological childbirth” (paragraph 18 of the reasons).

[69] Third, as only pregnant women can benefit from the maternity leave provisions, the provisions clearly relate to pregnancy and childbirth. Consequently, if the purpose of the provisions was to encourage or bolster family formation, not only would there be discrimination against adoptive mothers, but also against biological and adoptive fathers.

[70] Fourth, the fact that the maternity leave provisions are also available to mothers who, following the birth of their child, give it up for adoption also supports the view that it is the effect on employment of the pregnancy and the birthing process, and not the effect on employment of the family formation process, which is the purpose of the provisions.

[71] Lastly, the Court points out that children may be adopted at any age, and therefore adoption is distinguishable from the pregnancy and birthing process relating to biological childbirth.

[72] After setting out the reasons for his conclusion, Lambert J.A. again made it clear that he was in full agreement with *Schafer*. He then emphasized that it was important for purposes of judicial comity that the law should be consistent throughout the country and that, as a result, he would not depart from *Schafer*, unless satisfied that it was wrongly decided or that there had been a change in the law following that decision. He

s’est référé expressément au paragraphe 61 des motifs exposés par le juge Austin dans l’arrêt *Schafer*, que j’ai résumés au paragraphe 51 des présents motifs.

[68] Deuxièmement, il s’est référé à l’historique de la Loi exposé aux paragraphes 9 à 23 de l’arrêt *Schafer*, où l’on peut lire que les dispositions de cette Loi touchant les prestations de maternité avaient pour objet de dédommager les mères biologiques [TRADUCTION] « pour l’incapacité résultant d’une grossesse ou d’un accouchement puisqu’elles doivent quitter leur travail et y retourner après la naissance » (paragraphe 18 des motifs).

[69] Troisièmement, puisque seules les femmes enceintes peuvent bénéficier des dispositions relatives au congé de maternité, les dispositions se rapportent clairement à la grossesse et à l’accouchement. Par conséquent, si l’objet des dispositions était d’encourager ou de favoriser la constitution de familles, non seulement y aurait-il discrimination contre les mères adoptives, mais également contre les pères biologiques et les pères adoptifs.

[70] Quatrièmement, le fait que les dispositions relatives au congé de maternité sont également applicables aux mères qui, après la naissance de leur enfant, le mettent en adoption confirme aussi l’idée que ce qui est l’objet des dispositions, c’est l’effet de la grossesse et de l’accouchement sur l’emploi, et non l’effet du processus de constitution de familles sur l’emploi.

[71] Finalement, la Cour fait observer qu’un enfant peut être adopté à tout âge et donc que l’adoption doit être distinguée des événements que sont la grossesse et l’accouchement, c’est-à-dire de la maternité biologique.

[72] Après avoir motivé sa conclusion, le juge Lambert a de nouveau souligné qu’il souscrivait pleinement à l’arrêt *Schafer*. Il a alors ajouté qu’il importait, pour des raisons de courtoisie judiciaire, que la règle soit la même dans tout le pays, précisant que, en conséquence, il ne s’écarterait pas de l’arrêt *Schafer*, à moins d’être persuadé que ce précédent était erroné ou que l’état du droit avait été plus tard modifié. Selon lui,

concluded that *Schafer*, had not been wrongly decided and that no change in the law had occurred since that decision had been rendered.

ANALYSIS

[73] In my view, the reasons given by both Courts of Appeal in *Schafer*, and *British Columbia Government and Service Employees' Union*, provide, for the most part, a complete answer to the applicant's submissions. In my opinion, these reasons satisfactorily demonstrate that the provisions at issue do not substantially discriminate against adoptive mothers and that, as a result, the provisions do not infringe section 15 of the Charter.

[74] Notwithstanding this conclusion, I will nonetheless apply the test set out in *Law*, and deal with the applicant's submissions.

[75] Relying on the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act*, and on subsection 22(6) of the Act, the applicant urges us to conclude that while the primary purpose of the maternity benefits is to provide women with income replacement as they recover from pregnancy and childbirth, the benefits have the further purpose or effect of allowing biological mothers and their children attachment and bonding time. The applicant then says that with those purposes in mind, the application of the section 15 test enunciated by the Supreme Court in *Law*, leads to the conclusion that the impugned provisions clearly discriminate against adoptive mothers, i.e. in that their dignity as mothers is demeaned.

[76] I therefore now turn to the test enunciated by the Supreme Court in *Law*, and whether the application of that test leads to the conclusion that the applicant's Charter rights have been violated. Under that test, the applicant must satisfy the Court that:

(a) the impugned law imposes differential treatment between her and others in purpose or effect;

l'arrêt *Schafer*, était une décision valide, et l'état du droit n'avait pas été modifié par la suite.

ANALYSE

[73] À mon avis, les motifs exposés par les deux Cours d'appel provinciales, dans l'arrêt *Schafer* et dans l'arrêt *British Columbia Government and Service Employees' Union*, donnent, pour l'essentiel, une réponse complète aux conclusions de la demanderesse. Selon moi, ces motifs montrent suffisamment que les dispositions en cause n'établissent aucune discrimination véritable envers les mères adoptives et que, par conséquent, elles ne portent pas atteinte à l'article 15 de la Charte.

[74] Nonobstant cette conclusion, j'appliquerai néanmoins le critère exposé dans l'arrêt *Law*, et j'examinerai les conclusions de la demanderesse.

[75] Invoquant l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que le paragraphe 22(6) de la Loi, la demanderesse nous incite à conclure que, même si l'objet premier des prestations de maternité est de procurer aux femmes un revenu de substitution pendant qu'elles se rétablissent d'une grossesse et d'un accouchement, les prestations ont également pour objet ou pour effet d'accorder du temps à la mère biologique et à son enfant pour la création de liens affectifs. La demanderesse dit ensuite que, une fois que l'on a ces objets à l'esprit, l'application du critère énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Law*, concernant l'article 15 permet de conclure que les dispositions contestées sont clairement discriminatoires envers les mères adoptives, en ce sens que leur dignité en tant que mère est rabaisée.

[76] Je vais donc maintenant examiner le critère énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Law*, et me demander si l'application de ce critère permet de conclure qu'il a été porté atteinte aux droits de la demanderesse garantis par la Charte. D'après ce critère, la demanderesse doit persuader la Cour que :

a. la loi contestée a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre elle et d'autres personnes;

(b) the differential treatment is based on an enumerated or analogous ground of discrimination;

(c) the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

[77] In *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, at paragraphs 22 to 25, the Supreme Court explained the test set out in *Law*, in the following terms:

The dual requirements of *Andrews, supra*, and *Eldridge, supra*, were broken into three requirements in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 88: (1) differential treatment under the law; (2) on the basis of an enumerated or analogous ground; (3) which constitutes discrimination.

There is no magic in a particular statement of the elements that must be established to prove a claim under s. 15(1). It is the words of the provision that must guide. Different cases will raise different issues. In this case, as will be discussed, an issue arises as to whether the benefit claimed is one provided by the law. The important thing is to ensure that all the requirements of s. 15(1), as they apply to the case at hand, are met.

A complicating factor is that however one states the requirements for s. 15(1), they inevitably overlap. For example, the nature of the benefit, the enumerated or analogous ground at issue, and the choice of a correct comparator play a role in all three steps: see *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357, 2004 SCC 65. Frameworks thus do not describe discreet linear steps; rather, they serve as a guide to ensure that the language and purpose of s. 15(1) are respected.

Whatever framework is used, an overly technical approach to s. 15(1) is to be avoided. In *Andrews*, at pp. 168-69, McIntyre J. warned against adopting a narrow, formalistic analytical approach, and stressed the need to look at equality issues substantively and contextually. The Court must look at the reality of the situation and assess whether there has been discriminatory treatment having regard to the purpose of s. 15(1), which is to prevent the perpetuation of pre-existing disadvantage through unequal treatment. [Emphasis added.]

b. la différence de traitement est fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue de discrimination;

c. la loi en cause a un objet ou un effet qui est discriminatoire au sens de la garantie d'égalité.

[77] Dans l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, aux paragraphes 22 à 25, la Cour suprême expliquait dans les termes suivants le critère énoncé dans l'arrêt *Law* :

De deux qu'elles étaient dans *Andrews* et *Eldridge*, précités, ces exigences sont passées à trois dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88 : (1) Y a-t-il une différence de traitement sous le régime de la loi; (2) est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue; (3) est-elle discriminatoire?

Il n'y a pas d'énoncé type des éléments à établir à l'appui d'une demande fondée sur le par. 15(1). C'est le libellé de la disposition qui est déterminant. Différentes affaires soulèvent différentes questions. Dans la présente espèce, comme nous le verrons, il s'agit de savoir si l'avantage recherché est prévu par la loi. Il importe de s'assurer du respect de toutes les exigences du par. 15(1) au regard des faits de l'espèce.

Un élément complique cependant les choses. Peu importe la façon dont on les énonce, ces exigences se chevauchent inévitablement. Par exemple, la nature de l'avantage, le motif énuméré ou analogue en cause et le choix du bon élément de comparaison jouent un rôle à chacune des trois étapes : voir *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357, 2004 CSC 65. Les cadres d'analyse ne prévoient donc pas d'étapes distinctes devant être suivies de manière linéaire; ils établissent plutôt des paramètres permettant de s'assurer que le libellé et l'objet du par. 15(1) sont respectés.

Quel que soit le cadre d'analyse, il faut s'abstenir d'interpréter le par. 15(1) de manière trop technique. Dans l'arrêt *Andrews*, précité, p. 168-169, le juge McIntyre a fait une mise en garde contre une interprétation formaliste et restrictive et il a insisté sur la nécessité d'examiner les questions relatives à l'égalité en fonction de la réalité et du contexte. Le tribunal doit se pencher sur la situation réelle et déterminer s'il y a eu traitement discriminatoire au regard de l'objet du par. 15(1), qui est d'empêcher la perpétuation d'un désavantage préexistant par un traitement inégal. [Non souligné dans l'original]

[78] The first leg of the test is to determine whether the legislation imposes a differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect.

The Comparator Group

[79] The Court of Appeal in *Schafer*, concluded that the proper comparator groups were those of biological mothers and adoptive mothers. The respondent urges us to conclude that these groups are not proper comparators and that, as a result, “the applicant cannot bring herself within the universe of beneficiaries and her claim must fail from the outset” (paragraph 53 of the respondent’s memorandum of fact and law). In the alternative, the respondent submits that the appropriate group to be compared with biological mothers is the group consisting of “all parents who choose to care for newborn children or children placed for adoption” (paragraph 55 of the respondent’s memorandum). Notwithstanding these submissions, I am prepared to assume for the present purposes that the proper comparison is that between biological mothers and adoptive mothers.

Differential Treatment

[80] It is undeniable that the impugned provisions do make a distinction between biological and adoptive mothers. Thus, the Act clearly denies equal treatment to both groups. Because the distinction made between these two groups is apparent on the face of the legislation, I agree entirely with the respondent that an inquiry into the “effects” of the legislation at this stage of the test is not necessary.

Enumerated or Analogous Ground

[81] The second leg of the test calls for a determination of whether the status of adoptive mother constitutes an analogous ground to those enumerated in subsection 15(1) of the Charter. Because I conclude, on other grounds, that the applicant’s Charter rights have not been violated, I need not come to a conclusion on this point.

[78] Le premier volet du critère consiste à dire si la loi en cause a pour objet ou pour effet d’imposer une différence de traitement entre la prestataire et d’autres personnes.

Le groupe de référence

[79] Dans l’arrêt *Schafer*, la Cour d’appel de l’Ontario avait conclu que les groupes de référence à retenir étaient celui des mères biologiques et celui des mères adoptives. Le défendeur nous invite à conclure que ces groupes ne sont pas les bons groupes de référence et que, en conséquence, [TRADUCTION] « la demanderesse ne saurait prétendre faire partie de l’univers des bénéficiaires, et sa prétention est d’emblée irrecevable » (paragraphe 53 de l’exposé des faits et du droit présenté par le défendeur). Subsidièrement, le défendeur dit que le groupe devant être comparé au groupe des mères biologiques est celui qui comprend [TRADUCTION] « tous les parents qui décident d’élever un enfant nouveau-né ou un enfant placé en adoption » (paragraphe 55 de l’exposé du défendeur). Nonobstant ces conclusions, je suis disposé à présumer, aux fins qui nous intéressent, que la comparaison à faire est une comparaison entre mères biologiques et mères adoptives.

Différence de traitement

[80] Il est indéniable que les dispositions contestées établissent une distinction entre mères biologiques et mères adoptives. Ainsi, il est clair que la Loi n’accorde pas l’égalité de traitement aux deux groupes. Étant donné que la distinction faite entre ces deux groupes est évidente à la lecture du texte de loi, je partage tout à fait l’avis du défendeur pour qui un examen des « effets » du texte à ce stade du critère n’est pas nécessaire.

Motif énuméré ou motif analogue

[81] Pour ce qui est du deuxième volet du critère, il faut déterminer si la qualité de mère adoptive constitue un motif analogue, c’est-à-dire assimilable aux motifs énumérés dans le paragraphe 15(1) de la Charte. Puisque j’arrive à la conclusion, sur d’autres moyens, qu’il n’a pas été porté atteinte aux droits de la demanderesse garantis par la Charte, il ne m’est pas nécessaire de décider ce point.

Purpose and Effect

[82] The object of the third leg of the test is to determine whether the differential treatment which results from the impugned provisions has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee. The question is thus whether a reasonable person, in circumstances similar to those of the applicant and taking into account all of the contextual factors relevant to the matter, would conclude that the impugned provisions, either in purpose or effect, demean the applicant's human dignity.

[83] I begin by examining the legislation. In this regard, the parties are in agreement that while the maternity benefits provide income replacement to birth mothers while they are recovering from pregnancy and childbirth, the parental benefits provide for income replacement to all parents in the initial stages of child rearing.

[84] However, to repeat myself, the applicant submits that the maternity benefits scheme is discriminatory of her section 15 rights because it serves a second distinct purpose or effect in allowing birth mothers and baby to spend time together after the birth. For this proposition, the applicant relies on the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act*, and on subsection 22(6) of the Act, which extends the maternity benefits in those cases where the child born of the mother's pregnancy is hospitalized.

[85] I will address firstly the applicant's submissions based on the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act*.

[86] Before the Supreme Court in that case was the constitutional validity of sections 22 and 23 of the Act. The Quebec Court of Appeal [[2004] R.J.Q. 399], in answer to an application by the Government of Quebec for an opinion under the *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23, section 1, found sections 22 and 23 to

Objet et effet

[82] Le troisième volet du critère consiste à dire si la différence de traitement qui résulte des dispositions contestées présente un objet ou un effet qui est discriminatoire au sens de la garantie d'égalité. Il faut donc se demander si une personne raisonnable, se trouvant dans des circonstances semblables à celles de la demanderesse, et compte tenu de tous les facteurs contextuels entourant la question, arriverait à la conclusion que les dispositions contestées, par leur objet ou par leur effet, portent atteinte à la dignité humaine de la demanderesse.

[83] Je commencerai par examiner le texte de loi. Sur ce point, les parties s'accordent à dire que les prestations de maternité procurent un revenu de substitution aux mères naturelles pendant qu'elles se remettent de la grossesse et de l'accouchement, mais que les prestations parentales procurent quant à elles un revenu de substitution à tous les parents aux premiers stades de la vie de l'enfant.

[84] Cependant, au risque de me répéter, la demanderesse dit que le régime des prestations de maternité porte atteinte à ses droits garantis par l'article 15 de la Charte parce qu'il comporte un second objet ou effet distinct, à savoir celui de permettre à la mère naturelle et à l'enfant de passer du temps ensemble après la naissance. La demanderesse invoque sur ce point l'arrêt de la Cour suprême concernant *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que le paragraphe 22(6) de la Loi, qui prolonge la période de versement des prestations de maternité en cas d'hospitalisation de l'enfant né.

[85] J'examinerai d'abord les conclusions de la demanderesse fondées sur la décision rendue par la Cour suprême dans *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*.

[86] Dans cette affaire, la Cour suprême devait examiner la validité constitutionnelle des articles 22 et 23 de la Loi. Répondant à une demande d'avis présentée par le gouvernement du Québec en vertu de l'article 1 de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., ch. R-23, la Cour d'appel du Québec [[2004] R.J.Q. 399]

be unconstitutional because the matters to which those provisions applied were under provincial jurisdiction.

[87] On appeal to the Supreme Court of Canada, the Quebec Court of Appeal's decision was overturned. First, the Supreme Court found that the primary purpose of the impugned provisions was to provide women who lost their employment income because of pregnancy with income replacement benefits. This, in the Court's view, was clearly ascertainable from the text of the provisions.

[88] The Supreme Court then turned to the effect of the provisions, which it explained at paragraphs 28 and 29 of its reasons in the following terms:

In the instant case, the effect of the provision is to enable insured pregnant women to have access to financial resources at a time when they are not receiving their employment income.

However, these resources also make it possible for them to take time off work for physiological reasons associated with their pregnancies, and to take care of their families for longer periods than if they were compelled to return to work early because they were impecunious. The primary effect is therefore to replace, in part, these women's employment income, but the secondary effect is to enable them to prepare for childbirth, to recover physiologically and to have a period of time to take care of their families. [Emphasis added.]

[89] Thus, in the Court's view, Parliament clearly intended to replace earnings interrupted by pregnancy which, no doubt, was the prime effect of the provisions. This led the Court to reject the argument put forward by the Attorney General of Quebec that the purpose of the maternity benefits was to support families and to enable women to care for their children at the time of their birth. Not only did the Act not grant any leave period, but maternity leave was governed by legislation other than the Act and by private arrangements made between employers and employees. Hence, even though support for families and the ability to care for children may well be one of the effects of the provisions at issue, that was clearly not the pith and substance of the legislation. In the Court's opinion (at paragraph 35):

avait jugé que les articles 22 et 23 étaient inconstitutionnels parce que les sujets auxquels s'appliquaient ces articles étaient de compétence provinciale.

[87] La décision de la Cour d'appel du Québec fut infirmée par la Cour suprême du Canada. D'abord, la Cour suprême a jugé que l'objet premier des dispositions contestées était de procurer un revenu de substitution aux femmes qui perdaient leur revenu d'emploi en raison d'une grossesse. De l'avis de la Cour suprême, cet objet ressortait clairement du texte des dispositions.

[88] La Cour suprême a ensuite examiné l'effet des dispositions, effet qu'elle a expliqué ainsi, aux paragraphes 28 et 29 de ses motifs :

En l'occurrence, l'effet de la disposition est de permettre aux femmes enceintes assurées de bénéficier de ressources pécuniaires à un moment où elles sont privées de leur revenu d'emploi.

Cependant, grâce à ces ressources, elles peuvent aussi s'absenter de leur travail pour des motifs physiologiques liés à la grossesse et pour prendre soin de leur famille pour une période plus longue que si elles étaient astreintes à un retour précoce en raison de leur indigence. L'effet primaire est donc de remplacer partiellement le revenu d'emploi, mais l'effet secondaire est de permettre aux femmes de se préparer à l'accouchement, de se rétablir physiologiquement et de bénéficier d'une période pour prendre soin de leur famille. [Non souligné dans l'original.]

[89] Ainsi, de l'avis de la Cour suprême, le législateur voulait clairement remplacer le revenu qu'une femme perdait en raison de sa grossesse, et c'était là sans aucun doute l'effet premier des dispositions. La Cour suprême a donc rejeté l'argument du procureur général du Québec selon lequel l'objet des prestations de maternité était de venir en aide aux familles et de permettre aux femmes de s'occuper de leurs enfants après leur naissance. Non seulement la Loi n'accordait aucune période de congé, mais le congé de maternité était régi par des textes autres que la Loi et par des ententes privées conclues entre employeurs et employés. Partant, même si l'un des effets des dispositions en cause pouvait fort bien être l'aide aux familles et le soin des enfants, ce n'était pas là manifestement le caractère véritable du texte de loi. De l'avis de la Cour (au paragraphe 35) :

The fundamental objective of the maternity benefits plan is to protect the workers' incomes from the time when they lose or cease to hold their employment to the time when they return to the labour market.

[90] This led the Court to ultimately conclude, at paragraph 68 of its reasons, that the maternity benefits were a mechanism for providing replacement income during a period of interrupted work. This, in the Court's view, was clearly within the pith and substance of Parliament's jurisdiction over employment insurance, the purpose of which was to protect workers' economic security and to ensure their return to the labour market. Consequently, the impugned provisions were not invalid.

[91] Finally, the Court came to a similar conclusion with respect to the parental benefits provided under the Act. At paragraphs 74 and 75, the Court stated:

As in the case of maternity benefits, the right of claimants to take time off work is governed not by the EIA, but by provincial legislation: *Act respecting labour standards*, s. 81.10.

I therefore find that parental benefits, like maternity benefits, are in pith and substance a mechanism for providing replacement income when an interruption of employment occurs as a result of the birth or arrival of a child, and that it can be concluded from their pith and substance that Parliament may rely on the jurisdiction assigned to it under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*.

[92] I agree entirely with the respondent's submission that the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act*, is of no help to the applicant in respect of her section 15 arguments. The primary and secondary effects which are discussed by the Supreme Court in that case are obviously of significance with respect to the issue of whether the legislation was "in pith and substance" within Parliament's jurisdiction over employment insurance. However, the same cannot be said with regard to the issue before us, i.e. the distinction made by the legislation between biological and adoptive mothers and, for that matter, adoptive fathers.

L'objectif fondamental du régime des prestations de maternité est de protéger le revenu des travailleuses entre le moment où elles perdent leur emploi ou cessent de l'occuper et celui où elles retournent sur le marché du travail.

[90] La Cour suprême a donc finalement conclu, au paragraphe 68 de ses motifs, que les prestations de maternité étaient un mécanisme grâce auquel un revenu de substitution pouvait être versé au cours d'une interruption d'emploi. De l'avis de la Cour suprême, cela relevait manifestement du caractère véritable de la compétence du législateur fédéral sur l'assurance-emploi, dont l'objet était de préserver la sécurité économique des travailleuses et de garantir leur retour sur le marché du travail. Par conséquent, les dispositions contestées n'étaient pas invalides.

[91] Finalement, la Cour suprême est arrivée à la même conclusion à propos des prestations parentales prévues par la Loi. Aux paragraphes 74 et 75, elle écrivait ce qui suit :

Tout comme pour les prestations de maternité, le droit des prestataires de s'absenter de leur travail n'est pas régi par la LAE, mais par des dispositions provinciales : *Loi sur les normes du travail*, art. 81.10.

J'estime donc que les prestations parentales, tout comme les prestations de maternité, ont comme caractère véritable de pourvoir au remplacement du revenu à l'occasion d'une interruption d'emploi due à la naissance ou à l'arrivée d'un enfant et que ce caractère véritable permet de conclure que le Parlement peut se fonder sur la compétence qui lui est conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[92] Je souscris totalement à la conclusion du défendeur pour qui l'arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*, n'est d'aucune aide à la demanderesse en ce qui concerne ses arguments fondés sur l'article 15. L'effet primaire et l'effet secondaire qui sont évoqués dans cette affaire par la Cour suprême ont évidemment leur importance pour ce qui est de savoir si la loi relevait véritablement de la compétence du Parlement en matière d'assurance-emploi. Cependant, on ne saurait dire la même chose de la question dont nous sommes saisis, à savoir la distinction établie par la loi entre mères biologiques et mères adoptives, auxquelles on peut d'ailleurs ajouter les pères adoptifs.

[93] The “effects” which Deschamps J. discusses in her reasons in *Reference re Employment Insurance Act*, are unrelated to the section 15 equality analysis, the purpose of which is to determine whether the impugned provisions, in making a distinction on an enumerated or analogous ground, violate in purpose or effect the dignity of a claimant. The fact that the provisions at issue have “effects” that fall outside the legislation’s “pith and substance” is, in my respectful view, of no relevance to the section 15 issue.

[94] With respect to subsection 22(6), the applicant contends that the biological mother’s recovery from pregnancy and childbirth will continue, regardless of whether the child is hospitalized, and that recovery would be faster if she only had to take care of herself. This was the view put forward by Umpire Krindle in her decision.

[95] It is far from obvious to me what Parliament’s intention was in enacting subsection 22(6). However, one possible interpretation and, in my view, probably the better one, is that Parliament wished to recognize the fact that the recovery process of birth mothers was affected when their new-born children were hospitalized, possibly because of the stress and anxiety which the hospitalization might cause. That interpretation is the one which flows from reading subsection 22(6) in the context of the Act as a whole.

[96] In a *Special Report to Parliament on Income Replacement Benefits for New Parents* (Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1987), the Canadian Human Rights Commission described the purpose of the maternity benefits under the Act as a way to “provide income replacement for the period surrounding childbirth when, because of her [the mother] physiological condition, she must stay away from her [the mother] job” (page 3 of the Special Report). The Human Rights Commission, which dealt specifically with concerns with regard to the nature of unemployment insurance maternity and adoption

[93] Les « effets » dont parle le juge Deschamps dans ses motifs, dans l’arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi*, sont sans rapport avec l’analyse des droits à l’égalité garantis par l’article 15, analyse dont l’objet est de dire si les dispositions contestées, qui établissent une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue, portent atteinte, dans leur objet ou leur effet, à la dignité d’une prestataire. Le fait que les dispositions en cause ont des « effets » qui ne s’inscrivent pas dans le « caractère véritable » de la loi ne concerne aucunement, à mon humble avis, par l’article 15.

[94] S’agissant du paragraphe 22(6) de la Loi, la demanderesse dit que le rétablissement de la mère biologique après la grossesse et l’accouchement se poursuivra, que l’enfant soit hospitalisé ou non, et que le rétablissement serait plus rapide si elle ne devait s’occuper que d’elle-même. C’était là l’opinion exprimée par le juge-arbitre Krindle dans sa décision.

[95] L’intention du législateur lorsqu’il a adopté le paragraphe 22(6) ne me semble nullement aller de soi. Cependant, une interprétation possible, et à mon avis probablement la meilleure, est que le législateur voulait proclamer que le processus de rétablissement des mères naturelles devenait plus lent quand leur enfant nouveau-né était hospitalisé, sans doute à cause de la tension et de l’anxiété entraînées par l’hospitalisation. Cette interprétation est celle qui découle d’une lecture du paragraphe 22(6) dans le contexte de la Loi tout entière.

[96] Dans le document intitulé *Rapport spécial au Parlement sur les prestations de remplacement du revenu pour les nouveaux parents* (Ottawa : Commission canadienne des droits de la personne, 1987), la Commission canadienne des droits de la personne décrivait l’objet des prestations de maternité prévues par la Loi comme un « revenu de remplacement pour la période entourant l’accouchement où, du fait de son état physiologique, [la mère] doit s’absenter de son travail » (page 4 du Rapport spécial). La Commission des droits de la personne, qui examinait précisément les aspects se rapportant à la nature des prestations de

benefits (as they were then named), further stated at pages 6 and 7:

Maternity benefits are payable exclusively to the biological mother as they represent income replacement for her unique physiological needs resulting from pregnancy and childbirth.

...

Clearly, adoptive parents do not require income support for circumstances relating to pregnancy or childbirth. They do share with biological parents, however, an undeniable need for income replacement for the period during which intensive care and nurturing must be provided to a new child.

[97] The legislative history of the Act also points to the fact that the maternity benefits were intended for birth mothers, while the parental benefits were intended for mothers or fathers, either natural or adoptive. In fact, before the enactment of the adoption benefits in 1983, maternity benefits had been introduced exclusively to protect birth mothers from an earning interruption due to their physical incapacity to work after childbirth. In 1983, with the enactment of the adoption benefits, Parliament recognized the need for adoptive parents to care for their newly arrived child. In 1988, those benefits were extended to all biological parents and were renamed parental benefits (see *Schachter*).

[98] This, in my view, clearly shows Parliament's intention to distinguish between two distinct purposes, namely, recovery and child care, by creating two distinct sets of benefits. Had the maternity benefits been intended for caring and bonding, there would have been no need to include birth mothers in the scope of parental benefits.

[99] Another persuasive indication that the purpose of the maternity benefits provisions is to support the mother's recovery from pregnancy and childbirth is the fact that the benefits are also available to birth mothers who give up their children for adoption. Consistent with

maternité et d'adoption (comme on les appelait alors) prévues par l'assurance-chômage, écrivait aussi, aux pages 6 et 7 :

Il n'est que juste de réserver les prestations de maternité à la seule mère biologique, car elles représentent un revenu de remplacement répondant aux besoins physiologiques uniques qui découlent de sa grossesse et de son accouchement.

[. . .]

Manifestement, les parents adoptifs n'ont pas besoin d'un soutien du revenu pour des circonstances liées à la grossesse ou à l'accouchement. Ils partagent cependant avec les parents biologiques un besoin incontestable de remplacement du revenu pour la période durant laquelle des soins intensifs doivent être prodigués à un nouvel enfant.

[97] L'historique de la Loi laisse aussi à penser que les prestations de maternité étaient destinées aux mères naturelles, tandis que les prestations parentales étaient destinées aux mères ou aux pères, naturels ou adoptifs. En fait, avant la prise d'effet des prestations d'adoption en 1983, les prestations de maternité avaient été instituées exclusivement pour protéger les mères naturelles contre une interruption de revenu causée par leur incapacité physique de travailler après un accouchement. En 1983, le législateur reconnaissait, en instituant les prestations d'adoption, la nécessité pour des parents adoptifs de s'occuper de leur enfant nouvellement arrivé. En 1988, ces prestations furent élargies à tous les parents biologiques, et rebaptisées prestations parentales (voir la décision *Schachter*).

[98] Cela montre clairement, selon moi, l'intention du législateur de faire la distinction entre deux objets, à savoir le rétablissement de la mère et le soin de l'enfant, et cela en instituant deux ensembles de prestations. Si les prestations de maternité avaient été destinées au soin de l'enfant et à la création de liens, il n'aurait pas été nécessaire d'inclure les mères naturelles dans le champ des prestations parentales.

[99] Un autre indice donne à penser que l'objet des dispositions relatives aux prestations de maternité est d'aider la mère à se remettre de la grossesse et de l'accouchement : c'est le fait que les prestations peuvent aussi être versées aux mères naturelles qui décident de

the view that maternity benefits are intended to alleviate the physiological and psychological limitations resulting from pregnancy and childbirth is the fact that birth mothers may claim up to eight weeks prior to the expected date of birth.

[100] I conclude on this point that the purpose of the maternity benefits provisions of the Act is to replace the income of insured pregnant women and biological mothers while they undergo the health and other stress of giving and recovering from birth. As a result, these women suffer no disadvantage when they return to the workforce. Hence, the purpose of the provisions is clearly not the encouragement of bonding or attachment. The focus of the legislation, taken as a whole, concerns the circumstances surrounding employment and unemployment.

[101] Having identified the specific and exclusive purpose of the maternity benefits, namely, the protection of women from the economic costs of pregnancy and childbirth, the next issue is to determine whether the distinction between birth and adoptive mothers amounts to a violation of the latter's human dignity by imposing restrictions or disadvantages on the basis of the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on merit or circumstances (see: *Miron*, at paragraphs 139-140).

[102] In *Law*, the Supreme Court sets out four factors which should be examined in order to determine whether legislation is discriminatory, namely: (i) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue; (ii) correspondence, or lack thereof, between the ground or grounds on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others; (iii) ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society; and (iv) nature and scope of the interest affected by the impugned law.

mettre leurs enfants en adoption. Le fait que les mères naturelles peuvent obtenir jusqu'à huit semaines de prestations avant la date prévue de la naissance s'accorde avec l'idée selon laquelle les prestations de maternité ont pour objet d'alléger les contraintes physiologiques et psychologiques résultant de la grossesse et de l'accouchement.

[100] Ma conclusion sur le sujet, c'est que l'objet des dispositions de la Loi qui concernent les prestations de maternité est de remplacer le revenu des femmes enceintes et mères biologiques assurées, et cela durant la période physiquement exigeante de l'accouchement et de ses suites. Grâce aux prestations, ces femmes ne subissent aucun désavantage lorsqu'elles retournent sur le marché du travail. L'objet des dispositions n'est donc manifestement pas d'encourager la création de liens affectifs. La Loi, considérée globalement, s'intéresse aux circonstances entourant l'emploi et le chômage.

[101] Maintenant que l'objet précis et exclusif des prestations de maternité est défini, à savoir la protection des femmes contre le coût économique d'une grossesse et d'un accouchement, il faut maintenant se demander si la distinction entre mères naturelles et mères adoptives a pour résultat de porter atteinte à la dignité de ces dernières en leur imposant des restrictions ou des désavantages fondés sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou les circonstances (voir l'arrêt *Miron*, aux paragraphes 139 et 140).

[102] Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême expose quatre facteurs que l'on doit examiner pour savoir si une loi est discriminatoire, à savoir : i) la préexistence d'un désavantage, d'un stéréotype, d'un préjugé ou d'une vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause; ii) la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou les circonstances propres au demandeur ou à d'autres personnes; iii) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe davantage défavorisés dans la société; et iv) la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

[103] At paragraph 29 of its reasons in *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, the Supreme Court made the following comments regarding these factors:

To answer this question, we must consider the four factors set out in *Law*. None of these factors is a prerequisite for finding discrimination, and not all factors will apply in every case. The list of factors is neither absolute nor exhaustive. In addition, the factors may overlap, since they are all designed to illuminate the relevant contextual considerations surrounding a challenged distinction. Nonetheless, the four factors provide a useful guide to evaluating an allegation of discrimination,

[104] I now turn to the first factor.

1. Pre-existing Disadvantage

[105] This factor involves a consideration of whether the claimant group has experienced pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability.

[106] The evidence before us has not convinced me that adoptive mothers have historically suffered disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability in the past. In fact, no evidence has been put forward to support that point of view. Further, the applicant has not shown that the legislation at issue is itself functioning by device of stereotypes (see: *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, at paragraph 73).

[107] To the contrary, the legislative amendments of 1983, pursuant to which the then adoptive benefits were enacted, gave adoptive mothers (or adoptive fathers) 15 weeks of benefits, i.e. the equivalent of those weeks of paid leave which, until then, had only been available to biological mothers. While it is true that in 1988, as a result of Mr. Justice Strayer's decision in *Schachter*, and by reason of the concerns submitted to Parliament by the Canadian Human Rights Commission, biological mothers (or fathers) were given benefits equivalent to those given to adoptive mothers, it cannot be said that the situation of adoptive mothers and their important

[103] Au paragraphe 29 de ses motifs, dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, la Cour suprême s'exprimait ainsi à propos des facteurs en question :

Pour répondre à cette question, nous devons examiner les quatre facteurs énoncés dans *Law*. Aucun de ces facteurs ne constitue un préalable à une conclusion de discrimination, et ils ne s'appliquent pas tous dans chaque cas. Cette liste de facteurs n'est ni absolue ni exhaustive. En outre, il peut exister un chevauchement entre les facteurs puisqu'ils sont tous conçus pour éclaircir les considérations contextuelles pertinentes entourant une distinction contestée. Néanmoins, ces quatre facteurs offrent un guide utile pour l'évaluation d'une allégation de discrimination, [. . .]

[104] J'examinerai maintenant le premier facteur.

1. Préexistence d'un désavantage

[105] Ce facteur requiert de se demander si le groupe concerné était auparavant victime d'un désavantage, d'un stéréotype ou d'un préjugé ou s'il était généralement vulnérable.

[106] La preuve que nous avons devant nous ne m'a pas convaincu que les mères adoptives ont été par le passé victimes d'un désavantage, d'un stéréotype, d'un préjugé ou d'un autre état vulnérable. En fait, aucune preuve n'a été produite au soutien d'une telle idée. La demanderesse n'a pas non plus prouvé que la Loi fonctionne par l'application de stéréotypes (voir l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, paragraphe 73).

[107] Au contraire, les modifications législatives de 1983, qui établissaient les prestations d'adoption, accordaient aux mères adoptives (ou aux pères adoptifs) 15 semaines de prestations, c'est-à-dire l'équivalent des semaines de congé rémunéré qui, jusqu'alors, n'avaient été offertes qu'aux mères biologiques. Il est vrai que, en 1988, à la suite de la décision *Schachter*, rendue par le juge Strayer, et en raison des préoccupations portées à l'attention du Parlement par la Commission canadienne des droits de la personne, les mères (ou pères) biologiques se sont vu accorder des prestations correspondant aux prestations versées aux mères

role in caring for their adopted children has not been an important concern on the part of Parliament.

[108] In that regard, it is worth emphasizing what the Human Rights Commission said in its 1987 Special Report to Parliament at pages 6-7:

Unemployment Insurance Benefits (as they were then called) have always been paid only to the biological mother, and were clearly introduced to respond to her special needs. Had they been intended, even in part, for the child care purposes they would have been available, at least in part, to either parents.

Lately, the government itself continues to support this interpretation. After close scrutiny to ensure compliance with the Charter, the government affirmed that maternity benefits are exclusively for the mother.

[109] In light of this Report and the legislative history of the U.I. Act, there can be no doubt that consideration was given by Parliament to the particular situation of adoptive mothers in order to ensure that their human dignity was preserved.

[110] Consequently, I conclude that there is no evidence of stereotypes or pre-existing disadvantages as concerns adoptive mothers.

2. Correspondence Between the Ground on Which the Claim is Based and the Actual Needs, Capacity or Circumstances of the Applicant or Others

[111] With respect to this factor, the Court must consider the needs, capacity and circumstances of the applicant's group, but also the needs, capacity and circumstances of the comparator group, i.e. biological mothers. On this count, legislation which considers the actual needs, capacity or circumstances of the applicant and her group in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will not likely have a demeaning effect on their human dignity.

adoptives, mais l'on ne saurait dire que le législateur s'est désintéressé de la situation des mères adoptives, et du rôle important qu'elles jouent dans l'éducation de leurs enfants adoptifs.

[108] Sur ce point, il vaut la peine de souligner ce que disait la Commission des droits de la personne dans son Rapport spécial de 1987 au Parlement, aux pages 6 et 7 :

Les prestations d'assurance-chômage (comme on les appelait alors) ont toujours été versées uniquement à la mère biologique et ont été manifestement adoptées pour répondre à ses besoins particuliers. Si elles avaient été destinées, même en partie, aux soins de l'enfant, elles auraient été versées, du moins en partie, à l'un ou l'autre des parents.

Dernièrement, le gouvernement lui-même continue d'appuyer cette interprétation. Après examen attentif afin d'assurer la conformité avec la Charte, le gouvernement a confirmé que les prestations de maternité sont réservées uniquement à la mère.

[109] Eu égard à ce rapport, et à l'historique de la Loi sur l'A-C, il ne fait aucun doute que le législateur fédéral a tenu compte du cas particulier des mères adoptives et s'est appliqué à préserver leur dignité humaine.

[110] En conséquence, je suis d'avis que, s'agissant des mères adoptives, il n'a pas été prouvé qu'elles étaient auparavant victimes de stéréotypes ou de désavantages.

2. Correspondance entre le moyen sur lequel l'allégation est fondée et les besoins, capacités ou circonstances propres à la demanderesse ou à d'autres personnes

[111] S'agissant de ce facteur, la Cour doit considérer les besoins, capacités et circonstances du groupe de la demanderesse, mais également les besoins, capacités et circonstances du groupe de référence, c'est-à-dire les mères biologiques. Sur ce point, une loi qui considère les besoins, capacités ou circonstances de la demanderesse et de son groupe d'une manière qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et membres de la société canadienne n'aura vraisemblablement pas pour effet de les déconsidérer dans leur dignité.

[112] The applicant does not and, in my view, cannot deny that biological mothers are recovering from their pregnancy and childbirth during the maternity benefits period. However, she argues that they are also using that time to bond with their new-born children, and thus, denying adoptive mothers that bonding time affects their human dignity and amounts to discrimination.

[113] Inevitably, the attachment and bonding process will occur by reason of close contact between the mother and her child from the moment of birth. I am also prepared to accept that biological mothers will wish to devote the little energy they have to care for their new-born child immediately after birth. However, should adoptive mothers be entitled to a maternity benefits period, they will employ all of their time, efforts and energy to care for their child, while birth mothers will not have the same energy and time to care for their children by reason of low energy levels and specific health and stress problems (see: affidavit of Dr. Murray Enkin, sworn July 14, 1994, at paragraphs 31 and 32).

[114] This reinforces my view that the distinction made by the legislation between birth and adoptive mothers is based on the actual needs, capacity and circumstances affecting biological mothers, that is, pregnancy, childbirth and recovery. The biological reality is such that the bonding process between mother and child cannot be the same in respect of birth and adoptive mothers. As Dr. LeMare states in her affidavit, birth mothers often begin to bond before their child is born. They react to the fetus, signals and movements, watch ultrasounds and go through the birthing process. Although some adoptive parents may have the opportunity to closely participate in these experiences with the unborn child, most of them will only begin bonding when the child is actually adopted.

[112] La demanderesse ne nie pas et, à mon avis, ne saurait nier que les mères biologiques se remettent de leur grossesse et de leur accouchement durant la période des prestations de maternité. Cependant, elle fait valoir qu'elles utilisent également cette période pour établir des liens avec leurs nouveau-nés, et le fait de refuser aux mères adoptives cette période de création d'un attachement porte donc atteinte à leur dignité humaine et équivaut à de la discrimination.

[113] Inévitablement, le processus de création d'un attachement se produira par l'effet d'un contact étroit entre la mère et son enfant dès le moment de la naissance. Je suis également disposé à admettre que les mères biologiques voudront consacrer le peu d'énergie qu'il leur reste aux soins de leur nouveau-né immédiatement après la naissance. Cependant, si les mères adoptives devaient avoir droit à des prestations de maternité, elles emploieraient tout leur temps, tous leurs efforts et toute leur énergie à s'occuper de leur enfant, tandis que les mères naturelles n'auraient pas autant de force ni autant de temps pour s'occuper de leurs enfants, en raison d'un faible niveau d'énergie et d'un état physique et émotif plus fragile (voir l'affidavit du D^r Murray Enkin, rédigé sous serment le 14 juillet 1994, paragraphes 31 et 32).

[114] Cela me conforte dans l'idée que la distinction établie par la Loi entre mères naturelles et mères adoptives repose sur les besoins, capacités et circonstances propres aux mères biologiques, c'est-à-dire la grossesse, l'accouchement et le processus de rétablissement. La réalité biologique est telle que le processus d'attachement entre mère et enfant ne saurait être le même pour les mères naturelles et les mères adoptives. Ainsi que l'écrit la D^{re} LeMare dans son affidavit, les mères naturelles commencent souvent le processus d'attachement avant la naissance de leur enfant. Elles réagissent aux signaux et mouvements du fœtus, elles regardent les échographies et franchissent les étapes de la maternité. Certains parents adoptifs auront parfois la possibilité de participer étroitement à ces expériences avec l'enfant à naître, mais la plupart d'entre eux ne commenceront le processus d'attachement que lorsque l'enfant sera effectivement adopté.

[115] This does not mean that adoptive mothers and fathers do not undergo considerable stress and difficulties in the adoption process and in caring for their newly arrived child. This is not a situation comparable to that experienced by biological mothers. The particular needs of all parents who do not give birth have been provided for in the form of parental benefits. Nevertheless, the adoption of a child does not render adoptive parents, or biological fathers for that matter, physiologically unable to work for a certain period of time before or after the arrival of a child. As the Ontario Court of Appeal said in *Schafer*, at page 25:

However, as severe and distressing as these problems may be, they are not the same problems facing biological mothers. No doubt adoptive parents would put the extra 15 weeks of paid leave to excellent use in preparing and caring for their newly arrived child, but the purpose of the pregnancy leave benefit is not to provide income support to parents who care for their children. It is to provide a flexible system of income support to women who need time away from work because of pregnancy and childbirth.

[116] Although the applicant concedes that birth mothers have physical needs which differ from those of adoptive mothers, she nonetheless argues implicitly, as was argued in *Schafer*, that the 15 weeks of maternity benefits exceed the actual time required for biological mothers to recover. On that premise, the applicant argues that the effect of section 12 of the Act is to allow biological mothers to take advantage of maternity benefits to bond with their children.

[117] In my opinion, this submission fails to consider the unpredictable and unique circumstances surrounding pregnancy and childbirth. The fact that some women recover fully in less than 15 weeks does not counter the fact that other women require much longer time to recover because of conditions such as diabetes or postpartum depression. Abnormal or multiple pregnancies, for instance, may result in complications before and after birth. Thus, biological mothers require

[115] Cela ne veut pas dire que les mères et pères adoptifs ne connaissent pas une tension considérable et de grandes difficultés dans le processus d'adoption et dans les soins qu'ils prodiguent à leur enfant nouvellement arrivé. Ce n'est pas une situation qui puisse se comparer à celle des mères biologiques. On a répondu sous la forme de prestations parentales aux besoins particuliers de tous les parents qui ne donnent pas naissance. Néanmoins, l'adoption d'un enfant ne rend pas les parents adoptifs, ni d'ailleurs les pères biologiques, physiologiquement incapables de travailler durant une certaine période avant ou après l'arrivée de l'enfant. Ainsi que l'écrivait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer*, à la page 25 :

[TRADUCTION] Cependant, si graves et troublantes que puissent être ces difficultés, ce ne sont pas les mêmes difficultés que celles que connaissent les mères biologiques. Il ne fait aucun doute que les parents adoptifs pourraient faire un excellent usage des 15 semaines additionnelles de congé rémunéré pour accueillir leur nouvel enfant et s'en occuper, mais l'objet des prestations de maternité n'est pas de procurer un revenu complémentaire aux parents qui s'occupent de leurs enfants. Il est d'établir un système souple de soutien du revenu à l'intention des femmes qui doivent s'absenter de leur travail pour cause de grossesse et d'accouchement.

[116] La demanderesse admet que les mères biologiques ont des besoins physiques qui ne sont pas ceux des mères adoptives, mais elle fait néanmoins valoir implicitement, comme on l'avait fait valoir dans l'arrêt *Schafer*, que les 15 semaines de prestations de maternité dépassent le temps dont les mères biologiques ont vraiment besoin pour se rétablir. La demanderesse affirme donc que l'article 12 de la Loi a pour effet de permettre aux mères biologiques de tirer parti des prestations de maternité pour établir un lien affectif avec leur enfant.

[117] À mon avis, cet argument ne tient pas compte des circonstances imprévisibles et sans parallèle qui entourent la grossesse et l'accouchement. Sans doute certaines femmes récupèrent-elles pleinement en moins de 15 semaines, mais il n'en demeure pas moins que d'autres ont besoin d'une période beaucoup plus longue pour récupérer, en raison d'états pathologiques tels que le diabète ou la dépression post-natale. Une grossesse anormale ou multiple peut par exemple entraîner des

a flexible period of leave that may be used during pregnancy, labour, birth and the postpartum period.

[118] Even in the best of circumstances, i.e. healthy pregnancies and deliveries, it seems clear to me that it is more difficult for biological mothers to cope with motherhood than for adoptive mothers who do not have to recuperate from pregnancy and childbirth. In fact, “no woman . . . was at full functional status at 6 weeks postpartum and several had not yet resumed all usual activities by 6 months after the birth of their infants”. (See the affidavit of Cassandra Kirewskie, at paragraph 39).

[119] In my view, the maternity benefits period must be considered as establishing a range so as to include the situation of women who recover faster and of those who must take the full 15 weeks to recover (see: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Schafer*).

[120] As the Supreme Court stated in both *Law*, at paragraph 106, and in *Gosselin*, at paragraph 55, there is no necessity for legislation to always correspond perfectly with social reality in order to comply with subsection 15(1) of the Charter:

Law:

Under these circumstances, the fact that the legislation is premised upon informed statistical generalizations which may not correspond perfectly with the long-term financial need of all survival spouses does not affect the ultimate conclusion that the legislation is consonant with the human dignity and freedom of the appellant. Parliament is entitled, under these limited circumstances at least, to premise remedial legislation upon informed generalizations without running afoul of s. 15(1) of the *Charter* and being required to justify its position under s. 1. I emphasize, though, that under other circumstances a more precise correspondence will undoubtedly be required in order to comply with s. 15(1). In particular, a more

complications avant et après la naissance. Les mères biologiques requièrent donc une période de congé flexible qui puisse être utilisée durant la grossesse, durant l'accouchement, à la naissance et durant la période postnatale.

[118] Même dans le meilleur des cas, c'est-à-dire grossesse et parturition parfaitement normales, il m'apparaît clair qu'il est plus difficile pour les mères biologiques de composer avec la maternité que pour les mères adoptives, qui n'ont pas besoin de se remettre d'une grossesse et d'un accouchement. En fait, [TRADUCTION] « aucune femme [. . .] ne se retrouvait dans un état pleinement fonctionnel six semaines après l'accouchement, et plusieurs n'avaient pas encore repris toutes leurs activités habituelles six mois après la naissance » (voir l'affidavit de Cassandra Kirewskie, paragraphe 39).

[119] À mon avis, la période des prestations de maternité doit être vue comme une période tenant compte d'une gamme de situations, de manière à englober le cas des femmes qui récupèrent rapidement et celui des femmes qui ont besoin de la totalité des 15 semaines pour récupérer (voir *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Schafer*).

[120] Ainsi que l'écrivait la Cour suprême dans l'arrêt *Law*, au paragraphe 106, et dans l'arrêt *Gosselin*, au paragraphe 55, il n'est pas nécessaire qu'un texte de loi corresponde toujours parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au paragraphe 15(1) de la Charte :

Arrêt Law :

Dans les circonstances, le fait que les dispositions de la loi s'appuient sur des généralisations statistiques documentées qui peuvent ne pas correspondre parfaitement aux besoins financiers à long terme de tous les conjoints survivants ne compromet pas la conclusion ultime, soit qu'elles sont compatibles avec la dignité et la liberté de l'appelante. Dans ces circonstances particulières à tout le moins, le législateur peut légitimement s'appuyer sur des généralisations documentées pour édicter des dispositions réparatrices sans contrevenir au par. 15(1) de la *Charte* et sans avoir à les justifier au sens de l'article premier. Je souligne toutefois que, dans d'autres circonstances, le respect du par. 15(1) exigera à

precise correspondence will likely be important where the individual or group which is excluded by the legislation is already disadvantaged or vulnerable within Canadian society.

Gosselin

I add two comments. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required to find that a challenged provision does not violate the *Canadian Charter*. The situation of those who, for whatever reason, may have been incapable of participating in the programs attracts sympathy. Yet the inability of a given social program to meet the needs of each and every individual does not permit us to conclude that the program failed to correspond to the actual needs and circumstances of the affected group. . . . Crafting a social assistance plan to meet the needs of young adults is a complex problem, for which there is no perfect solution. No matter what measures the government adopts, there will always be some individuals for whom a different set of measures might have been preferable. The fact that some people may fall through a program's cracks does not show that the law fails to consider the overall needs and circumstances of the group of individuals affected, or that distinctions contained in the law amount to discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

[121] Further, as my colleague Evans J.A. stated in *Krock v. Canada (Attorney General)* (2001), 29 C.C.L.I. (3d) 55 (F.C.A.), at paragraph 11, it is for Parliament and not for the courts to establish and fine-tune statutory benefits schemes:

When presented with an argument that a complex statutory benefits scheme, such as unemployment insurance, has a differential adverse effect on some claimants contrary to section 15, the Court is not concerned with the desirability of extending the benefits in the manner sought. In the design of social benefit programs, priorities must be set, a task for which Parliament is better suited than the courts, and the Constitution should not be regarded as requiring judicial fine-tuning of the legislative scheme.

[122] There can be no doubt, in my view, that pregnancy and childbirth create an undeniable physiological effect that prevents biological mothers

n'en pas douter une correspondance plus précise. En particulier, une correspondance plus précise sera vraisemblablement importante dans le cas où la personne ou le groupe exclu de la loi est déjà défavorisé ou vulnérable dans la société canadienne.

Arrêt Gosselin :

J'ajouterai deux commentaires. Premièrement, il est possible de conclure qu'une disposition contestée ne viole pas la *Charte canadienne* même en l'absence de correspondance parfaite entre un régime de prestations et les besoins ou la situation du groupe demandeur. On peut éprouver de la sympathie pour les personnes qui, pour une raison ou une autre, n'ont peut-être pas pu participer aux programmes. Cependant, le fait qu'un programme social donné ne réponde pas aux besoins de tous, sans exception, ne nous permet pas de conclure que ce programme ne correspond pas aux besoins et à la situation véritables du groupe concerné. [. . .] L'élaboration d'un régime d'aide sociale destiné à répondre aux besoins des jeunes adultes est un problème complexe, auquel il n'existe pas de solution parfaite. Quelles que soient les mesures adoptées par le gouvernement, il existera toujours un certain nombre de personnes auxquelles un autre ensemble de mesures aurait mieux convenu. Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d'un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l'ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touché, ni que la distinction établie par cette mesure crée une discrimination réelle au sens du par. 15(1).

[121] En outre, comme l'écrivait mon collègue le juge Evans dans l'arrêt *Krock c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 188, au paragraphe 11, c'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient d'établir et de mettre au point les régimes légaux de prestations :

Lorsque la Cour examine un argument qui veut qu'un régime complexe de prestations prévu par la loi, comme celui de l'assurance-chômage, a un effet négatif différentiel sur certains demandeurs contrairement à l'article 15, elle ne peut se préoccuper de la question de savoir s'il serait désirable d'accorder des prestations étendues comme on le recherche. Dans la création des programmes sociaux, il faut établir des priorités. Le législateur est mieux équipé pour cette tâche que les tribunaux et la Constitution n'exige pas que les tribunaux procèdent à un réglage minutieux des régimes législatifs.

[122] Il ne peut faire de doute, à mon avis, que la grossesse et l'accouchement entraînent un état physiologique qui empêche les mères biologiques de

from working during portions of the pregnancy and during the postpartum period. Thus, there are distinct purposes for each of the two income-replacement benefits: one is to provide income while a woman is incapacitated from work due to pregnancy or recuperation; the other is to provide income while parents are caring for and bonding with their children.

[123] In my view, it is impossible to set a length of maternity leave that will universally meet the physiological needs of all pregnant women. As the evidence of Dr. Enkin eminently demonstrates, 15 weeks of maternity leave is in no way unreasonable so as to accommodate the needs of most women.

3. Ameliorative Purpose or Effects of the Benefits Program Upon a More Disadvantaged Person or Group

[124] In *Law*, the Supreme Court, at paragraph 72 of its reasons, opined that an ameliorative purpose or effect which accords with the goals of subsection 15(1) of the Charter, i.e. the granting of benefits to biological mothers so as to allow them to recover from pregnancy and childbirth, will be unlikely to violate the human dignity of more advantaged individuals “where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater needs or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation.”

[125] In the present matter, there can be no doubt that pregnant women have been a disadvantaged group. In fact, the maternity benefits were created in favour of this group in order to ensure that biological mothers were accommodated in the workplace. In this regard, the words of Dickson C.J. in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, at pages 1237 and 1238, are entirely apposite:

The first two claims, that pregnancy is neither an accident nor an illness and that it is voluntary, are closely related. I agree entirely that pregnancy is not characterized properly as a sickness or an accident. It is, however, a valid health-related reason for absence from the workplace and as such should not have been excluded from the Safeway plan. That the exclusion

travailler durant une partie de la grossesse et durant la période postnatale. Chacun des types de prestations censés remplacer le revenu a donc un objet propre : le premier vise à procurer un revenu à la femme qui est empêchée de travailler pour cause de grossesse ou de remise en forme; l'autre vise à procurer un revenu aux parents pendant qu'ils s'occupent de leur enfant et nouent des liens affectifs avec lui.

[123] Selon moi, il est impossible de fixer pour le congé de maternité une durée qui répondra dans tous les cas aux besoins physiologiques de toutes les femmes enceintes. Comme le montre si bien le témoignage du D^r Enkin, un congé de maternité de 15 semaines n'est en aucune façon déraisonnable pour répondre aux besoins de la plupart des femmes.

3. Objet ou effet d'amélioration du programme de prestations pour une personne ou un groupe plus défavorisés

[124] Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême, au paragraphe 72 de ses motifs, exprimait l'avis qu'un objet ou effet d'amélioration qui s'accorde avec les buts du paragraphe 15(1) de la Charte, c'est-à-dire le versement de prestations aux mères biologiques pour leur permettre de se remettre d'une grossesse et d'un accouchement, sera peu susceptible de déconsidérer la dignité de personnes plus favorisées « si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives ».

[125] En l'espèce, il ne peut faire de doute que les femmes enceintes ont été un groupe désavantagé. D'ailleurs, le législateur a établi les prestations de maternité en faveur de ce groupe afin de répondre aux besoins des mères biologiques sur le marché du travail. Sur ce point, les propos tenus par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, aux pages 1237 et 1238, sont tout à fait pertinents :

Les deux premières prétentions, savoir que la grossesse n'est ni un accident, ni une maladie et celle qu'il s'agit d'un état voulu sont assez semblables. Je suis tout à fait d'accord qu'on ne saurait, à proprement parler, qualifier la grossesse de maladie ou d'accident. C'est cependant un motif de santé suffisant pour ne pas se présenter au travail et, à ce titre, il

is discriminatory is evident when the true character, or underlying rationale, of the Safeway benefits plan is appreciated. The underlying rationale of this plan is the laudable desire to compensate persons who are unable to work for valid health-related reasons. Pregnancy is clearly such a reason. By distinguishing “accidents and illness” from pregnancy, Safeway is attempting to disguise an untenable distinction. It seems indisputable that in our society pregnancy is a valid health-related reason for being absent from work. It is to state the obvious to say that pregnancy is of fundamental importance in our society. Indeed, its importance makes description difficult. To equate pregnancy with, for instance, a decision to undergo medical treatment for cosmetic surgery—which sort of comparison the respondent’s argument implicitly makes—is fallacious. If the medical condition associated with procreation does not provide a legitimate reason for absence from the workplace, it is hard to imagine what would provide such a reason. Viewed in its social context pregnancy provides a perfectly legitimate health-related reason for not working and as such it should be compensated by the Safeway plan. In terms of the economic consequences to the employee resulting from the inability to perform employment duties, pregnancy is no different from any other health-related reason for absence from the workplace.

Furthermore, to not view pregnancy in this way goes against one of the purposes of anti-discrimination legislation. This purpose, which was noted earlier in the quotation from Andrews, is the removal of unfair disadvantages which have been imposed on individuals or groups in society. Such an unfair disadvantage may result when the costs of an activity from which all of society benefits are placed upon a single group of persons. This is the effect of the Safeway plan. It cannot be disputed that everyone in society benefits from procreation. The Safeway plan, however, places one of the major costs of procreation entirely upon one group in society: pregnant women. Thus in distinguishing pregnancy from all other health-related reasons for not working, the plan imposes unfair disadvantages on pregnant women. In the second part of this judgment I state that this disadvantage can be viewed as a disadvantage suffered by women generally. That argument further emphasizes how a refusal to find the Safeway plan discriminatory would undermine one of the purposes of anti-discrimination legislation. It would do so by sanctioning one of the most significant ways in which women have been disadvantaged in our society. It would sanction imposing a disproportionate amount of the costs of pregnancy upon women. Removal of such unfair impositions upon women and other groups in society is a key purpose of anti-discrimination legislation. Finding that the Safeway plan is discriminatory

n’aurait pas dû être exclu du régime de Safeway. Le caractère discriminatoire de cette exclusion ressort clairement quand on considère la nature véritable, ou la raison d’être sous-jacente du régime de prestations de Safeway. La raison d’être sous-jacente de ce régime est le désir louable d’indemniser les personnes incapables de travailler pour des motifs réels de santé. La grossesse appartient manifestement à ces motifs. En établissant une distinction entre la maladie et les accidents d’une part et la grossesse d’autre part, Safeway cherche à camoufler une distinction indéfendable. Il semble incontestable que dans notre société la grossesse est un motif de santé valable de s’absenter du travail. Il va sans dire que la grossesse a une importance primordiale dans notre société. De fait, son importance en rend la description difficile. Il est fallacieux d’établir un parallèle entre la grossesse et, par exemple, la décision de subir une opération de chirurgie esthétique, comparaison que l’intimée fait pourtant implicitement dans son argumentation. Si l’état de santé lié à la procréation ne constitue pas un motif légitime de s’absenter du travail, il est difficile d’en imaginer un autre. Considérée dans son contexte social, la grossesse constitue un motif de santé parfaitement légitime de ne pas se présenter au travail et, à ce titre, elle devrait donner droit aux prestations prévues par le régime de Safeway. Pour l’employée, les conséquences économiques de l’incapacité d’exécuter les tâches que son travail comporte sont les mêmes que cette incapacité résulte d’une grossesse ou d’un autre motif de santé entraînant l’absence du travail.

De plus, ne pas considérer la grossesse de cette façon va à l’encontre de l’un des objets des lois anti-discrimination. Comme il ressort de l’extrait précité de l’arrêt Andrews, cet objet est la suppression des désavantages injustes imposés à des personnes ou à des groupes dans la société. Il peut y avoir un désavantage injuste lorsqu’on laisse porter à un seul groupe de personnes les coûts d’activités qui profitent à l’ensemble de la société. C’est l’effet du régime de Safeway. Il est incontestable que tous les membres de la société profitent de la procréation. Le régime de Safeway fait cependant porter un des principaux coûts de la procréation à un seul groupe dans la société : les femmes enceintes. Donc, en faisant une distinction entre la grossesse et toutes les autres raisons de santé pour ne pas travailler, le régime impose un désavantage injuste aux femmes enceintes. Dans la deuxième partie des présents motifs, je dis qu’il est possible de considérer ce désavantage comme un désavantage imposé à l’ensemble des femmes. Il ressort en outre de cet argument qu’en ne concluant pas que le régime de Safeway est discriminatoire, on saperait un des objectifs des lois anti-discrimination. On le ferait en avalisant une des façons les plus marquées de désavantager les femmes dans notre société. Ce serait avaliser l’imposition aux femmes d’une part disproportionnée des coûts de la grossesse. La suppression des fardeaux injustes imposés aux femmes et aux autres groupes dans la société constitue un objet clef des

further this purpose. [Emphasis added.]

[126] I also note that the Canadian Human Rights Commission has given its wholehearted support to the co-existence of maternity and parental benefits. I therefore have no hesitation in concluding that the maternity benefits have an ameliorative purpose which is entirely consistent with subsection 15(1) of the Charter and that the exclusion of adoptive mothers from those benefits does not, in any way, undermine the equality guarantee of the section.

4. Nature of the Interest Affected

[127] As the Supreme Court said at paragraph 88, No. 9(D) of its reasons in *Law*, “[t]he more severe and localized the consequences of the legislation for the affected group, the more likely that the differential treatment responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15(1).” In other words, the greater the severity of the consequences of the impugned legislation on the affected group, the likelier the differential treatment will amount to discrimination.

[128] Thus, in the present matter, does the fact that the maternity benefits are not available to adoptive mothers promote the view that adoptive mothers are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or members of Canadian society? (See: *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, at paragraph 58.)

[129] In my view, when the legislation is considered in its entire context, it becomes impossible to argue that in enacting the maternity benefits provisions, Parliament has demeaned adoptive mothers or cast any doubt on their worthiness as human beings. Not only have adoptive mothers not been excluded from a fundamental social institution, i.e. motherhood, but their interests were considered and accommodated by Parliament when it enacted the parental benefits provisions.

lois anti-discrimination. Conclure que le régime de Safeway est discriminatoire sert cet objet. [Non souligné dans l’original.]

[126] Je relève aussi que la Commission canadienne des droits de la personne a apporté son appui sans réserve à la coexistence des prestations de maternité et des prestations parentales. Je n’ai donc aucune hésitation à conclure que les prestations de maternité ont un effet d’amélioration qui s’accorde tout à fait avec le paragraphe 15(1) de la Charte, et que l’exclusion des mères adoptives de telles prestations ne porte en aucune façon atteinte à la garantie d’égalité prévue par ce paragraphe.

4. Nature du droit touché

[127] Ainsi que le disait la Cour suprême au paragraphe 88, n° 9(D) de ses motifs dans l’arrêt *Law*, « [p]lus les effets des dispositions législatives sont graves et localisés pour le groupe touché, plus il est probable que la différence de traitement à la source de ces effets soit discriminatoire au sens du par. 15(1) ». Autrement dit, plus les conséquences de la loi contestée pour le groupe concerné sont graves, plus il est probable que la différence de traitement équivaudra à de la discrimination.

[128] Ainsi, dans la présente affaire, le fait que les prestations de maternité ne sont pas offertes aux mères adoptives favorise-t-il l’idée selon laquelle les mères adoptives sont moins dignes d’être reconnues ou valorisées en tant qu’êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne? (Voir l’arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, au paragraphe 58.)

[129] À mon avis, si l’on considère la Loi dans sa globalité, il devient impossible de prétendre que, en adoptant les dispositions relatives aux prestations de maternité, le législateur a déconsidéré les mères adoptives ou jeté le doute sur leur valeur en tant qu’êtres humains. Non seulement les mères adoptives n’ont pas été exclues d’une institution sociale fondamentale, c’est-à-dire la maternité, mais encore leurs intérêts ont été examinés et pris en compte par le législateur lorsqu’il a édicté les dispositions sur les prestations parentales.

CONCLUSION AND DISPOSITION

[130] Exact parity between biological and adoptive mother would result, in my view, in discrimination against biological mothers. In fact, maternity leave provisions are indispensable to ensure the equality of women in general, who suffer disadvantage in the workplace due to pregnancy-related matters. The distinction created in favour of pregnant women is legitimate because it seeks to accommodate their needs in the workforce as a disadvantaged group. (See: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at page 1238; Canadian Human Rights Commission, *Special Report to Parliament on Income Replacement Benefits for New Parents.*) As the Supreme Court held in *Lovelace v. Ontario*, at paragraphs 85-86, the exclusion from a targeted program does not militate in favour of discrimination against the excluded group:

Here, the focus of analysis is not the fact that the appellant and respondent groups are equally disadvantaged, but that the program in question was targeted at ameliorating the conditions of a specific disadvantaged group rather than at disadvantage potentially experienced by any member of society. In other words, we are dealing here with a targeted ameliorative program which is alleged to be underinclusive, rather than a more comprehensive ameliorative program alleged to be underinclusive.

Having said this, one must recognize that exclusion from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society.

[131] If this Court was to conclude that adoptive mothers are entitled to maternity benefits, this would implicitly constitute a finding that birth mothers deserve no more time off from work than adoptive mothers, even if they must go through the burden of pregnancy and childbirth. This would take us back to the situation which the 1984 amendment to the U.I. Act sought to solve, i.e. compensation for birth mothers who were incapable of working because they were recovering, by extending the adoption benefits (now the parental benefits) to biological parents.

CONCLUSION ET DISPOSITIF

[130] Une exacte égalité entre mères biologiques et mères adoptives conduirait selon moi à une discrimination à l'encontre des mères biologiques. En fait, les dispositions relatives au congé de maternité sont indispensables pour assurer l'égalité des femmes en général, qui subissent un désavantage dans le milieu de travail dès lors qu'elles tombent enceintes. La distinction établie en faveur des femmes enceintes est légitime parce qu'elle vise à répondre à leurs besoins dans le milieu de travail en tant que groupe désavantagé. (Voir l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la page 1238; Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport spécial au Parlement sur le versement d'un revenu de substitution aux nouveaux parents.*) Comme l'écrivait la Cour suprême dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, aux paragraphes 85 et 86, le fait d'être exclu d'un programme ciblé ne veut pas dire discrimination envers le groupe exclu :

En l'espèce, l'aspect central de l'analyse n'est pas le fait que les groupes appelants et intimés sont également défavorisés, mais que le programme en question vise à améliorer la situation d'un groupe défavorisé précis plutôt qu'à remédier à un désavantage dont pourrait souffrir tout membre de la société. En d'autres mots, nous sommes en présence d'un programme améliorateur ciblé auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif, et non d'un programme améliorateur plus complet auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif.

Cela dit, il faut reconnaître qu'il est peu probable que le fait d'exclure un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat ait pour effet d'associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance et d'intégration au sein de la société dans son ensemble.

[131] Si la Cour devait conclure que les mères adoptives ont droit à des prestations de maternité, ce serait dire implicitement que les mères naturelles ne méritent pas de s'absenter du travail plus que les mères adoptives, alors même qu'elles doivent supporter le fardeau d'une grossesse et d'une naissance. Cela nous ramènerait à la situation que les modifications apportées en 1984 à la Loi sur l'A-C visaient à corriger, c'est-à-dire le dédommagement des mères naturelles qui étaient incapables de travailler parce qu'elles se remettaient d'un accouchement, modifications qui

élargissaient aux parents biologiques les prestations d'adoption (aujourd'hui les prestations parentales).

[132] I also wish to emphasize the fact that if maternity benefits are made available to adoptive mothers, I see no reason why adoptive fathers or, for that matter, biological fathers, should not be entitled to claim those benefits as well. In fact, as the evidence of Dr. LeMare shows, there is, in principle, no difference between mothers and fathers in so far as the bonding process is concerned. This view is supported by the legislation, which makes the parental benefits available to both fathers and mothers. Should maternity benefits be available to adoptive mothers only, fathers, both biological and adoptive, would be denied the benefit.

[133] As the Ontario Court of Appeal said in *Schafer*, at page 22 of its reasons, singling out biological mothers for unique benefits arising from the fact of pregnancy and childbirth cannot constitute discrimination:

Here, the inescapable biological reality is the fact of pregnancy and childbirth, which only biological mothers experience. Compensating only biological mothers for work lost because of pregnancy and childbirth cannot constitute discrimination because only biological mothers undergo the physiological demands of pregnancy and childbirth.

[134] I therefore conclude, as the Ontario Court of Appeal concluded in *Schafer*, that the applicant's rights under subsection 15(1) of the Charter have not been violated. The reasonable adoptive mother would no doubt recognize that by reason of the physiological and psychological experience resulting from pregnancy and childbirth, biological mothers are deserving of special benefits so as to accommodate their particular needs. The reasonable adoptive mother would also no doubt recognize that the maternity benefits are essential to protecting the well-being of these mothers so that they can, in due course, effectively return to their employment. The reasonable adoptive mother would also recognize that Parliament has considered and recognized her own needs by the enactment of the parental benefits provisions and that she has in no way

[132] Je voudrais aussi souligner le fait que, si des prestations de maternité devaient être versées aux mères adoptives, alors je ne vois pas pourquoi les pères adoptifs, et même les pères biologiques, n'auraient pas droit eux aussi aux dites prestations. En réalité, comme le montre le témoignage de la D^{re} LeMare, il n'y a en principe aucune différence entre mères et pères pour ce qui est du processus d'attachement. Ce point est confirmé par la Loi, qui prévoit des prestations parentales à la fois pour les pères et pour les mères. Si des prestations de maternité devaient être versées aux mères adoptives uniquement, alors les pères, biologiques ou adoptifs, se verraient refuser ces prestations.

[133] Ainsi que le disait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer*, à la page 22 de ses motifs, le versement de prestations spéciales aux seules mères biologiques pour cause de grossesse et d'accouchement ne saurait constituer une discrimination :

[TRADUCTION] Ici, la réalité biologique incontournable est le fait de la grossesse et de l'accouchement, que seules les mères biologiques connaissent. Le fait de dédommager uniquement les mères biologiques pour la perte de leur revenu entraînée par une grossesse et un accouchement ne saurait constituer une discrimination, et cela parce que seules les mères biologiques connaissent les contraintes physiologiques de la grossesse et de l'accouchement.

[134] J'arrive donc à la conclusion, comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer*, que les droits de la demanderesse garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte n'ont pas été enfreints. La mère adoptive douée de raison admettrait sans aucun doute que, à cause de l'expérience physiologique et psychologique qui résulte de la grossesse et de l'accouchement, les mères biologiques méritent des prestations spéciales afin que leurs besoins particuliers soient pris en compte. La mère adoptive douée de raison admettrait aussi sans aucun doute que les prestations de maternité sont essentielles pour assurer le bien-être de ces mères afin qu'elles puissent, le moment venu, reprendre leur emploi. La mère adoptive douée de raison admettrait aussi que le législateur a considéré et reconnu ses besoins à elle en promulguant les dispositions

been excluded from Canadian society. Hence, the reasonable adoptive mother would not feel demeaned by the granting of the maternity benefits to biological mothers.

[135] For these reasons, I would dismiss this application with costs.

SHARLOW J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

relatives aux prestations parentales et qu'elle n'a nullement été exclue de la société canadienne. Partant, la mère adoptive douée de raison ne se sentirait pas déconsidérée par l'octroi de prestations de maternité aux seules mères biologiques.

[135] Pour ces motifs, je rejetterais la demande, avec dépens.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

T-2176-95
2007 FC 826

T-2176-95
2007 CF 826

The Attorney General of Quebec (Plaintiff)

Le procureur général du Québec (demandeur)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL) c. CANADA (C.F.)

Federal Court, Lemieux J.—Montréal, December 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 17, 2004, January 5, 6, 7, April 18, May 24, July 22, October 3, 4, 5, December 19, 20, 21, 22, 2005; Ottawa, August 10, 2007.

Cour fédérale, juge Lemieux—Montréal, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 16 et 17 décembre 2004, 5, 6 et 7 janvier, 18 avril, 24 mai, 22 juillet, 3, 4 et 5 octobre, 19, 20, 21 et 22 décembre 2005; Ottawa, 10 août 2007.

Administrative Law — Statutory Appeals — Action under Federal Court Act, s. 19 challenging rejection by Minister of Finance Canada of plaintiff's application for revenue stabilization payment for 1991-1992 fiscal year — Application rejected following adjustments to revenue subject to stabilization — Plaintiff seeking declarations as to how Minister should consider various sources of revenue — Revenue stabilization payments available through Revenue Stabilization Program set out in Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act, Federal-Provincial Fiscal Arrangements Regulations, 1987 — Payment made to province where revenue subject to stabilization decreasing since previous fiscal year if decrease not resulting from changes in rates, structure of province's own taxes, modes of raising revenue — Declarations granted as follows: change to legislation to have Goods and Services Tax included in Quebec Sales Tax base change to provincial fiscal structure; increased mark-ups of Société des alcools du Québec, Société des loteries et courses du Québec increases within meaning of Act, Regulations; revenue decrease resulting from coming into force of new Canada-Quebec fiscal reciprocity protocol not change by plaintiff in structure of mode of raising revenue — These declarations to be taken into account by Minister in calculating plaintiff's application — Plaintiff not entitled to have decreased interest revenue on personal, corporate income taxes levied, decreased revenue from Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires taken into account by Minister.

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Action intentée en vertu de l'art. 19 de la Loi sur la Cour fédérale pour contester le rejet, par le ministre des Finances du Canada, de la demande de paiement de stabilisation des revenus du demandeur pour l'exercice 1991-1992 — La demande a été rejetée par suite de corrections apportées au revenu sujet à stabilisation — Le demandeur a demandé des déclarations quant à la façon dont le ministre doit considérer diverses sources de revenu — Les paiements de stabilisation des revenus sont offerts par l'entremise du Programme de stabilisation des revenus prévu par la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé et le Règlement de 1987 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces — Un paiement est versé à une province si son revenu sujet à stabilisation a diminué comparativement à l'année fiscale précédente dans la mesure où la baisse n'est pas attribuable à des changements dans les taux ou la structure des impôts de la province ou un autre mécanisme de prélèvement — Les déclarations suivantes ont été émises : la modification apportée à la législation pour que la taxe sur les produits et services soit comprise dans l'assiette de la taxe de vente du Québec constitue un changement à la structure fiscale de la province; les augmentations de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec et de la Société des loteries et courses du Québec sont des augmentations au sens de la Loi et du Règlement; la baisse des revenus qui résulte de l'entrée en vigueur du nouveau protocole Canada-Québec de réciprocité fiscale ne constitue pas un changement fait par le demandeur dans la structure des mécanismes de prélèvement — Le ministre doit tenir compte de ces déclarations dans le calcul de la demande du demandeur — Le demandeur n'a pas droit à la prise en

Construction of Statutes — Action under Federal Court Act, s. 19, which confers jurisdiction on Federal Court in cases of controversies between Canada and province, trial de novo, not judicial review — Controversy herein relating to adjustments made to plaintiff's application for revenue stabilization payment under Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act (Act), Federal-Provincial Fiscal Arrangements Regulations, 1987 (Regulations) — Interpretation of words "change", "structure" in Act, s. 6, Regulations, s. 12(1)(b) — Amendment to Retail Sales Tax Act to allow application of Quebec Sales Tax on Goods and Services Tax change in structure of one of Quebec's modes of raising revenue — Regulations, s. 5(1)(ee)(vii) not ambiguous — Provincial miscellaneous revenue base including interest from all taxes — For purposes of Revenue Stabilization Program, taxes assessed not covering interest on those taxes — Regulations, s. 5(1)(ee)(vi) also clear: "revenues classified by Statistics Canada as institutional sales of goods and services" to be treated as miscellaneous provincial revenue.

This was an action (under section 19 of what was then the *Federal Court Act*) by the Attorney General of Quebec (Quebec) challenging the 1994 rejection, by Canada's Minister of Finance (the Minister), of its application for a stabilization payment for its revenue for the 1991-1992 fiscal year (the application). The application was rejected on the basis that Quebec was ineligible for the Revenue Stabilization Program (the Program) set out in the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act* and the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Regulations*.

Under the Program, a province may receive a monetary payment from the federal government if its revenue subject to stabilization in a fiscal year (the reference year) has decreased from the previous year. However, pursuant to paragraph

compte, par le ministre, de la baisse des revenus d'intérêts cotisés sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et des corporations et de la baisse des revenus de la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires.

Interprétation des lois — Une action intentée en vertu de l'art. 19 de la Loi sur la Cour fédérale, qui confère à la Cour fédérale une compétence sur les contestations entre le Canada et une province; prend la forme d'un procès de novo plutôt que d'un contrôle judiciaire — Les contestations en l'espèce avaient trait aux corrections apportées à la demande de paiement de stabilisation des revenus du demandeur en application de la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé (la Loi) et du Règlement de 1987 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces (le Règlement) — Interprétation des termes « changement » et « structure » qui se trouvent à l'art. 6 de la Loi et à l'art. 12(1)b du Règlement — La modification apportée à la Loi concernant l'impôt sur la vente au détail pour que la taxe de vente du Québec s'applique à la taxe sur les produits et services constitue un changement à la structure de l'un des mécanismes de prélèvement du Québec — Il n'y a aucune ambiguïté à l'art. 5(1)(ee)(vii) du Règlement — L'assiette de revenus provinciaux divers comprend les revenus d'intérêts provenant de toutes taxes — Pour l'application du Programme de stabilisation des revenus, les impôts cotisés ne couvrent pas les intérêts sur ces impôts — De plus, l'art. 5(1)(ee)(vi) du Règlement précise clairement que « les revenus classés par Statistique Canada comme revenus provenant de la vente de biens et services par une institution » doivent être considérés comme des revenus provinciaux divers.

Il s'agissait d'une action intentée (en vertu de l'article 19 de ce qui était alors la *Loi sur la Cour fédérale*) par le procureur général du Québec (le Québec) pour contester le rejet, en 1994, par le ministre des Finances du Canada (le ministre), de sa demande de paiement de stabilisation de ses revenus pour l'exercice 1991-1992 (la demande). La demande a été rejetée au motif que le Québec était inadmissible au Programme de stabilisation des revenus (le programme) prévu par la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé* (la Loi) et le *Règlement sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces* (le Règlement).

Selon le programme, une province peut recevoir un paiement monétaire du gouvernement fédéral si son revenu sujet à stabilisation d'une année fiscale (l'année de référence) a diminué comparativement à l'année fiscale précédente.

12(1)(b) of the Regulations, the decrease must not be due to changes in the rates or structure of the province's own taxes or other modes of raising revenue. A province's "revenue subject to stabilization", which is defined in subsection 6(2) of the Act, is therefore adjusted pursuant to paragraph 6(1)(b) so as to offset such changes.

Quebec's ineligibility resulted from certain adjustments made by the Minister to the application as a result of which Quebec's revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year was higher than for the 1990-1991 fiscal year. More specifically, the Minister rejected deductions by Quebec from six sources of provincial real revenue subject to stabilization on the basis that the real revenue had changed because of Quebec's efforts. The sources in question were: (1) revenue from the application of the Quebec Sales Tax (QST) on the Goods and Services Tax (GST); (2) an increased mark-up of the Société des alcools du Québec (SAQ); (3) an increased mark-up of the Société des loteries et courses du Québec (Loto-Québec); (4) the cancellation of the 1987 Canada-Quebec fiscal reciprocity agreement and the coming into effect of the Canada-Quebec reciprocity protocol; (5) interest revenue on Quebec personal and corporate taxes assessed; and (6) revenue from the Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (SOQUIA). Quebec argued that the Minister's adjustments stemmed from the misinterpretation and misapplication of subsections 6(1) of the Act (which sets out the method for calculating stabilization payments) and 12(1) of the Regulations (which sets out the method for adjusting revenue in the reference year). It sought declarations pertaining to how the six above-mentioned sources of revenue should be considered under the Act and Regulations, and requested that the Minister reconsider its application in light of these findings.

The issues were set out by consent in an order of Hugessen J. dated September 5, 2001. They pertained to the Minister's findings with respect to the six above-mentioned sources of revenue. The solution to the questions raised depended largely on the interpretation of certain key words appearing in section 6 of the Act and section 12 of the Regulations, in particular "resulting from changes made by the province in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising the revenue of the province", and the phrase "miscellaneous provincial taxes and revenues" in the definition of "revenue source".

Cependant, suivant l'alinéa 12(1)b) du Règlement, la baisse ne doit pas être attribuable à des changements dans les taux ou la structure des impôts de la province ou un autre mécanisme de prélèvement. Le « revenu sujet à stabilisation », qui est défini au paragraphe 6(2) de la Loi, est donc ajusté conformément à l'alinéa 6(1)b) pour annuler l'impact de ces changements.

L'inadmissibilité du Québec était attribuable à certains ajustements apportés par le ministre à la demande du Québec, ajustements à la suite desquels le revenu du Québec sujet à stabilisation pour l'exercice 1991-1992 était plus élevé que celui de l'exercice 1990-1991. Plus particulièrement, le ministre a refusé de reconnaître les soustractions du Québec provenant de six sources de revenus réels sujets à stabilisation de la province au motif que le revenu réel avait changé en raison des efforts du Québec. Les sources en cause étaient : 1) les revenus provenant de l'application de la taxe de vente du Québec (TVQ) sur la taxe sur les produits et services (TPS); 2) l'augmentation de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec (SAQ); 3) l'augmentation de la marge bénéficiaire de la Société des loteries et courses du Québec (Loto-Québec); 4) l'annulation de l'accord Canada- Québec sur la réciprocité fiscale de 1987 et l'entrée en vigueur du protocole Canada-Québec de réciprocité fiscale; 5) les revenus d'intérêts sur les impôts sur le revenu des particuliers et des corporations; et 6) les revenus de la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (SOQUIA). Le Québec a soutenu que les ajustements apportés par le ministre sont le résultat d'une mauvaise interprétation et application des paragraphes 6(1) de la Loi (qui établit la méthode de calcul des paiements de stabilisation) et 12(1) du Règlement (qui prescrit la méthode de correction des revenus de l'année de référence). Il a demandé des déclarations quant à la façon dont les six sources de revenu susmentionnées doivent être considérées en vertu de la Loi et du Règlement, et que le ministre reconsidère la demande du Québec en tenant compte de ces conclusions.

Les points en litige ont été énoncés, par consentement, dans une ordonnance du juge Hugessen en date du 5 septembre 2001. Ils avaient trait aux conclusions du ministre relativement aux six sources de revenu susmentionnées. La solution aux questions soulevées dépendait grandement de l'interprétation de certains mots-clés qui paraissent à l'article 6 de la Loi et à l'article 12 du Règlement, notamment la phrase « résultant de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux, soit des autres mécanismes de prélèvement sur le revenu de la province », ainsi que de l'expression « revenus et impôts provinciaux divers », qui se trouve dans la définition de « source de revenu ».

Held, the declarations sought should be granted in part.

An analysis of the historical development of section 19 of the *Federal Court Act*, which confers jurisdiction on the Federal Court in cases of controversies between Canada and a province, revealed that the nature of this jurisdiction is in the form of a trial *de novo* rather than judicial review. The Minister's six determinations had to be reviewed based on the evidence admitted at trial without the constraint associated with standards of review applicable to judicial review proceedings and without being bound by the rule of inadmissibility of evidence that was not before the decision maker. New evidence could be filed as long as it existed before the Minister rendered his decision.

Prior to the coming into force of the GST, the QST taxed the old federal sales tax (FST) because the latter, an indirect tax, was hidden in the retail selling price paid by the consumer. The GST on the other hand is a direct tax imposed on the purchase price at retail. To ensure that the QST applied to the purchase price plus the GST, Quebec amended the definition of "sale price" in its *Retail Sales Tax Act* (RSTA) to specifically mention the GST so that the latter would be included in the QST base. The Minister found that this amendment was not a change made by Quebec to its tax structure within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and subparagraph 12(1)(b)(i) of the Regulations (the introduction of, *inter alia*, a new tax).

Applying the construction of statutes principles set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)* to the Act and Regulations, and in particular to the words "change" and "structure" found in paragraph 12(1)(b) of the Regulations, in its ordinary and grammatical sense, the amendment of the RSTA to allow the application of the QST on the GST represented a change in the structure of one of Quebec's modes of raising revenue. Quebec was therefore entitled to the declaration sought, i.e. that the amendment to the RSTA is a change to Quebec's fiscal structure that the Minister should take into account in calculating Quebec's stabilization payment application.

When it was announced that the FST had been terminated and the GST had come into effect, the SAQ revised its mark-up structure upward in order to maintain its earnings and the dividend level of its shareholder, the Quebec Minister of Finance. Quebec therefore made an adjustment to the 1991-1992 real revenue from its sales through the SAQ to reflect the financial impact resulting from the increase in the mark-up. However, the Minister concluded that the evidence presented by Quebec did not show any increase in the SAQ's

Jugement : les déclarations recherchées doivent être émises en partie.

Il ressort d'une étude de l'évolution historique de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui confère à la Cour fédérale une compétence sur les contestations entre le Canada et une province, que la nature de cette compétence prend la forme d'un procès *de novo* plutôt que d'un contrôle judiciaire. Les six déterminations du ministre devaient être revues sur la base de la preuve admise au procès sans contrainte associée aux normes de contrôle applicables aux recours en contrôle judiciaire et sans contrainte associée à la règle de l'irrecevabilité de la preuve qui n'était pas devant le décideur. De nouveaux éléments de preuve pouvaient être produits dans la mesure où ils existaient avant la décision du ministre.

Avant l'entrée en vigueur de la TPS, la TVQ taxait l'ancienne taxe de vente fédérale (la TVF) parce que celle-ci, une taxe indirecte, était cachée dans le prix de vente au détail payé par le consommateur. La TPS, elle, est une taxe directe qui est imposée sur le prix d'achat au détail. Pour s'assurer que la TVQ s'appliquait au prix d'achat et à la TPS, le Québec a modifié la définition de « prix de vente » de sa *Loi concernant l'impôt sur la vente au détail* (LIVD) pour spécifiquement faire mention de la TPS afin que celle-ci soit comprise dans l'assiette de la TVQ. Le ministre a déclaré que ce changement ne constituait pas un changement apporté par le Québec à sa structure fiscale au sens de l'alinéa 6(1)(b) de la Loi et du sous-alinéa 12(1)(b)(i) du Règlement (l'introduction, entre autres, d'une nouvelle taxe).

En appliquant les principes d'interprétation des lois énoncés dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)* à la Loi et au Règlement, notamment aux termes « changement » et « structure » qui se trouvent à l'alinéa 12(1)(b) du Règlement, en suivant leur sens ordinaire et grammatical, la modification de la LIVD pour permettre l'application de la TVQ sur la TPS représentait un changement dans la structure de l'un des modes de prélèvement du Québec. Le Québec avait donc droit à la déclaration recherchée, soit que la modification de la LIVD constitue un changement à la structure fiscale du Québec dont le ministre doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du Québec.

Devant l'annonce de l'abolition de la TVF et de l'entrée en vigueur de la TPS, la SAQ a révisé à la hausse sa structure de majoration afin de maintenir ses bénéfices et le niveau de dividende à son actionnaire, le ministre des Finances du Québec. Par conséquent, le Québec a apporté une correction aux revenus réels de 1991-1992 provenant des produits vendus par la SAQ pour refléter l'impact financier découlant de l'augmentation de la marge de bénéfice. Cependant, le ministre a conclu que la preuve apportée par le Québec ne

mark-up within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations.

Canada argued that Quebec had to show that prior to the year of the application, the province had legislated an increase in the SAQ's mark-up. According to Canada, the formula used by Quebec to establish such an increase resulted in an *ex post facto* rate which was not a valid means of showing an increase legislated by the SAQ to increase its mark-up.

The evidence presented by Quebec showed that the SAQ had decided on a new mark-up structure before the coming into force of the GST. Quebec was therefore entitled to a declaration that the increased mark-up of the SAQ for the 1991-1992 fiscal year is an increase in the mark-up of goods sold to the public by that agency within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations that the Minister should take into account in calculating Quebec's application.

Quebec included lottery revenue in its application, but made an adjustment for the 1991-1992 fiscal year, deducting what it determined to be the impact of the increase in the mark-up on lottery tickets sold to the public by Loto-Québec. The Minister did not take this adjustment into account. He found that the increased mark-up rate was not an increase in the mark-up of goods sold to the public within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations.

New evidence was submitted showing that for each lottery identified there was an *a priori* intention by the Loto-Québec board of directors to increase the mark-up on each product before the product was sold to the public. The conclusions that applied to the SAQ also applied to Loto-Québec. Quebec was entitled to a declaration that the increased mark-up of Loto-Québec is an increase in the mark-up on goods sold to the public by that agency within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations that the Minister should take into account in calculating Quebec's application.

In its application, Quebec sought to take into account the decrease in its QST revenue resulting from the cancellation of the 1987 Canada-Quebec fiscal reciprocity agreement (the 1987 agreement), which was replaced by a fiscal reciprocity protocol in December 1990 (the 1990 agreement). Under the

faisait état d'aucune augmentation de la marge de bénéfice de la SAQ au sens de l'alinéa 6(1)(b) de la Loi et du sous-alinéa 12(1)(b)(viii) du Règlement.

Le Canada a soutenu que le Québec devait démontrer que la province avait, avant l'année de la demande, légiféré une augmentation de la marge de bénéfice de la SAQ. Selon le Canada, la formule utilisée par le Québec pour établir cette hausse a donné lieu à un taux *ex post facto* qui n'était pas valable pour démontrer une augmentation légiférée par la SAQ afin d'augmenter sa marge de bénéfice.

La preuve soumise par le Québec démontrait que la SAQ avait adopté une nouvelle structure de majoration avant l'entrée en vigueur de la TPS. Par conséquent, le Québec avait droit à une déclaration précisant que l'augmentation de la marge bénéficiaire de la SAQ pour l'exercice 1991-1992 constitue une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'alinéa 6(1)(b) de la Loi et du sous-alinéa 12(1)(b)(viii) du Règlement dont le ministre doit tenir compte dans son calcul de la demande du Québec.

Le Québec a inclus les revenus de loteries dans sa demande, mais y a apporté une correction pour l'exercice 1991-1992, soustrayant la somme qu'il a déterminé être l'impact de l'augmentation de la marge de bénéfice sur les loteries vendues au public par Loto-Québec. Le ministre n'a pas tenu compte de cette correction. Il a conclu que l'augmentation du taux de la marge de bénéfice ne correspondait pas à une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public au sens de l'alinéa 6(1)(b) de la Loi et du sous-alinéa 12(1)(b)(viii) du Règlement.

De nouveaux éléments de preuve ont été produits pour démontrer que pour chaque loterie identifiée il y avait une volonté *a priori* du conseil d'administration de Loto-Québec d'augmenter la marge de bénéfice sur chaque produit avant que ce produit ne soit vendu au public. Les conclusions qui s'appliquaient à la SAQ s'appliquaient aussi à Loto-Québec. Le Québec avait droit à une déclaration précisant que l'augmentation de la marge bénéficiaire de Loto-Québec constitue une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'alinéa 6(1)(b) de la Loi et du sous-alinéa 12(1)(b)(viii) du Règlement dont le ministre doit tenir compte dans son calcul de la demande du Québec.

Dans sa demande, le Québec a voulu tenir compte de la baisse de ses revenus provenant de la TVQ résultant de la résiliation de l'accord de réciprocité fiscale Canada-Québec de 1987 (l'accord de 1987), qui a été remplacé par un protocole d'accord de réciprocité fiscale en décembre 1990 (l'accord de

1987 agreement, Canada undertook to remit to the Government of Quebec the QST on purchases made by its departments and designated Crown corporations. Quebec, in return, undertook to remit to Canada the FST from its purchases and those of its designated Crown corporations. The Minister refused to recognize the adjustment made by Quebec on the ground that the revocation of the 1987 agreement was the result of a change made by Quebec within the meaning of the Act and Regulations.

A fiscal reciprocity agreement is not a mode of raising revenue within the meaning of section 12 of the Regulations because it cannot be implemented unilaterally or independently of Canada's wishes. Also, revenue from fiscal agreements is not excluded from revenue subject to stabilization in paragraph 6(1)(b) of the Act, and the source of the revenue from the 1987 agreement is the sales tax to which paragraph (d) of the definition "revenue source" in subsection 4(2) of the Act applies. Quebec was entitled to a declaration that the revenue decrease from the retail sales tax which results from the coming into force of the 1990 fiscal reciprocity agreement is not a change made by Quebec in the structure of a mode of raising revenue of the province within the meaning of paragraphs 6(1)(b) of the Act and 12(1)(a) of the Regulations and should be taken into account by the Minister in calculating Quebec's revenue subject to stabilization.

In its application, Quebec included the decrease in revenue from interest assessed on personal and corporate taxes in its calculation of revenue subject to stabilization. The Minister refused to take this decrease into account on the basis that it was miscellaneous revenue excluded from the calculation of revenue subject to stabilization.

There is no ambiguity in the Regulations. Parliament's intention was to include in the provincial miscellaneous revenue base revenue from interest derived from all taxes. The concepts of taxes assessed and interest assessed are separate, leading to the conclusion that for the purposes of the Program taxes assessed do not cover interest on those taxes. Quebec was not entitled to a declaration that the decrease in interest revenue it received on taxes levied on personal income and corporate income should be taken into account by the Minister in calculating Quebec's revenue subject to stabilization.

Quebec included in its application the decreased dividend received from SOQUIA in 1991-1992. The Minister did not take this decrease into account because he determined that SOQUIA profits were classified by Statistics Canada as

1990). Selon l'accord de 1987, le Canada s'engageait à remettre au gouvernement du Québec la TVQ sur les achats effectués par ses ministères et sociétés d'État désignées. En contrepartie, le Québec s'engageait à remettre au Canada la TVF provenant de ses achats et ceux de ses sociétés d'État désignées. Le ministre a refusé de reconnaître l'ajustement apporté par le Québec au motif que la révocation de l'accord de 1987 était le résultat d'un changement fait par le Québec au sens de la Loi et du Règlement.

Un accord de réciprocité fiscale n'est pas un mécanisme de prélèvement au sens de l'article 12 du Règlement parce qu'il ne peut pas être mis en application unilatéralement ou indépendamment de la volonté du Canada. En outre, les revenus provenant des accords fiscaux ne sont pas exclus du revenu sujet à stabilisation à l'alinéa 6(1)b) de la Loi, et la source des revenus provenant de l'accord de 1987 est celle de la taxe de vente visée par l'alinéa d) de la définition de « source de revenu » au paragraphe 4(2) de la Loi. Le Québec avait droit à une déclaration précisant que la baisse des revenus provenant de la taxe sur les ventes au détail qui résulte de l'entrée en vigueur de l'accord de réciprocité fiscale de 1990 ne constitue pas un changement fait par le Québec dans la structure de mécanismes de prélèvement de la province au sens des alinéas 6(1)b) de la Loi et 12(1)a) du Règlement et doit être pris en compte par le ministre dans le calcul du revenu sujet à stabilisation du Québec.

Dans sa demande, le Québec a inclus la baisse des revenus d'intérêts cotisés sur les impôts cotisés des particuliers et des corporations dans son calcul des revenus sujets à stabilisation. Le ministre a refusé de tenir compte de cette baisse au motif qu'il s'agissait de revenus divers exclus du calcul du revenu sujet à stabilisation.

Il n'y a aucune ambiguïté dans le Règlement. L'intention du législateur était d'inclure dans l'assiette de revenus provinciaux divers les revenus d'intérêts provenant de toutes taxes. Les notions d'impôts cotisés et d'intérêts cotisés sont distinctes, menant à la conclusion que pour les fins du programme les impôts cotisés ne couvrent pas les intérêts sur ces impôts. Le Québec n'avait pas droit à une déclaration précisant que la baisse des revenus d'intérêts perçus par le Québec sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et sur le revenu des corporations doit être prise en compte par le ministre dans le calcul du revenu sujet à stabilisation du Québec.

Le Québec a inclus dans sa demande la baisse du dividende reçu de la SOQUIA en 1991-1992. Le ministre n'a pas tenu compte de cette baisse parce qu'il a déterminé que les bénéficiaires de la SOQUIA étaient classés par Statistique Canada

“miscellaneous provincial taxes and revenues”, and thus were specifically excluded from the revenue subject to stabilization.

The purpose of section 5 of the Regulations is to define and give substance to the concept of “miscellaneous provincial taxes and revenues”. In subparagraph 5(1)(ee)(vi) of the Regulations, Parliament clearly stated that “revenues classified by Statistics Canada as institutional sales of goods and services” should be treated as miscellaneous provincial revenue. That was the case with SOQUIA in 1994 when the Quebec application was considered. Quebec was therefore not entitled to a declaration that revenue from SOQUIA is revenue from a business enterprise within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and subparagraph 5(1)(b)(ii) of the Regulations that the Minister should take into account in calculating Quebec’s revenue subject to stabilization.

comme des « revenus provinciaux divers » et étaient donc spécifiquement exclus du revenu sujet à stabilisation.

Le but de l’article 5 du Règlement est de définir ou d’ étoffer la notion de « revenus et impôts provinciaux divers ». Au sous-alinéa 5(1)(ee)(vi) du Règlement, le législateur s’est clairement exprimé à l’effet que « les revenus classés par Statistique Canada comme revenus provenant de la vente de services par une institution » doivent être considérés comme des revenus provinciaux divers. Tel était le cas de la SOQUIA en 1994 lors de l’étude de la demande du Québec. En conséquence, le Québec n’avait pas droit à une déclaration précisant que les revenus de la SOQUIA sont des revenus d’une entreprise commerciale au sens de l’alinéa 6(1)(b) de la Loi et du sous-alinéa 5(1)(b)(ii) du Règlement dont le ministre doit tenir compte dans son calcul du revenu sujet à stabilisation du Québec.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act respecting the Supreme Court of Canada and the Exchequer Court of Canada*, S.Q. 1906, c. 6, ss. 1, 2, 3.
An Act to amend the Retail Sales Tax Act and other fiscal legislation, S.Q. 1990, c. 60.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 5(F)).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 125.
Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, ss. 40 (as am. by S.O. 1987, c. 30, s. 4), 40a(1a) (as enacted by S.O. 1981, c. 22, s. 2; 1987, c. 30, s. 5).
Exchequer Court Act, R.S.C. 1906, c. 140, s. 32.
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 19.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 26), 19, 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 19 (as am. *idem*, s. 28).
Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act, R.S.C., 1985, c. F-8, s. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 17, s. 45).
Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act, R.S.C., 1985, c. F-8, ss. 4(2) “revenue source”, 5, 6 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 11, s. 5).
Federal-Provincial Fiscal Arrangements Regulations, 1987, SOR/87-240, ss. 5(1)(as am. by SOR/91-147, s. 1), (2), 12(1), 13(1), 17.
Federal-Provincial Tax-Sharing Arrangements Act, S.C.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, [1948] R.T. Can. n° 31.
Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier, S.C. 1875, ch. 11, art. 54.
Acte des cours Suprême et de l’Échiquier, S.R.C. 1886, ch. 135, art. 72.
Loi concernant la Cour suprême du Canada et la Cour de l’échiquier du Canada, S.Q. 1906, ch. 6, art. 1, 2, 3.
Loi concernant l’impôt sur la vente en détail, L.R.Q., ch. I-1, art. 2(7) « prix de vente » (mod. par L.Q. 1990, ch. 60, art. 1).
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 125.
Loi de la cour de l’Échiquier, S.R.C. 1906, ch. 140, art. 32.
Loi modifiant la Loi concernant l’impôt sur la vente en détail et d’autres dispositions législatives d’ordre fiscal, L.Q. 1990, ch. 60.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 18 (mod., *idem*, art. 26), 19, 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 19.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 5(F)).
Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. (1985), ch. E-15.
Loi sur les arrangements entre le Canada et les provinces relativement au partage d’impôts, S.C. 1956, ch. 29.
Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement

1956, c. 29.
General Agreement on Tariffs and Trade, October 30, 1947, [1948] Can. T.S. No. 31.
Retail Sales Tax Act, R.S.Q., c. I-1, s. 2(7) “sale price” (as am. by S.Q. 1990, c. 60, s. 1).
Supreme and Exchequer Court Act (The), S.C. 1875, c. 11, s. 54.
Supreme and Exchequer Courts Act (The), R.S.C. 1886, c. 135, s. 72.
Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, s. 1039.

fédéral et les provinces, L.R.C. (1985), ch. F-8, art. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 17, art. 45).
Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé, L.R.C. (1985), ch. F-8, art. 4(2) « source de revenu », 5, 6 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 11, art. 5).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 19 (mod., *idem*, art. 28).
Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 1039.
Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 40 (mod. par L.O. 1987, ch. 30, art. 4), 40a(1a) (édicte par L.O. 1981, ch. 22, art. 2; 1987, ch. 30, art. 5).
Règlement de 1987 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, DORS/87-240, art. 5(1) (mod. par DORS/91-147, art. 1), (2), 12(1), 13(1), 17.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

CONSIDERED:

Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada (1907), 39 S.C.R. 14; *Ontario, Province of v. Dominion of Canada* (1909), 42 S.C.R. 1; *Canada (Dominion of) v. Ontario (Province of)*, [1910] A.C. 637 (P.C.); *R. (Canada) v. R. (P.E.I.)*, [1978] 1 F.C. 533; (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 477; 83 D.L.R. (3d) 492; 33 A.P.R. 477; 20 N.R. 91(C.A.); revg [1976] 2 F.C. 712; (1976), 66 D.L.R. (3d) 465 (T.D.).

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, “change”.
Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993, “changement”, “structure”.
Trésor de la langue française: dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle. Paris: Édition du Centre national de la recherche scientifique, 1986, “changement”, “structure”.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada (1907), 39 R.C.S. 14; *Ontario, Province of v. Dominion of Canada* (1909), 42 R.C.S. 1; *Canada (Dominion of) v. Ontario (Province of)*, [1910] A.C. 637 (P.C.); *R. (Canada) c. R. (Î.-P.-É.)*, [1978] 1 C.F. 533 (C.A.); inf. [1976] 2 C.F. 712 (1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

Black's Law Dictionary, 8^e éd. St. Paul, Minn.: West, 2004, « change ».
Le Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1993, « changement », « structure ».
Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle. Paris : Édition du Centre national de la recherche scientifique, 1986, « changement », « structure ».

ACTION under section 19 of the *Federal Court Act* challenging the rejection of the plaintiff's application for a stabilization payment under the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act* and the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Regulations, 1987*, and seeking certain declarations pertaining to that application. Declarations granted in part.

ACTION intentée en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour contester le rejet de la demande de paiement de stabilisation des revenus du demandeur en vertu de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé* et le *Règlement de 1987 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, et demander certaines déclarations ayant trait à cette demande. Déclarations accordées en partie.

APPEARANCES:

Réal A. Forest, Dominique Gibbens, Stéphanie Lavallée and Bertrand Roy for plaintiff.
Raynold Langlois, Chantal Chatelain and Delbie Desharnais for defendant.

ONT COMPARU :

Réal A. Forest, Dominique Gibbens, Stéphanie Lavallée et Bertrand Roy pour le demandeur.
Raynold Langlois, Chantal Chatelain et Delbie Desharnais pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for plaintiff.
Langlois Kronström Desjardins, Montréal, for defendant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour le demandeur.
Langlois Kronström Desjardins, Montréal, pour la défenderesse.

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

Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par

LEMIEUX J.:

LE JUGE LEMIEUX :

1. Introduction

[1] Pursuant to the provisions of section 19 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], the Attorney General of Quebec (Quebec) is challenging by means of an action brought against Her Majesty the Queen in right of Canada (Canada) on October 17, 1995, the decision on November 29, 1994 (the decision) by the Minister of Finance of Canada (the Minister) rejecting Quebec's application on September 28, 1993, for a stabilization payment for its revenue for the fiscal year 1991-1992. In that decision the Minister determined that Quebec was not eligible for the Revenue Stabilization Program (the Program) [or Stabilization Program] set out in the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions*

1. Introduction

[1] En vertu des dispositions de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], le procureur général du Québec (le Québec), au moyen d'une action intentée le 17 octobre 1995 contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada (le Canada), conteste la décision du 29 novembre 1994 (la décision) du ministre des Finances du Canada (le ministre), refusant la demande du Québec en date du 28 septembre 1993 d'un paiement de stabilisation de ses revenus pour l'exercice financier 1991-1992. Dans cette décision, le ministre a déterminé que le Québec était inadmissible au Programme de stabilisation des revenus (le Programme) [ou Programme de stabilisation], prévu par la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et*

Act, R.S.C., 1985, c. F-8 (the Act) and by its implementing regulations, the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Regulations*, 1987, SOR/87-240 (the Regulations), as amended and in effect in the fiscal year 1991-1992.

[2] In Canada's submission, this ineligibility for the Program was due to certain adjustments made by the Minister to Quebec's application, as a result of which Quebec's revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year, according to the latter, was higher than for the 1990-1991 fiscal year.

[3] In 1994 section 19 of the *Federal Court Act* [now the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] read:

19. Where the legislature of a province has passed an Act agreeing that the Court, whether referred to in that Act by its present name or by its former name of the Exchequer Court of Canada, has jurisdiction in cases of controversies

(a) between Canada and such province, or

(b) between that province and any other province or provinces that have passed a like Act,

the Court has jurisdiction to determine the controversies and the Trial Division shall deal with any such matter in the first instance. [Emphasis added.]

[4] It should be mentioned that the action at bar relates only to six sources or classes of provincial revenue and the adjustments made by the Minister, rejecting the corrections by Quebec to the real revenue for the fiscal year 1991-1992, from the following sources:

- Retail sales —revenue from application of the Quebec Sales Tax (QST) on the federal Goods and Services Tax (GST) in effect on January 1, 1991. Federal adjustment: + \$168,248,000.

les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé, L.R.C. (1985), ch. F-8 (la Loi) ainsi que par son Règlement d'application, le *Règlement de 1987 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, DORS/87-240 (le Règlement), tels que modifiés et en vigueur durant l'exercice financier 1991-1992.

[2] Selon le Canada, cette inadmissibilité au Programme est due à certains ajustements apportés par le ministre à la demande du Québec, ajustements à la suite desquels le revenu du Québec sujet à stabilisation pour l'exercice financier 1991-1992, selon celui-ci, était plus élevé que celui de l'exercice financier 1990-91.

[3] En 1994, l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* [maintenant la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] se lisait :

19. Lorsque l'assemblée législative d'une province a adopté une loi reconnaissant sa compétence en l'espèce, qu'elle y soit désignée sous son nouveau nom ou celui de Cour de l'échiquier du Canada, la Cour fédérale est saisie des cas de litige :

a) entre le Canada et cette province;

b) entre cette province et une ou plusieurs autres provinces ayant adopté une loi semblable.

C'est la Section de première instance qui connaît de ces affaires. [Je souligne.]

[4] Il convient de mentionner que le présent recours ne vise que six sources ou catégories de revenu provincial et les ajustements apportés par le ministre, refusant les corrections du Québec à leurs revenus réels pour l'exercice financier de 1991-1992, provenant des sources qui suivent :

- Ventes au détail—revenus provenant de l'application de la Taxe de vente québécoise (TVQ) sur la Taxe sur les produits et services (TPS) en vigueur le 1^{er} janvier 1991. Ajustement fédéral + 168 248 000 \$;

- Alcoholic beverages—increased mark-up of the Société des alcools du Québec (SAQ). Federal adjustment: + \$105,390,000.
- Lotteries—increased mark-up of Loto-Québec [Société des loteries et courses du Québec]. Federal adjustment: + \$11,927,637.
- Retail sales—cancellation of 1987 Canada-Quebec fiscal reciprocity agreement and coming into effect of Canada-Quebec protocol on January 1, 1991. Federal adjustment: + \$36,456,000.
- Quebec personal and corporate taxes—interest revenue on Quebec taxes assessed. Federal adjustment: + \$20,429,000.
- Revenue from public undertakings—the Société québécoise d’initiatives agro-alimentaires (SOQUIA). Federal adjustment: + \$3,000,000.
- Boissons alcooliques—l’augmentation de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec (SAQ). Ajustement fédéral : + 105 390 000 \$;
- Loteries—l’augmentation de la marge bénéficiaire de Loto-Québec [Société des loteries et courses du Québec]. Ajustement fédéral : + 11 927 637 \$;
- Ventes au détail—l’annulation de l’accord Canada-Québec sur la réciprocité fiscale de 1987 et l’entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991 du protocole Canada-Québec. Ajustement fédéral : + 36 456 000 \$;
- Impôts du Québec sur les particuliers et les corporations—revenus d’intérêt sur les impôts québécois cotisés. Ajustement fédéral : + 20 429 000 \$;
- Revenus d’entreprises publiques—la Société québécoise d’initiatives agro-alimentaires (SOQUIA). Ajustement fédéral : + 3 000 000 \$.

[5] Quebec argued that the adjustments made to Quebec revenue subject to stabilization by the Minister for the 1991-1992 fiscal year, from these six sources, were the result of a misinterpretation and misapplication of subsections 6(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 11, s. 5] of the Act and 12(1) of the Regulations, and that their effect was to deprive Quebec of a stabilization payment of some \$126,000,749.

[6] Quebec did not dispute either the basic data or the calculations made by the Minister of Finance’s officials in Ottawa. Instead, it is asking this Court in the action at bar to issue certain declarations on the six items at issue. In particular, Quebec is asking that this Court declare how these six items should be considered under the Act and Regulations, and that the Minister should reconsider Quebec’s application taking this Court’s findings on these items into account. In other words, therefore, Quebec is asking the Court to limit itself to issuing declarations on points of law and to refer determination of the quantum of the claim back to the Minister for him to review the matter in light of the directions given by the Court.

[5] Le Québec prétend que les ajustements apportés par le ministre sujet à stabilisation pour l’année fiscale 1991-1992, provenant de ces six sources, sont le résultat d’une mauvaise interprétation et application des paragraphes 6(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 11, art. 5] de la Loi et 12(1) du Règlement et qu’ils sont à l’effet de priver le Québec d’un paiement de stabilisation s’élevant à 126 000 749 \$.

[6] Le Québec ne conteste ni les données de base ni les calculs effectués par les fonctionnaires du ministre des Finances à Ottawa. Dans le cadre du présent recours, il demande plutôt à cette Cour d’émettre certaines déclarations relativement aux six éléments en litige. Plus précisément, le Québec requiert de cette Cour qu’elle déclare de quelles façons ces six éléments doivent être considérés aux termes de la Loi et du Règlement, et que le ministre doit reconsidérer la demande du Québec en tenant compte des conclusions de cette Cour quant à ces éléments. Autrement dit, le Québec demande donc à la Cour de se limiter à émettre des déclarations sur des points de droit et de retourner la détermination du quantum de la réclamation au ministre pour qu’il reconsidère le dossier à la lumière des directives formulées par la Cour.

[7] Quebec's approach has a great deal of merit. As we will see, the Act and Regulations require that the Province's real revenue for 1991-1992, from a source of revenue subject to stabilization, shall be adjusted upward or downward to offset the financial impact of each change made by the Province to its tax rates or structure.

[8] Identifying the financial impact of a change made by the Province to its tax rates or modes of raising revenue is a somewhat complex exercise based on projections of what the real revenue would have been without the change. The declarations sought by Quebec recognize the Minister's jurisdiction in this area, as the Court has received no evidence on the financial impact of each declaration sought.

[9] In other words, Quebec is not asking this Court to rule on the monetary amount to which Quebec may be entitled for each of the six disputed items.

[10] The declarations sought are the following:

DECLARE THAT the legislative amendment made by Quebec by adoption of the *Act to Amend the Retail Sales Tax Act and other fiscal legislation*, S.Q. 1990, c. 60, to enable the QST to be applied to the GST, is a change made by Quebec to its fiscal structure within the meaning of section 6(1)(b) of the Fiscal Arrangements Act and section 12(1)(b)(i) of the 1987 Regulations, which the Minister of Finance of Canada should take into account in calculating the stabilization payment application by the Government of Quebec for the 1991-1992 fiscal year;

DECLARE THAT the increased mark-up of the Société des alcools du Québec (SAQ) for the 1991-1992 fiscal year is an increase in the mark-up on goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(b)(viii) of the *1987 Regulations*, which the Minister of Finance of Canada should take into account in calculating the stabilization payment application by the Government of Quebec for the 1991-1992 fiscal year;

DECLARE THAT the revenue decrease from the retail sales tax for the 1991-1992 fiscal year which results from the coming into force on January 1, 1991 of the protocol on fiscal reciprocity between Canada and Quebec signed on December

[7] L'approche du Québec a beaucoup de mérite. Comme nous le verrons, la Loi et le Règlement exigent que les revenus réels de la province pour 1991-1992, provenant d'une source de revenus sujets à stabilisation, soient corrigés, à la hausse ou à la baisse, afin d'annuler l'impact financier de chaque changement fait par la province à ses taux ou à sa structure fiscale.

[8] Isoler l'impact financier d'un changement fait par la province à ses taux ou mécanismes de prélèvement est un exercice d'une certaine complexité basé sur des projections de ce que les revenus réels auraient été sans le changement. Les déclarations recherchées par le Québec respectent la compétence du ministre dans ce domaine, la Cour n'ayant reçu aucune preuve sur l'impact financier de chaque déclaration recherchée.

[9] En d'autres mots, le Québec ne demande pas à cette Cour de statuer sur le montant financier auquel le Québec aurait droit relativement à chacun des six éléments contestés.

[10] Les déclarations recherchées sont les suivantes :

DÉCLARE QUE la modification législative effectuée par le Québec par l'adoption de la *Loi modifiant la Loi concernant l'impôt sur la vente au détail et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q., 1990, c. 60, aux fins de permettre l'application de la TVQ sur la TPS, constitue un changement apporté par le Québec à sa structure fiscale au sens de l'article 6(1)b) de la Loi sur les arrangements fiscaux et de l'article 12(1)b)(i) du Règlement de 1987, dont le ministre des Finances du Canada doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du gouvernement du Québec pour l'exercice 1991-1992;

DÉCLARE QUE l'augmentation de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec (SAQ) pour l'exercice 1991-1992, constitue une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'article 6(1)b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l'article 12(1)b)(viii) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances du Canada doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du gouvernement du Québec pour l'exercice 1991-1992;

DÉCLARE QUE la baisse des revenus provenant de la taxe sur les ventes au détail pour l'exercice 1991-1992 qui résulte de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1991, du Protocole d'accord de réciprocité fiscale intervenu entre le Canada et le

21, 1990 is not a change made by Quebec in the structure of a mode of raising revenue of the province within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(a) of the *1987 Regulations* [and] should be taken into account by the Minister of Finance of Canada in calculating the revenue subject to stabilization for that fiscal period;

DECLARE THAT the decrease in interest revenue received by Quebec on taxes levied on personal income and corporate income, which are a source of revenue within the meaning of section 4(2)(a) and (b) of the *Fiscal Arrangements Act* and are not covered by the definition of “miscellaneous revenue” set out in section 4(2)(ff) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 5(1)(ee)[vii] [sic] of the *1987 Regulations*, should be taken into account by the Minister of Finance of Canada in calculating the revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year;

DECLARE THAT the increased mark-up of the Société des alcools du Québec (SAQ) for the 1991-1992 fiscal year is an increase in the mark-up of goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(b)(viii) of the *1987 Regulations*, which the Minister of Finance of Canada should take into account in calculating the stabilization payment application by the Government of Quebec for the 1991-1992 fiscal year;

DECLARE THAT revenue from the Société québécoise d’initiatives agro-alimentaires (SOQUIA) is revenue from a business enterprise within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 5(1)(b)(ii) of the *1987 Regulations*, which the Minister of Finance should take into account in calculating revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year;

DECLARE THAT the Minister of Finance of Canada must take the findings of this Court on the questions submitted into account in considering the Government of Quebec’s application for a stabilization payment;

WITH COSTS. [Emphasis added.]

[11] For its part, Canada argued that the Minister’s determinations on the six items in the application were justified and that they are not reviewable by this Court. What is more, Canada argued that even if Quebec were successful on the items at issue, the [TRANSLATION] “financial impact” of the determinations, adjustments and corrections made by the Minister of Finance of

Québec le 21 décembre 1990, ne constitue pas un changement fait par le Québec dans la structure d’un mécanisme de prélèvement de la province au sens de l’article 6(1)(b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l’article 12(1)(a) du *Règlement de 1987*, [et] doit être prise en compte par le ministre des Finances du Canada dans le calcul du revenu soumis à stabilisation pour cet exercice;

DÉCLARE QUE la baisse des revenus d’intérêt perçus par le Québec sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et sur le revenu des corporations, qui sont une source de revenu au sens des alinéas a) et b) de l’article 4(2) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et ne sont par visés par la définition de « revenus divers » prévue par l’article 4(2)(ff) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et par l’article 5(1)(ee)[vii] [sic] du *Règlement de 1987*, doit être prise en compte par le ministre des Finances du Canada dans le calcul du revenu sujet à stabilisation pour l’exercice 1991-1992;

DÉCLARE QUE l’augmentation de la marge bénéficiaire de la Société des loteries et courses du Québec (Loto-Québec) (SAQ) pour l’exercice 1991-1992, constitue une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l’article 6(1)(b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l’article 12(1)(b) (viii) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances du Canada doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du gouvernement du Québec pour l’exercice 1991-1992;

DÉCLARE QUE les revenus de la Société québécoise d’initiatives agro-alimentaires (SOQUIA) sont des revenus d’une entreprise commerciale au sens de l’article 6(1)(b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l’article 5(1)(b)(ii) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances doit tenir compte dans son calcul du revenu soumis à stabilisation pour l’exercice 1991-1992;

DÉCLARE QUE le ministre des Finances du Canada doit considérer la demande d’un paiement de stabilisation du gouvernement du Québec en tenant compte des conclusions de cette Cour sur les questions soulevées;

LE TOUT AVEC DÉPENS. [Je souligne.]

[11] Le Canada quant à lui soutient que les déterminations du ministre à l’égard des six éléments de la demande étaient justifiées et qu’elles ne sont pas révisables par cette Cour. Qui plus est, le Canada prétend que, même si le Québec avait gain de cause quant aux éléments en litige, « l’impact financier » des déterminations, rajustements et corrections effectués par

Canada would not have the effect alleged by Quebec on the amount of the stabilization payment. Canada submitted that, if Quebec were successful as a result of this action, the amounts alleged by the Province did not represent the actual financial impact of the increased mark-up of the SAQ, for example, or of inclusion of revenue from interest assessed by Quebec on personal and corporate income. In such a case, the Minister would have to go back to his drawing board and calculate the amount of the corrections required.

2. Revenue Stabilization Program

[12] In 1956 the federal Parliament adopted the *Federal-Provincial Tax-Sharing Arrangements Act* [S.C. 1956, c. 29]. That Act provided that, from April 1, 1957 to March 31, 1962, the Minister might pay a province a tax equalization payment, a tax rental payment and a stabilization payment that did not exceed the ceiling inserted in the Act. The Revenue Stabilization Program was renewed by the federal government every five years from 1962 to 1982 following federal-provincial negotiations on fiscal arrangements. In 1982 the federal Parliament eliminated the expiry date of the Program.

[13] The Stabilization Program created a mechanism by which a province receives a monetary payment from the federal government to compensate for a decrease in its revenue subject to stabilization in a fiscal year, in the case at bar 1991-1992 (the reference year), as compared with that of the previous fiscal year (here 1990-1991), where the decrease in the province's revenue during the reference year is not due to changes in the rates or structure of its own taxes or other provincial modes of raising revenue. In other words, the purpose of the Stabilization Program is not to compensate provinces for changes in revenue resulting from their own actions. Accordingly, a province clearly could not act to reduce its revenue and then seek a stabilization payment from the federal government under the Program to offset the reduction. Conversely, a province could not be penalized if it took actions which had the effect of increasing its revenue subject to stabilization or of

le ministre des Finances du Canada n'aurait pas l'effet allégué par le Québec sur le montant du paiement de stabilisation. En effet, le Canada soumet que, si le Québec obtient gain de cause à la suite de ce recours, les montants allégués par celui-ci ne représentent pas le véritable impact financier de l'augmentation de la marge de bénéfice de la SAQ, par exemple, ou de l'inclusion des revenus d'intérêts cotisés par le Québec sur le revenu des particuliers et des sociétés. Le ministre, dans un tel cas, devrait retourner à sa planche à dessin et calculer le montant des corrections requises.

2. Le Programme de stabilisation des revenus

[12] En 1956, le Parlement fédéral a adopté la *Loi sur les arrangements entre le Canada et les provinces relativement au partage d'impôts* [S.C. 1956, ch. 29]. Cette Loi prévoyait que le Ministre pouvait verser à une province, à partir du 1^{er} avril 1957 et jusqu'au 31 mars 1962, un paiement de péréquation, un paiement de location des domaines fiscaux et un paiement de stabilisation n'excédant pas le plafond inséré dans la Loi. Le Programme de stabilisation des revenus a été renouvelé tous les cinq ans de 1962 à 1982 par le Parlement fédéral à la suite de négociations fédérales-provinciales sur les arrangements fiscaux. En 1982, le Parlement fédéral a éliminé la date d'échéance du Programme.

[13] Le Programme de stabilisation a mis en place un mécanisme suivant lequel une province reçoit un paiement monétaire du gouvernement fédéral pour compenser une baisse de son revenu sujet à stabilisation d'une année fiscale, en l'occurrence 1991-1992 (l'année de référence), comparé à celui de l'année fiscale précédente (en l'occurrence 1990-1991), dans la mesure où la baisse de revenus provinciaux durant l'année de référence n'est pas attribuable à des changements dans les taux ou la structure de ses propres impôts ou autre mécanisme de prélèvement provincial. Autrement dit, le Programme de stabilisation n'entend pas compenser les provinces pour les variations de revenus résultant de leur propre démarche. Une province ne saurait donc faire en sorte de diminuer son revenu, pour ensuite demander un paiement de stabilisation du fédéral au terme du Programme pour compenser cette diminution. À l'inverse, une province ne saurait être pénalisée si elle

avoiding a decrease. The Act and Regulations therefore provide for adjustments enabling the Minister to compare the revenue of a province from one year to the next within a constant fiscal structure.

[14] In its memorandum, Canada described the nature of stabilization payments as being the result [TRANSLATION] “of a federal initiative designed to compensate provinces whose revenue falls from one year to the next as a result of economic conditions.” Essentially, under the Program a province is eligible for a stabilization payment when its “revenue subject to stabilization” for the reference year (1991-1992)—adjusted in accordance with the adjustment procedure set out in the Act and Regulations—is less than that in the previous year (1990-1991).

[15] To determine whether a province is eligible for a payment to stabilize its revenue, the Minister must:

1. First, determine what the province’s “revenue subject to stabilization” was during the reference year and the previous year;
2. Then, adjust the revenue subject to stabilization in the reference year so as to offset the effects of changes made by the province to its tax rates or structure; and
3. Finally, compare the province’s adjusted revenue for the reference year with that of the previous year to determine whether the province experienced a decrease or increase in the adjusted revenue.

[16] The concept of “revenue subject to stabilization” is defined in subsection 6(2) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 11, s. 5] of the Act. Canada and Quebec agreed that this refers to all revenue which a province derives from virtually all the “revenue source[s]” listed in subsection 4(2) of the Act and defined at greater length in subsections 5(1) [as am. by SOR/91-147, s. 1]

pose des gestes ayant pour effet d’augmenter son revenu sujet à stabilisation ou d’en éviter une baisse. La Loi et le Règlement prévoient donc des ajustements qui visent à permettre au ministre de comparer les recettes d’une province d’une année à l’autre à structure fiscale constante.

[14] Le Canada, dans son mémoire, caractérise la nature des paiements de stabilisation comme découlant « d’une initiative fédérale ayant pour but de dédommager les provinces dont les recettes chutent d’une année à l’autre en raison de la conjoncture économique ». Essentiellement, aux termes du Programme, une province est admissible à un paiement de stabilisation lorsque son « revenu sujet à stabilisation » pour l’année de référence (1991-1992)—corrigé conformément au mécanisme d’ajustement prévu par la Loi et le Règlement—est inférieur à celui de l’année précédente (1990-1991).

[15] Pour déterminer si une province est admissible à un paiement de stabilisation de ses revenus, le ministre doit :

1. Premièrement, déterminer quel a été le « revenu sujet à stabilisation » de la province durant l’année de référence et l’année précédente;
2. Ensuite, corriger le revenu sujet à stabilisation de l’année de référence de manière à annuler les effets des changements faits par la province à ses taux ou à sa structure fiscale; et
3. Enfin, comparer le revenu corrigé de la province pour l’année de référence à celui de l’année précédente, pour déterminer si la province a subi une baisse ou une augmentation de ce revenu corrigé.

[16] La notion du « revenu sujet à stabilisation » est définie au paragraphe 6(2) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 11, art. 5] de la Loi. Le Canada et le Québec conviennent qu’il s’agit de l’ensemble des revenus qu’une province retire de la quasi-totalité des « source[s] de revenu » énumérées au paragraphe 4(2) de la Loi et plus amplement définies aux paragraphes 5(1) [mod. par

and (2) of the Regulations. Thus, revenue subject to stabilization includes virtually all of a province's revenue, namely taxes, levies, Crown corporation dividends, certain dues and permits, federal transfer payments, and so on.

[17] To determine whether a province experienced a decrease in its "revenue subject to stabilization" in the reference year as compared with the previous year the Minister must, pursuant to paragraph 6(1)(b) of the Act, "adjust" the province's revenue subject to stabilization for the reference year to offset the effects both of a decrease and an increase in revenue resulting "from changes made by the province in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising the revenue". This adjustment by the Minister is made by analysing and adjusting upward or downward the province's real revenue for the reference year from each of the sources of revenue subject to stabilization.

[18] To the Court's knowledge there is only one decision interpreting the provisions regarding stabilization payments in the Act, following an arbitration between Canada and Alberta presided over by the Honourable William McIntyre, former Justice of the Supreme Court of Canada, assisted by two eminent lawyers, John F. Howard and Harold H. MacKay. The issue was whether a credit extended by Alberta to certain oil companies should be classified under the "corporation tax" revenue source or a revenue source associated with a non-renewable resource.

[19] From this arbitral decision I derive the following principles:

1. A stabilization payment is made to a province if the latter experiences a decline in its eligible revenue from one year to another.
2. The Stabilization Program does not provide for any payment if the decline in the province's revenue results from changes made by the province to its fiscal policy.

DORS/91-147, art. 1] et (2) du Règlement. Ainsi, le revenu sujet à stabilisation inclut presque toutes les recettes d'une province, soit les taxes, les impôts, les dividendes des sociétés d'État, certains droits et permis ainsi que les revenus de transfert fédéraux, etc.

[17] Pour déterminer si une province a subi une baisse de son « revenu sujet à stabilisation » durant l'année de référence par rapport à l'année précédente, le ministre doit, conformément à l'alinéa 6(1)b) de la Loi, « corriger » le revenu sujet à stabilisation de la province pour l'année de référence de manière à compenser les effets, tant de la baisse que de l'augmentation de revenus résultant « des changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement ». Cette correction du ministre est apportée en analysant et en ajustant, soit à la hausse ou à la baisse, les revenus réels de la province durant l'année de référence provenant de chacune des sources de revenu sujet à stabilisation.

[18] À la connaissance de la Cour, il n'existe seulement qu'une décision interprétant les dispositions sur les paiements de stabilisation de la Loi suite à un arbitrage entre le Canada et l'Alberta présidé par l'ancien juge de la Cour Suprême du Canada, l'honorable William McIntyre, appuyé de deux avocats de grande renommée, MM. John F. Howard et Harold H. MacKay. La question en litige était de savoir si un crédit consenti par l'Alberta à certaines compagnies pétrolières devait être classé sous la source de revenu « impôt sur les sociétés » ou une source de revenu liée à une ressource non-renouvelable.

[19] De ce jugement arbitral, je déduis les principes suivants :

1. Un paiement de stabilisation est fait à une province si celle-ci éprouve un déclin dans ses revenus éligibles d'une année à l'autre.
2. Le Programme de stabilisation n'envisage aucun paiement si le déclin dans les revenus provinciaux résulte de changements faits par une province à sa politique fiscale.

3. “The Fiscal Arrangements Act and regulations thereunder constitute a complex and comprehensive framework within which revenues collected by the federal government may flow to the provinces of Canada to be used by the provinces to finance public services provided by them within their constitutional sphere of activity.”

4. “The right of a Province to stabilization is determined pursuant to Section 6 of the Fiscal Arrangements Act by a determination of the Minister of Finance of Canada (the Minister) of the amount by which the “revenue subject to stabilization” for the preceding fiscal year. Revenue subject to stabilization is defined in subsection 6(2) of the Fiscal Arrangements Act, by reference to the revenue sources defined in subsection 4(2) of that statute. Section 6 requires the Minister, in making his determination, to make adjustments to offset changes in the rates or structure of provincial taxes or other revenues. This ensures that there will be an accurate measure of the comparable revenue streams in the two years, notwithstanding changes in provincial fiscal policy.”

5. “For purposes of determining the revenue from a revenue source for fiscal stabilization purposes, the Regulations require the Minister to make two sets of adjustments to the amounts certified by the Chief Statistician of Canada:

- a) . . .
- b) Pursuant to Regulation 12: adjustments to offset changes in the rates or in the structure of provincial taxes in conformity with the general concept set out in subsection 6(1) of the Fiscal Arrangements Act.

The evident purpose of these adjustments is to ensure that the amounts to be compared in respect of the two years underlying the stabilization determination will be equivalent in all material respects. They permit stabilization payments to be sought only where there is, within the principles of the Fiscal Arrangements Act and the regulations, a real decline in provincial revenues in absolute terms, accurately measured, after the effect of provincial policy changes has been eliminated. It is notable that in so doing the Act requires that the decline be measured in respect of each revenue source under consideration not on a general or global basis. This is of particular importance because as explained below, under the Act, different rules apply to different revenue sources for purposes of stabilization.”

[TRADUCTION]

3. « La Loi sur les arrangements fiscaux et le Règlement pris en vertu de cette loi constituent un cadre complexe et exhaustif dans lequel les revenus [TRADUCTION] perçus par le gouvernement fédéral peuvent être dirigés vers les provinces pour qu’elles les utilisent dans le financement des services publics offerts dans les limites de leurs sphères d’activité. »

4. « Le droit d’une province à la stabilisation est déterminé conformément à l’article 6 de la Loi sur les arrangements fiscaux par une détermination faite par le ministre des Finances du Canada (le ministre) du montant du revenu sujet à la stabilisation pour l’exercice précédent. Le terme revenu sujet à la stabilisation est défini au paragraphe 6(2) de la Loi sur les arrangements fiscaux, par le renvoi à l’expression source de revenu définie au paragraphe 4(2) de cette loi. L’article 6 exige que le ministre, lorsqu’il fait une détermination, fasse des ajustements pour compenser des changements survenus quant aux taux ou quant à la structure des impôts provinciaux ou d’autres revenus. Cela assure une mesure précise du flux des recettes comparables au cours des deux années, indépendamment des changements survenus dans la politique fiscale provinciale. »

5. « Aux fins de détermination du revenu tiré d’une source de revenu à fins de stabilisation fiscale, le Règlement exige que le ministre fasse deux ensembles d’ajustements aux montants certifiés par le statisticien en chef du Canada :

- a) [. . .]
- b) Conformément à l’article 12 du Règlement : des ajustements faits pour compenser des changements survenus quant aux taux ou à la structure des impôts provinciaux conformément au concept général énoncé au paragraphe 6(1) de la Loi sur les arrangements fiscaux.

L’objet évident de ces ajustements est de s’assurer que les montants à comparer quant aux deux années sous-tendant la détermination de la stabilisation seront équivalents à tous égards importants. Ils permettent de demander des paiements de stabilisation seulement dans les cas où il y a, selon les principes de la Loi sur les arrangements fiscaux et le Règlement, un véritable déclin des revenus provinciaux en termes absolus, mesuré de façon précise, après que l’effet des changements dans la politique provinciale a été éliminé. Il convient de noter que par cette disposition, la Loi exige que le déclin soit mesuré à l’égard de chaque source de revenu sous examen et non sur une base générale ou d’ensemble. Cela est d’une importance particulière parce que, comme cela est expliqué ci-après, en vertu de la Loi, différentes règles s’appliquent à différentes sources de revenu de stabilisation. »

6. “The stabilization entitlement is then computed on the basis of the comparison of the revenue streams from the two years, as so determined.”

7. “Throughout the Fiscal Arrangements Act and Regulations there is, as has been noted, repeated emphasis upon separate nature of each of the 32 revenue sources and the importance of discrete and accurate calculation of each. This is of fundamental importance in the resolution of the question before us because the Act and Regulations provide a set of rules designed to ensure accurate comparisons and to eliminate artificial or distorted results in calculations including those credits or reductions of revenue sources. This then is the statutory framework of the Fiscal Arrangements Act”

8. “In context, our view is that in applying Regulation 5(5)(a), neither the statute within which a ‘rebate, credit or reduction’ entitlement is created nor the method by which the ‘rebate, credit or reduction’ is credited to a taxpayer should be determinative of the revenue source which is to be reduced in the calculation. Rather, in order to achieve the intent of the Fiscal Arrangements Act and the Regulations, one must ascertain that revenue source to which the rebate, credit or reduction, in its substance, applies.”

9. “The Fiscal Arrangements Act and the Regulations are very precise in their mechanisms, both for equalization and stabilization, to achieve an accurate calculation of specific revenue sources for year-to-year comparative purposes. The need for such accuracy is particularly evident for resource revenues which, for stabilization purposes, have the unique 50% threshold principle outlined above. In order to determine the amount of money which should flow from the federal government to any province in respect of stabilization, a rebate, credit or reduction which has had the ultimate effect or reducing the net revenue to the province from a given source must be offset against that particular revenue source. To do otherwise should be to distort the calculation in an artificial manner. That cannot have been the intent of the Regulations which are designed to eliminate artificialities.

In the result, the words ‘in respect thereof’ in Regulation 5(5)(a) must be read to relate to that revenue source to which the rebate, credit or reduction is linked, i.e. the revenue source with which there is the most substantial connection in economic terms. The linkages to resource revenues in respect of ARTC are irresistible.”

6. « Le droit à la stabilisation est alors calculé sur la base de la comparaison du flux des recettes des deux années, selon ce qui a été déterminé. »

7. « Dans la Loi sur les arrangements fiscaux et le Règlement, il y a de façon répétée, comme il a été mentionné, un accent sur la nature distincte de chacune des 32 sources de revenu et sur l’importance du calcul séparé et précis à l’égard de chacune. Cela est d’une importance fondamentale pour la résolution de la question qui nous est soumise parce que la Loi et le Règlement prévoient un ensemble de règles conçues afin de s’assurer de faire des comparaisons précises et d’éviter des résultats artificiels ou faussés dans les calculs, y compris les crédits ou les réductions quant aux sources de revenu. Il s’agit du cadre législatif de la Loi sur les arrangements fiscaux. »

8. « Dans le contexte, notre opinion est que par l’application de l’alinéa 5(5)a) du Règlement, ni la loi dans laquelle est créé un droit de dégrèvement, crédit ou réduction ni la méthode par laquelle est déduit le dégrèvement, crédit ou réduction à une contribuable ne devraient être déterminantes quant à la source de revenu qui doit être déduite dans le calcul. Plutôt, en vue d’atteindre le but de la Loi sur les arrangements fiscaux et du Règlement, il faut établir la source de revenu à laquelle s’applique le dégrèvement, le crédit ou la réduction, dans sa substance. »

9. « La Loi sur les arrangements fiscaux et le Règlement sont très précis à l’égard de leurs mécanismes, tant pour la péréquation que pour la stabilisation, pour arriver à un calcul précis de sources de revenu particulières à des fins de comparaison d’année en année. La nécessité d’une telle précision est particulièrement évidente pour les revenus de ressources qui, à des fins de stabilisation, ont le principe du seuil unique de 50 p. 100 précédemment exposé. Pour déterminer le montant d’argent qui devrait être dirigé du gouvernement fédéral à une province quant à la stabilisation, un dégrèvement, un crédit ou une réduction qui a eu l’effet ultime pour la province de réduire le revenu net d’une source donnée doit être compensé par rapport à cette source de revenu particulière. Le fait d’agir autrement aurait pour effet de fausser le calcul d’une manière artificielle. Cela ne peut pas avoir été le but du Règlement qui est conçu de façon à éliminer les artificialités.

Par conséquent, les mots qui s’appliquent à ce revenu à l’alinéa 5(5)a) doivent être interprétés comme se rapportant à la source de revenu à laquelle se rattache le dégrèvement, le crédit ou la réduction, c’est-à-dire la source de revenu qui a le lien le plus important sur le plan économique. Les liens aux revenus de ressources à l’égard de l’ARTC sont concluants. »

10. “The application of the ARTC made by the Province of Alberta for the purpose of accurately determining non-renewable resource revenue under the Trust Fund Act does not, or course, conclusively establish that a similar application should be made to determine accurately the revenue from a revenue source under the Fiscal Arrangements Act. However, it would appear that similar policy reasons underlie the adjustments of amounts of revenue sources in both statutes and it seems both consistent and reasonable that the adjustments should be numerically identical. While the form of a provincial statute cannot control the interpretation of a federal enactment, the statutory context of the Trust Fund Act is persuasive support for the characterization sought by the Province in respect of the Fiscal Arrangements Act determination.” [Emphasis added.]

3. Dispute between Quebec and Canada

[20] As mentioned earlier, the scope of the dispute to be considered by the Court in the case at bar is limited to certain determinations by the Minister in his analysis of Quebec’s eligibility for a stabilization payment for the 1991-1992 fiscal year. In particular, Quebec argues that the Minister contravened the provisions of the Act and Regulations by refusing to recognize the deductions from real revenue in 1991-1992 which it made to the six sources of revenue subject to stabilization, considering that for each source the real revenue had changed because of its efforts. In Quebec’s submission, the Minister’s refusal deprived it of a stabilization payment totalling \$126,749,000 for the reference year.

[21] The first item in the dispute concerns the adoption by the National Assembly of Quebec in December 1990 of *An Act to amend the Retail Sales Tax Act and other fiscal legislation* [S.Q. 1990, c. 60] to authorize in particular application of the QST to the new GST which came into effect on January 1, 1991. Essentially, the Minister had to decide whether this provincial legislation constituted a change in the QST structure within the meaning of the Act and Regulations for the 1991-1992 fiscal year. Quebec submitted that the legislation was in fact such a change to its tax structure and that the Minister should not have adjusted its application in respect of this provincial source of

10. « L’application de l’ARTC faite par la province d’Alberta en vue de déterminer de façon précise le revenu des ressources non renouvelables suivant le Trust Fund Act, évidemment, n’établit pas de façon concluante qu’une demande similaire devrait être faite afin de déterminer de façon précise le revenu d’une source de revenu suivant la Loi sur les arrangements fiscaux. Toutefois, il semblerait que des raisons administratives semblables sous-tendent les ajustements de montants de sources de revenu dans les deux lois et il semble conforme et raisonnable que les ajustements soient du même montant. Bien que la forme d’une loi provinciale ne puisse décider de l’interprétation d’une loi fédérale, le contexte législatif de la Trust Fund Act appuie de façon convaincante l’interprétation que la province tente d’obtenir à l’égard de la détermination de la Loi sur les arrangements fiscaux. » [Je souligne.]

3. Le différend entre le Québec et le Canada

[20] Tel que mentionné précédemment, la portée du différend soumis à la Cour en l’instance est limitée à certaines déterminations du ministre dans le cadre de son analyse de l’admissibilité du Québec à un paiement de stabilisation pour l’exercice financier 1991-1992. Plus particulièrement, le Québec soutient que le ministre a contrevenu aux dispositions de la Loi et du Règlement en refusant de reconnaître les soustractions aux revenus réels de 1991-1992 qu’il avait apporté aux six sources de revenu sujet à stabilisation jugeant, pour chaque source, que le revenu réel avait changé à cause de ses efforts. Selon le Québec, le refus du ministre le prive d’un paiement de stabilisation d’un montant total de 126 749 000 \$ pour l’année de référence.

[21] Le premier élément du différend vise l’adoption en décembre 1990, par l’Assemblée Nationale du Québec, de la *Loi modifiant la Loi concernant l’impôt sur la vente en détail et d’autres dispositions législatives d’ordre fiscal* [L.Q. 1990, ch. 60], afin d’autoriser notamment l’application de la TVQ sur la nouvelle TPS qui entrerait en vigueur le 1^{er} janvier 1991. Le ministre devait essentiellement déterminer si cet acte de la province constituait un changement dans la structure de la TVQ au sens de la Loi et du Règlement pour l’exercice financier 1991-1992. Le Québec soumet que cet acte constituait effectivement un tel changement à sa structure fiscale et que le ministre n’aurait pas dû

revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year, by increasing the amount representing the financial impact of this legislation, calculated by Quebec, namely \$168,284,000. Canada's position was that the Quebec Act did not make any change to the QST fiscal structure since prior to 1991 the QST taxed the old Federal Sales Tax (FST).

[22] In the second and fifth items at issue, the Minister essentially had to determine whether the SAQ and the Loto-Québec had increased their mark-up on goods sold to the public for the 1991-1992 fiscal year within the meaning of the Act and Regulations. Quebec argued that the SAQ and Loto-Québec had in fact made such an increase in their mark-up, which resulted in increases in their real revenue of \$105,390,000 and \$11,973,000 respectively for the 1991-1992 fiscal year compared with that for 1990-1991. Accordingly, Quebec maintained that it was justified in deducting these amounts from the total real revenue from the provincial source subject to stabilization for the year of the application, and the Minister refused to agree to this. Canada's position was that Quebec had never established that the mark-up of the two corporations had in fact increased.

[23] On the third item at issue, the Minister had to determine whether the cancellation on January 1, 1991 of the Fiscal Reciprocity Protocol, 1987 between Canada and Quebec, applicable for five years, was a change by Quebec in the structure of a mode of raising revenue in the province within the meaning of the Act and Regulations. Under that Protocol, Canada paid Quebec the QST from purchases by Canada in Quebec, and in return Quebec paid Canada on purchases by the Government of Quebec revenue from the FST which was abolished on January 1, 1991 when the GST came into effect. Quebec maintained that the cancellation of this Protocol was not such a change. Accordingly, Quebec argued that the Minister should not have added an amount of \$36,456,000 to its revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year. In Quebec's submission this amount should, on the contrary, be deducted from Quebec's QST revenue for the reference year, as it suggested in its application, since it was a

ajuster sa demande quant à cette source du revenu sujet à stabilisation de la province pour l'exercice financier 1991-1992, en y augmentant le montant représentant l'impact financier, calculé par le Québec, de cet acte, soit 168 284 000 \$. La position du Canada est que la Loi du Québec n'a pas apporté de changement à la structure fiscale de la TVQ puisqu'avant 1991, la TVQ taxait l'ancienne Taxe de vente fédérale (TVF).

[22] Dans le cadre des deuxième et cinquième éléments du différend, le ministre devait essentiellement déterminer si la SAQ et Loto-Québec avaient augmenté leur marge de bénéfice sur les biens vendus au public pour l'exercice financier 1991-1992, au sens de la Loi et du Règlement. Le Québec soutient que la SAQ et Loto-Québec ont effectivement procédé à une telle augmentation de leur marge de bénéfice, ce qui a résulté en une augmentation respective de leurs revenus réels de 105 390 000 \$ et de 11 973 000 \$ pour l'exercice financier 1991-1992 comparés à ceux de 1990-1991. Le Québec soutient donc qu'il était justifié de soustraire ces montants du total des revenus réels provenant de cette source sujet à stabilisation de la province pour l'année de la demande, ce que le ministre a refusé de reconnaître. La position du Canada est que le Québec n'a jamais démontré que la marge bénéficiaire des deux sociétés avait effectivement augmentée.

[23] Quant au troisième élément en litige, le ministre devait déterminer si l'annulation le 1^{er} janvier 1991 du Protocole d'accord de réciprocité fiscale de 1987 intervenu entre le Canada et le Québec, valable pour cinq ans, constitue un changement fait par le Québec dans la structure d'un mécanisme de prélèvement de la province au sens de Loi et du Règlement. En vertu de ce protocole, le Canada versait au Québec la TVQ tirée des achats du Canada au Québec et, en contrepartie, le Québec versait au Canada sur les achats du Gouvernement du Québec les revenus tirés de la TVF, abolie le 1^{er} janvier 1991 à la suite de l'entrée en vigueur de la TPS. Le Québec soutient que l'annulation de ce protocole ne constitue pas un tel changement. Ainsi le Québec soutient que le ministre n'aurait pas dû ajouter un montant de 36 456 000 \$ à son revenu sujet à stabilisation pour l'exercice financier 1991-1992. Selon le Québec, ce montant devrait, au contraire, être soustrait des revenus du Québec provenant de la TVQ

decrease in revenue from the retail sales tax which did not result from any change made by Quebec. Canada contended that the cancellation of the agreement was requested by Quebec.

[24] Finally, in analysing the fourth and sixth points at issue, the Minister had to determine respectively whether the interest revenue received by Quebec from its taxes on personal income and corporate income, as well as dividends received from SOQUIA, were sources of revenue included in the Province's revenue subject to stabilization. Quebec argued that this was the case and that the Minister had to compensate for the decrease in its revenue subject to stabilization between the two years in question, granting the Province \$20,429,000 and \$3,000,000 which were the equivalents respectively of the revenue decrease from interest received by Quebec on personal and corporate income taxes and of the revenue decrease from SOQUIA between the fiscal years 1990-1991 and 1991-1992. Canada's position was that these two revenue sources mentioned in the Quebec application were not sources of revenue subject to stabilization and so no adjustment was required.

[25] The total of all these adjustments disallowed by the Minister amounted to \$345,532,000. Quebec argued that in his decision of November 29, 1994 the Minister incorrectly added this amount in its application to its revenue subject to stabilization, thereby arriving at a positive amount of \$218,783,000 for 1991-1992 as compared with that for 1990-1991. In the Minister's submission, Quebec's revenue subject to stabilization for 1991-1992 as compared with that for 1990-1991 justified no payment to Quebec. Quebec submitted that an amount of \$345,532,000 should be deducted from the Minister's calculation, which would justify a stabilization payment to Quebec amounting to \$126,749,000.

4. Decision-making process

[26] After a preparatory meeting in June 1993 between officials of the Quebec ministère des Finances,

pour l'année de référence, comme il l'avait suggéré dans sa demande puisqu'il constitue une baisse des revenus provenant de la taxe sur les ventes au détail qui ne résulte d'aucun changement entrepris par le Québec. Le Canada prétend que l'annulation de l'accord a été demandée par le Québec.

[24] Finalement, pour l'étude des quatrième et sixième éléments en litige, le ministre devait déterminer respectivement si les revenus d'intérêt perçus par le Québec sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et sur le revenu des sociétés, ainsi que les dividendes reçus de la SOQUIA constituent des sources de revenu incluses dans le revenu sujet à stabilisation de la province. Le Québec soutient que tel est le cas, et que le ministre devait compenser la baisse de son revenu sujet à stabilisation entre les deux années en cause, en octroyant à la province des montants de 20 429 000 \$ et 3 000 000 \$ équivalents respectivement à la baisse des revenus provenant des intérêts perçus par le Québec sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et des sociétés ainsi qu'à la baisse des revenus tirés de la SOQUIA entre les exercices financiers 1990-1991 et 1991-1992. La position du Canada est que ces deux sources de revenu visées par la demande du Québec ne sont pas des sources de revenu sujet à stabilisation et donc aucun ajustement n'est approprié.

[25] Le total de tous ces ajustements refusés par le ministre équivaut à 345 532 000 \$. Le Québec soutient que le ministre, lors de sa décision du 29 novembre 1994, a erronément, ajouté dans sa demande ce montant à ses revenus sujets à stabilisation, arrivant ainsi à une somme positive de 218 783 000 \$ pour 1991-1992 en comparaison avec ceux de 1990-1991. Selon le ministre, les revenus sujets à stabilisation du Québec pour 1991-1992 en comparaison avec ceux de 1990-1991 ne justifient aucun paiement au Québec. Le Québec soumet qu'un montant de 345 532 000 \$ devrait être soustrait au calcul du ministre, ce qui justifierait un paiement de stabilisation au Québec d'un montant de 126 749 000 \$.

4. Le processus décisionnel

[26] Après une rencontre préparatoire tenue en juin 1993 entre les fonctionnaires du ministère des Finances

responsible for preparing the stabilization application for the 1991-1992 fiscal year, and officials of the federal Department of Finance responsible for considering the application, including the late John Hodgson, the Government of Quebec submitted to the Minister an application dated September 28, 1993 for a stabilization payment in the amount of \$282,476,000 for that fiscal year (Exhibit P-1).

[27] The federal Finance Department team responsible for considering this application was headed by the late John Hodgson, head of the equalization, program financing and other transfers section in the Department's Federal-Provincial Relations Division. He was assisted by Sylvie Daigneault and Donald Bélanger (the federal team). The federal team undertook a preliminary analysis of the application by Quebec, which in fact was not alone in making that kind of application, as all provinces except British Columbia and Alberta had made such applications for the 1991-1992 fiscal year.

[28] The hierarchy in the federal Department of Finance in 1993 was as follows:

1. The late Mr. Hodgson's section first made an analysis and was in regular contact with higher authority;
2. The late Mr. Hodgson's immediate line superior was Guillaume Bissonnette, director of the Federal-Provincial Relations Division; he and his assistant director Frank Gregg participated in preparing the recommendation to the Minister for his decision;
3. Assistant Deputy Minister Susan Peterson was kept informed on a weekly basis of developments in the analysis of provincial applications for stabilization payments and took part in preparing recommendations to then Deputy Minister David A. Dodge; she prepared briefing notes giving summaries or drew up recommendations to the Minister on provincial stabilization applications, including that by Quebec;

du Québec, responsables de l'élaboration de la demande de stabilisation pour l'année fiscale 1991-1992, et les fonctionnaires du ministère des Finances du Canada responsables de l'évaluation d'une telle demande, notamment le feu M. John Hodgson, le gouvernement du Québec a présenté au ministre une demande de paiement de stabilisation datée du 28 septembre 1993 au montant de 282 476 000 \$ pour cet exercice financier (pièce P-1).

[27] L'équipe au ministère des Finances du Canada responsable de l'évaluation de cette demande était dirigée par feu M. John Hodgson, chef de la Section péréquation, financements des programmes établis et autres transferts au sein de la Division des relations fédérales-provinciales au ministère. Il était appuyé par M^{me} Sylvie Daigneault et M. Donald Bélanger (l'équipe fédérale). L'équipe fédérale a procédé à une analyse préliminaire de la demande du Québec, qui d'ailleurs n'est pas la seule province à avoir fait une demande de ce genre, considérant que toutes les provinces, sauf la Colombie-Britannique et l'Alberta, ont présenté de telles demandes pour l'exercice financier 1991-1992.

[28] La structure hiérarchique au ministère des Finances du Canada en 1993 était la suivante :

1. La section de feu M. Hodgson faisait l'analyse au premier niveau et était en relation constante avec les autorités supérieures;
2. Le supérieur hiérarchique immédiat de feu M. Hodgson était Guillaume Bissonnette, directeur de la Division des relations fédérales-provinciales. Celui-ci et son directeur adjoint, Frank Gregg, ont participé à l'élaboration de la recommandation au ministre pour sa décision;
3. La sous-ministre adjointe, M^{me} Susan Peterson était informée hebdomadairement de l'évolution de l'analyse des demandes de paiements de stabilisation des provinces et a participé à l'élaboration des recommandations au sous-ministre en titre, David A. Dodge. Elle a rédigé des notes d'information faisant des comptes-rendus ou a formulé des recommandations au ministre quant aux demandes de stabilisation des

these notes were dated September 30, 1993 and June 14 and October 31, 1994;

4. David Dodge was also kept informed by Ms. Peterson of developments in the analysis and took part in preparing the Minister's decision; in fact, on November 9, 1994 he sent his Minister, the Honourable Paul Martin, a memorandum summarizing the points of disagreement between the provinces, including Quebec, setting out various scenarios and compromises on the items identified and commenting on possible strategies.

[29] As part of the decision-making process regarding applications by the provinces for stabilization payments, including that by Quebec, it was established that Ms. Daigneault prepared weekly notes setting out the amounts claimed and, as of August or September 1994, problem areas which arose and the respective positions. These notes circulated among Mr. Hodgson's superiors, up to Mr. Dodge.

[30] It was further established that early in November 1994 there was a meeting between Mr. Dodge, Mr. Hodgson and Ms. Daigneault. At that meeting Mr. Dodge reviewed a 30- to 40-page memorandum setting out problem areas that had arisen in connection with provincial stabilization applications and the arguments made on either side.

[31] After several exchanges between the two teams and some verification or collection of information by the federal team, an initial meeting between the two teams was held in Québec on March 7, 1994.

[32] At that meeting, Canada tabled a document dated March 7, 1994 and titled [TRANSLATION] "Possible adjustments to Quebec's 1991-1992 claim under the Stabilization Program" (Exhibit D-44). Several adjustments were identified, including those relating to the six aforementioned sources of revenue subject to stabilization, which constitute the nub of the dispute between the parties in the case at bar. The purpose of the

provinces, incluant le Québec. Ces notes portent les dates du 30 septembre 1993, du 14 juin 1994 et du 31 octobre 1994;

4. M. David Dodge était lui aussi tenu informé par M^{me} Peterson de l'évolution de l'analyse et a participé à l'élaboration de la décision du ministre. De fait, le 9 novembre 1994, il a adressé à son ministre, l'honorable Paul Martin, un mémorandum qui résumait les éléments du désaccord entre les provinces, dont le Québec, faisait état de divers scénarios et compromis eu égard aux items identifiés et commentait les stratégies envisageables;

[29] Dans le cadre du processus décisionnel relatif aux demandes des provinces pour des paiements de stabilisation, dont celle du Québec, il a été établi que M^{me} Daigneault préparait des notes hebdomadaires faisant état des montants réclamés et, à compter du mois d'août ou septembre 1994, des problématiques rencontrées et des positions respectives. Ces notes circulaient parmi les supérieurs de M. Hodgson jusqu'à M. Dodge.

[30] Il est aussi établi qu'au début du mois de novembre 1994, une réunion a eu lieu entre M. Dodge, M. Hodgson et M^{me} Daigneault. Lors de cette rencontre, M. Dodge a pris connaissance d'une note de service de 30 à 40 pages faisant état des problématiques soulevées dans le cadre des demandes de stabilisation des provinces et des arguments invoqués de part et d'autre.

[31] Après plusieurs communications entre les deux équipes et une certaine vérification ou cueillette d'information de la part de l'équipe fédérale, une première rencontre entre les deux équipes s'est tenue à Québec le 7 mars 1994.

[32] À cette réunion, le Canada a déposé un document daté du 7 mars 1994 et intitulé « Ajustements possibles à la réclamation de Québec 1991-92 aux fins du programme de stabilisation » (pièce D-44). Plusieurs ajustements y sont identifiés, incluant ceux relatifs aux six sources de revenu sujet à stabilisation déjà mentionnées, qui forment le cœur du litige entre les parties dans la présente instance. La discussion à la

discussions at the meeting of March 7, 1994, was to clarify the reasons for the adjustments suggested by the federal team.

[33] After that meeting, the analysis continued on either side and relations between the parties remained open and cordial.

[34] On September 12, 1994, a second meeting between the two teams was held in Ottawa. At that meeting Quebec tabled a revised application (Exhibit P-2), dated September 9, 1994. The purpose of the revision by Quebec was mainly to update statistics on Quebec's real revenue during the reference year, the inflation factor and an upward compensation for federal transfers to Quebec during the 1991-1992 fiscal year. Quebec made no changes to its application regarding the six sources of revenue subject to stabilization at issue in the case at bar. At the meeting of September 12, 1994, the two parties tried to define the reasons in support of their positions.

[35] On November 29, 1994, the Minister wrote the Honourable Jean Campeau, Minister of Finance in the Government of Quebec, to tell him that he had concluded that after the adjustments required by the Act, Quebec was not eligible for the fiscal Stabilization Program in respect of 1991-1992 (Exhibit P-3), indicating that [TRANSLATION] "your officials will shortly be receiving a final document setting out in detail the analysis supporting this conclusion."

[36] On December 5, 1994, the Quebec Minister of Finance wrote the Minister to tell him of Quebec's disagreement with the analysis that had led to the negative response (Exhibit P-4), noting that [TRANSLATION] "the dispute is mainly about the interpretation to be given to the measure adopted by Quebec in 1991 providing for application of the Quebec Sales Tax (QST) to the price of goods and services, including the Goods and Services Tax (GST)." Quebec formally asked the Minister if this question and the other items of disagreement in the matter could be submitted to arbitration. This procedure was used to settle a

réunion du 7 mars 1994 visait à approfondir le pourquoi des ajustements suggérés par l'équipe du Canada.

[33] Après cette réunion, l'analyse s'est poursuivie de part et d'autre et les échanges entre les parties sont demeurés ouverts et cordiaux.

[34] Le 12 septembre 1994, une deuxième rencontre entre les deux équipes a eu lieu à Ottawa. À cette réunion, le Québec a déposé une demande révisée (pièce P-2) datée du 9 septembre 1994. La révision du Québec a surtout pour cause la mise à jour des statistiques sur les revenus réels du Québec durant l'année de référence, le facteur d'inflation et une compensation ajustée à la hausse pour les transferts fédéraux au Québec durant l'exercice financier 1991-1992. Le Québec n'a apporté aucun changement à sa demande concernant les six sources de revenu sujet à stabilisation en litige en l'instance. À la réunion du 12 septembre 1994, les deux parties ont tenté de cerner les raisons étayant leur position.

[35] Le 29 novembre 1994, le ministre écrivait à l'honorable Jean Campeau, ministre des Finances du gouvernement du Québec, pour l'aviser qu'il avait conclu, qu'après les ajustements requis par la Loi, le Québec n'était pas admissible au Programme de stabilisation fiscale à l'égard de 1991-1992 (pièce P-3), lui indiquant « vos fonctionnaires recevront sous peu un document final présentant le détail de l'analyse qui supporte cette conclusion ».

[36] Le 5 décembre 1994, le ministre des Finances du Québec écrivait au ministre afin de lui signifier le désaccord du Québec avec l'analyse qui l'avait conduit à sa réponse négative (pièce P-4), soulignant que « le principal objet de litige porte sur l'interprétation à donner à la mesure prise par le Québec en 1991 qui prévoyait l'application de la taxe de vente du Québec (TVQ) sur le prix des biens et services incluant la taxe sur les produits et les [*sic*] services (TPS). » Le Québec demandait formellement au ministre que cette question, ainsi que les autres éléments de désaccord dans ce dossier, soient soumis à l'arbitrage. Cette procédure

dispute between the Governments of Canada and Alberta regarding access by that province to the Stabilization Program for the 1986-1987 fiscal year (the Canada-Alberta arbitration).

[37] On December 21, 1994, the Minister rejected Quebec's arbitration proposal. Rather, the Minister indicated to Mr. Campeau:

[TRANSLATION] . . . there is another way of appealing my decision, if that is your intention. As you know, section 19 of the *Federal Court Act* sets out a legal procedure for resolving disputes. If you desire to challenge the legal validity of my decision, you have my assurance that the federal government will cooperate with your government to accelerate and simplify the procedure. [Emphasis added.]

The Minister added, on the question of QST and on the GST:

I should like to point out that my decision on treatment of the "GST included" prices was not taken lightly. Like my other decision on other aspects of Quebec's application and on the applications by other provinces, I think it is consistent with the purpose and intention of the legislation which I have to apply.

[38] The evidence established that on January 5, 1995 the late Mr. Hodgson sent Jean St-Gelais, then Director General of the Tax Policy and Autonomous Revenue Forecasting Branch of the Quebec Ministère des Finances, a document (Exhibit P-6) setting out in detail the federal analysis of the Quebec claim. In Canada's submission, this 94-page document represents the Minister's reasons for not accepting the adjustments made by Quebec to the six items at issue in the case at bar.

5. Legal process

[39] In the case at bar the legal proceedings followed the Federal Court rules applicable to actions [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106]. The proceedings took place as follows:

avait été utilisée pour résoudre un différend survenu entre les gouvernements du Canada et de l'Alberta au sujet de l'accès de cette province au Programme de stabilisation pour l'exercice financier 1986-1987 (l'arbitrage Canada-Alberta).

[37] Le 21 décembre 1994, le ministre refusait la proposition d'arbitrage du Québec. En revanche, le ministre indiquait à M. Campeau :

[. . .] qu'il existe une autre façon d'en appeler de ma décision, si tel est votre intention. Comme vous le savez, l'article 19 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit une procédure juridique pour régler des différends. Si vous souhaitez contester le bien-fondé juridique de ma décision, vous avez l'assurance que le gouvernement canadien coopérera avec votre gouvernement pour accélérer et simplifier la démarche ». [Je souligne.]

Le ministre ajoutait quant à la question de la TVQ sur la TPS :

[J]e voudrais signaler que ma décision au sujet du traitement des prix « TPS comprise » n'a pas été prise à la légère. Tout comme mes autres décisions sur les autres aspects de la demande du Québec ainsi que sur les demandes d'autres provinces, je pense qu'elle est conforme à l'objet et à l'intention de la loi dont l'application me revient.

[38] La preuve établit que le 5 janvier 1995, feu M. Hodgson a transmis à M. Jean St-Gelais, alors directeur général de la direction des politiques fiscales et des prévisions de revenus autonomes au ministère des Finances du Québec, un document (pièce P-6) présentant le détail de l'analyse fédérale sur la réclamation du Québec. Ce document de 94 pages représente, selon le Canada, les motifs du ministre pourquoi il n'a pas accepté, quant aux six éléments en litige dans le présent recours, les ajustements faits par le Québec.

5. Le processus juridique

[39] En l'espèce, le processus juridique s'est déroulé selon les règles de la Cour fédérale applicables aux actions [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]. L'instance s'est déroulée comme suit :

1. October 17, 1995: service and filing of Quebec's statement of claim and of its amended statement of claim, served and filed on February 24, 1997;
 2. April 11, 1997: service and filing of Canada's defence and service and filing of its amended defence on October 2, 1997;
 3. March 3, 1998: service and filing of Quebec's affidavit of documents and the supplementary affidavit of documents signed by Luc Monty on October 2, 1998;
 4. August 5, 1998: service and filing of Canada's affidavit of documents, signed by John Hodgson;
 5. December 22, 1998: examination for discovery of Luc Monty (Exhibit D-49);
 6. July 8 and 9, 1999 and September 17, 1999: examination after defence of John Hodgson (Exhibits P-24, P-25 and P-26);
 7. February 1, 1999: examination after defence of Luc Monty (Exhibit D-50), André Legault and André Gingras;
 8. December 21, 2000: order by Hugessen J. dismissing Quebec's motion to compel Canada to submit a new affidavit of documents and disclose documents listed in schedule 2 of the affidavit of documents signed by the late John Hodgson;
 9. The order of September 5, 2001 by Hugessen J. setting out by consent the questions put to the Court in the proceeding to begin on October 1, 2002: Hugessen J. approved the reservation made by the defendant in its letter of August 31, 2001 to the presiding judge in the event of a judgment unfavourable to the federal Crown; this reservation raised the possibility of deciding further questions, namely whether Quebec's application was complete and sufficient on the question of the mark-up on SAQ and Loto-Québec products; Canada considered
1. Le 17 octobre 1995 : signification et dépôt de la déclaration du Québec ainsi que de sa déclaration amendée, signifiée et déposée le 24 février 1997;
 2. Le 11 avril 1997 : signification et dépôt de la défense du Canada ainsi que la signification et le dépôt de sa défense précisée le 2 octobre 1997;
 3. Le 3 mars 1998 : signification et dépôt de l'affidavit de documents du Québec ainsi que l'affidavit supplémentaire de documents souscrit par Luc Monty le 2 octobre 1998;
 4. Le 5 août 1998 : signification et dépôt de l'affidavit de documents du Canada souscrit par John Hodgson;
 5. Le 22 décembre 1998 : interrogatoire au préalable de Luc Monty (pièce D-49);
 6. Les 8 et 9 juillet 1999 ainsi que le 17 septembre 1999 : interrogatoire après défense de John Hodgson (pièce P-24, P-25 et P-26);
 7. Le 1^{er} février 1999 : interrogatoire après défense de Luc Monty (pièce D-50), d'André Legault et d'André Gingras;
 8. Le 21 décembre 2000 : ordonnance de l'honorable juge Hugessen rejetant la requête du Québec visant à forcer le Canada à fournir un nouvel affidavit de documents et à divulguer les documents énumérés à l'annexe 2 de l'affidavit de documents souscrit par feu M. John Hodgson;
 9. L'ordonnance du 5 septembre 2001 de l'honorable juge Hugessen détaillant, sur consentement, les questions soumises à la Cour lors de l'instruction qui devait commencer le 1^{er} octobre 2002. Le juge Hugessen a donné acte à la réserve formulée par la défenderesse dans sa lettre du 31 août 2001 adressée au juge président advenant un jugement défavorable à la Couronne fédérale. Cette réserve soulevait la possibilité de trancher des questions additionnelles, à savoir si la demande du Québec était complète et suffisante à

[TRANSLATION] “it might be necessary . . . to again appear before the Court for a decision of these additional points”;

10. At Quebec’s request, adjournment of the proceeding scheduled for October 1, 2002, on the ground that the principal Quebec witness, Luc Monty, was unable to testify for reasons relating to the tabling of the Quebec budget.

[40] The motion for disclosure by Quebec, which was disallowed by Hugessen J. on December 21, 2000, requires further consideration.

[41] In his affidavit of documents Mr. Hodgson had listed, in Schedule II, certain documents for which Canada was claiming non-disclosure on the basis of public interest immunity. Canada’s claim was supported by a certificate from the Clerk of the Privy Council, issued pursuant to section 39 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 5(F)] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] and subsequently justified under section 37 of that Act.

[42] Among the documents Canada sought to protect were:

1. Three memorandums from Ms. Peterson, then Assistant Deputy Minister in the Federal-Provincial Relations and Social Policy Branch, to the federal Deputy Minister of Finance on September 30, 1993 and June 14 and October 31, 1994;

2. Three memorandums from the federal Deputy Minister of Finance to the federal Minister of Finance dated November 9, December 12 and December 21, 1994; and

3. A memorandum from Ms. Daigneault dated September 14, 1994.

[43] In her certificate of September 1, 2000, pursuant to the *Canada Evidence Act* it was admitted by Barbara

l’égard de la question de la marge bénéficiaire sur les produits de la SAQ et de Loto-Québec. Le Canada estimait « qu’il pourrait être nécessaire [. . .] saisie à nouveau le tribunal de ces questions additionnelles. »

10. Sur demande du Québec, ajournement du procès prévu pour le 1^{er} octobre 2002 au motif que le témoin principal du Québec, Luc Monty se trouvait dans l’impossibilité de témoigner pour cause reliée au dépôt du budget du Québec.

[40] La requête pour divulgation par le Québec, refusé par le juge Hugessen le 21 décembre 2000, mérite d’être approfondie.

[41] Dans son affidavit de documents, M. Hodgson avait énuméré à l’annexe II certains documents pour lesquels le Canada réclamait la non-divulgation sur la base de l’immunité d’intérêt public. La demande du Canada était appuyée par le certificat du greffier du conseil privé, émis en vertu de l’article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 5(F)] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] et subséquemment justifié sous l’article 37 de cette même loi.

[42] Parmi les documents que le Canada voulait protéger, on retrouve :

1. Trois notes de service de M^{me} Peterson, alors sous-ministre adjointe à la direction des relations fédérale-provinciales et de la politique sociale, au sous-ministre des finances du Canada en date du 30 septembre 1993, du 14 juin 1994 et du 31 octobre 1994;

2. Trois notes de service du sous-ministre des Finances du Canada au ministre des Finances du Canada en date du 9 novembre 1994, du 12 décembre 1994 et du 21 décembre 1994; et

3. Une note de service de M^{me} Daigneault en date du 14 septembre 1994.

[43] Il est reconnu par Barbara Anderson, dans son attestation du 1^{er} septembre 2000, en vertu de la *Loi sur*

Anderson that the documents which Canada was seeking to keep confidential and wished not to transmit to Quebec were internal briefing notes on various stabilization applications by the provinces and on the analysis of those applications, the disputed points raised and the recommendations to the Deputy Minister and the Minister.

[44] In particular, Ms. Daigneault's memorandum of September 14, 1994, was a report of the meeting of September 12, 1994, between Canada and Quebec and a summary of the points at issue.

[45] The reasons of Hugessen J. were preambular in form. I set out those which relate to the decision to reject Quebec's motion for disclosure of the aforesaid documents:

[TRANSLATION]

1. Whereas the dispute between the parties as defined within the written proceedings relates only to the validity of the decision by the federal Minister of Finance that the province of Quebec is not eligible for the Stabilization Program for the 1991-1992 fiscal year; the basic data are not in dispute and the figures to be used in making calculations are not in question; essentially the dispute has to do with the way in which the Minister interpreted and applied the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act* and the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Regulations, 1987*; there is no allegation that the Minister infringed the rules of natural justice or that the decision-making process was affected by any formal defect whatsoever; in the defendant's submission, the Minister erred in law in interpreting six particular aspects of the Quebec application;
2. Whereas therefore the internal documents created within the federal government regarding the process of consultation and the drafting of the reply to the application made by Quebec are not in any way relevant to the issue; the Minister's decision and the reasons therefor will be judged exclusively by their content; the opinions, memoranda, suggestions and drafts prepared by the Minister's subordinates, as well as minutes of interdepartmental or intergovernmental consultations, can in no way assist the Court in performing its duty, which is exclusively to assess the validity of the decision

la preuve au Canada, que les documents pour lesquels le Canada demandait le maintien de la confidentialité et la non-transmission au Québec étaient des notes d'information internes sur les diverses demandes de stabilisation des provinces ainsi que sur l'analyse de ces demandes, les points litigieux soulevés et les recommandations au sous-ministre et au ministre.

[44] Plus spécifiquement, la note de service de M^{me} Daigneault du 14 septembre 1994 était un compte-rendu de la réunion du 12 septembre 1994 entre le Canada et le Québec, ainsi qu'un résumé des points en litige.

[45] Les motifs du juge Hugessen prennent la forme de considérants. Je reproduis ceux qui sont pertinents à la décision de refuser la requête du Québec pour divulgation des documents ci-haut mentionnés :

1. Considérant que le litige engagé entre les parties, tel que défini dans les pièces de procédures écrites, ne porte que sur le bien-fondé de la décision du ministre fédéral des finances de considérer la province de Québec comme n'étant pas admissible au programme de stabilisation pour l'exercice 1991-1992; les données de base sont acquises et les chiffres devant servir pour les fins de calcul ne sont pas contestés; le litige ne porte en somme que sur la façon que le ministre a interprété et appliqué la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces* et le *Règlement de 1987 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*; il n'y a aucune allégation que le ministre ait enfreint les règles de justice naturelle ou que le processus décisionnel ait été affecté par quelque vice de forme que ce soit; selon la défenderesse, le ministre aurait erré en droit dans l'interprétation de six aspects particuliers de la demande du Québec;
2. Considérant par conséquent, que les documents internes créés au sein du gouvernement fédéral touchant au processus de consultation et à l'élaboration de la réponse à la demande présentée par le Québec ne sont nullement pertinents au litige; la décision ministérielle et sa motivation seront jugées exclusivement selon leur teneur; les avis, les notes de service, les suggestions et les ébauches proposés par les subalternes du ministre, de même que les comptes rendus des consultations interministérielles ou intergouvernementales ne sauront aider la Cour dans l'accomplissement de sa tâche qui

in question in terms of the Act and Regulations;

3. Whereas further the privilege of non-disclosure relied on by the defendant in respect of the documents listed in Schedule II appears *prima facie* to be justified and there is no reason to think that the beneficial effect of disclosure of the documents in question could outweigh the public interest in their non-disclosure; internal communications between senior officials of a department and their Minister which lead to the drafting of a decision to be made by the latter should only be disclosed in very special circumstances; in the case at bar, the plaintiff has not established that such circumstances exist.

6. Evidence

[46] Quebec's evidence was submitted by the following witnesses:

- Luc Monty, Assistant Deputy Minister in the Quebec Ministère des Finances since May 2000. In 1993 he was in the department's federal-provincial Financial Policy Branch responsible for preparing Quebec's stabilization application (Exhibit P-1) and the amended application (Exhibit P-2). With his immediate superior, Jean St-Gelais, he was present at the meetings of March 7, 1994 and that on September 12 of the same year. He testified regarding all aspects of Quebec's stabilization payment application and the dialogue between the Quebec team and the federal team.
- Gérald Plouffe, then Senior Vice-President, Administration and Finance, of the SAQ. He explained in evidence and in cross-examination the structure and operation of the SAQ mark-up. He also testified regarding the method used to increase the mark-up in 1991-1992 and the impact of the abolition of the FST on January 1, 1991 on list prices for various products sold by his employer.
- Gérald Houle, accountant, Corporate Vice President, Finance and Administration, with Loto-Québec. He

consistera exclusivement en l'appréciation de la valeur de la décision en cause à la lumière de la loi et du règlement;

3. Considérant par surcroît, que le privilège de non-divulgence invoqué par la défenderesse à l'égard des documents énumérés à l'annexe II paraît, à prime abord, justifié et qu'il n'y a aucune raison de croire que les effets bénéfiques de la divulgation des documents en question peuvent l'emporter sur l'intérêt public en leur non-divulgence; en effet, les communications internes entre les hauts fonctionnaires d'un ministère et leur ministre devant mener à l'élaboration d'une décision à être prise par celui-ci ne devront pas être divulguées sauf dans les circonstances particulières; en l'espèce, le demandeur n'a pas prouvé l'existence de telles circonstances.

6. La preuve

[46] La preuve du Québec a été présentée par les témoins suivants :

- Luc Monty, sous-ministre adjoint au ministère des Finances du Québec depuis mai 2000. En 1993, il était le fonctionnaire à la Direction des politiques financières fédérales-provinciales du ministère responsable de la préparation de la demande de stabilisation du Québec (pièce P-1) et de la demande amendée (pièce P-2). Avec son supérieur immédiat, Jean St-Gelais, il était présent aux réunions du 7 mars 1994 et à celle du 12 septembre de cette même année. Il a témoigné sur tous les aspects de la demande de paiement de stabilisation du Québec ainsi que sur le dialogue entre l'équipe du Québec et celle du Canada;
- Gérald Plouffe, alors Vice-président principal, Administration et Finances, de la SAQ. Il a expliqué, en preuve et en contre-preuve, la structure et le fonctionnement de la marge de bénéfice de la SAQ. Il a également témoigné sur la méthode utilisée pour augmenter la marge de bénéfice en 1991-1992 et sur l'impact de l'abolition de la TVF le 1^{er} janvier 1991 sur les prix de base pour divers produits vendus par son employeur;
- Gérald Houle, comptable, Vice-président corporatif, Finances et Administration à Loto-Québec. Il a témoigné

testified regarding the Loto-Québec mark-up. In particular he explained how it was structured, what its components were and the principal factors determining changes in the mark-ups. He explained the rates of return on various games sold by his organization.

• Paul Levine, expert witness on the formula used in the Quebec application to calculate the mark-up for the SAQ and Loto-Québec. That formula is:

$$\frac{\text{Sales revenue} - \text{Sales cost}}{\text{Sales cost}}$$

He concluded that the mark-up for a given year could be expressed as a percentage or in dollars (Exhibit P-78).

• Jean-Charles Doucet, at the time in question an economist with the ministère des Finances, director of the department's Analysis and Debt Service Forecasting Branch. He was a member of the Quebec team involved in preparing its stabilization payment application as regards income tax, corporate capital tax and retail sales tax. He testified on exchanges between the federal and Quebec teams at the meetings of June 15, 1993 and March 7 and September 12, 1994.

• Claude Vaillancourt, an employee of Statistics Canada, responsible for provincial analysis, and in particular public institutions. He testified regarding the classification of SOQUIA.

• Jocelyn Harvey, former director, Finance and Administration, for SOQUIA. He explained how SOQUIA was created, its mandate, its financial statements and its investments in the agri-food sector in Quebec.

• Arthur Ridgeway, Director, Balance of Payments Division, Statistics Canada. He explained the system of

sur la marge de bénéfice de Loto-Québec. Plus précisément, il a expliqué en quoi consiste sa structure, quelles sont ses composantes et les facteurs principaux qui déterminent la variation dans la marge de bénéfice. Il a expliqué l'importance du taux de retour sur les divers jeux vendus par son organisme.

• Paul Levine, témoin expert sur la formule utilisée dans la demande du Québec afin de calculer la marge de bénéfice/mark-up pour la SAQ et Loto-Québec. Cette formule est :

$$\frac{\text{Revenu des ventes} - \text{Coût des ventes}}{\text{Coût des ventes}}$$

Il a conclu que la marge de bénéfice/mark-up peut s'exprimer, pour une année, soit en pourcentage, soit en dollars (pièce P-78).

• Jean-Charles Doucet, à l'époque pertinente économiste au ministère des Finances, directeur de la Direction de l'analyse et de la prévision du service de la dette au ministère. Il était membre de l'équipe du Québec impliqué dans la préparation de sa demande de paiement de stabilisation, en ce qui a trait à l'impôt sur le revenu, la taxe sur le capital des corporations et l'impôt sur les ventes au détail. Il a témoigné sur les échanges entre les équipes du Canada et du Québec lors des réunions du 15 juin 1993, du 7 mars 1994 et du 12 septembre 1994.

• Claude Vaillancourt, à l'emploi de Statistique Canada, en charge de l'analyse provinciale, plus particulièrement, les administrations publiques. Il a témoigné sur la classification de la SOQUIA.

• Jocelyn Harvey, ancien directeur des Finances et de l'Administration chez SOQUIA. Il explique comment la SOQUIA a été constituée, son mandat, ses états financiers, et ses investissements dans le secteur agro-alimentaire au Québec.

• Arthur Ridgeway Directeur, Direction de la balance des paiements Statistique Canada. Il explique le système

business classification by Statistics Canada with relation to SOQUIA.

[47] For Canada, evidence was presented by the following testimony:

- Sylvie Daigneault, now senior economist with the Privy Council Office, who was instructed by her director, the late Mr. Hodgson, to analyse the Quebec application, and together with him and with Donald Bélanger to prepare Canada's preliminary reply. She attended the Canada-Quebec meetings of March 7 and September 12, 1994. She testified regarding all aspects of the Quebec application for a stabilization payment and Canada's concerns.

- Gilles Bussière, expert witness, chartered accountant and expert in business appraisal. He commented on Paul Levine's report and testimony. The instructions he was given were to indicate whether there was a generally accepted definition in accounting circles for the terms "mark-up" (*marge de bénéfice, marge bénéficiaire*) and "mark-up rate" (*taux de marge de bénéfice*). In his report filed with the Court (Exhibit D-110), he concluded that mark-up increases refer to absolute values (or amounts), not to rates (or percentages) as Mr. Levine concluded in his affidavit.

- Graham Lyttle, Assistant Director, Public Institutions Division, Statistics Canada. The purpose of his testimony was to explain the classification given to SOQUIA in 1978 and the changes made to its classification in 1996.

[48] In Quebec's evidence in rebuttal Luc Monty, Gérald Plouffe and Paul Levine again testified along with the following:

- Jean St-Gelais, now president and director general of the Quebec Autorité des marchés financiers, who at the relevant time (1990) was director of the Federal-Provincial Financial Policy Branch and supervised the work of the Quebec team, headed by Luc Monty, on

de classification des entreprises par Statistique Canada dans le contexte de la SOQUIA.

[47] Pour le Canada, la preuve a été faite au moyen des témoignages suivants :

- Sylvie Daigneault, aujourd'hui économiste principale au bureau du Conseil privé, qui avait été mandatée par son directeur, feu M. Hodgson, pour analyser la demande du Québec et, en collaboration avec lui et M. Donald Bélanger, pour préparer la réponse préliminaire du Canada. Elle était présente aux réunions Canada-Québec du 7 mars 1994 et du 12 septembre 1994. Elle a témoigné sur tous les aspects de la demande du Québec pour paiement de stabilisation et les préoccupations du Canada.

- Gilles Bussière, témoin expert, comptable agréé et expert en évaluation d'entreprise. Il a commenté le rapport et le témoignage de M. Paul Levine. Le mandat qu'il a reçu consiste à indiquer s'il existe une définition généralement reconnue dans le domaine de la comptabilité des expressions *marge de bénéfice, marge bénéficiaire, mark-up, taux de marge de bénéfice et mark-up rate*. Dans son rapport déposé à la Cour (pièce D-110), il conclut que les augmentations de la marge de bénéfice font référence à des valeurs absolues (ou à des montants) et non à des taux (ou à des pourcentages) comme l'a conclu M. Levine dans son affidavit.

- Graham Lyttle, directeur adjoint de la Division des institutions publiques à Statistiques Canada. Le but de son témoignage est d'expliquer la classification qu'a reçue la SOQUIA en 1978 et les changements apportés à sa classification en 1996.

[48] En contre-preuve du Québec, Luc Monty, Gérald Plouffe et Paul Levine ont témoigné à nouveau ainsi que :

- Jean St-Gelais, aujourd'hui président directeur-général de l'Autorité des marchés financiers du Québec, qui à l'époque pertinente (1990), était directeur de la Direction des politiques financières fédérales-provinciales et supervisait les travaux de l'équipe du

Quebec's application for a stabilization payment. He testified regarding the exchanges he had with the late John Hodgson, either by telephone or at the meetings of March 7 and September 12, 1994.

• Raymond Boisvert, Assistant Deputy Minister with the Quebec ministère du revenu, was director, taxation policy and fiscal forecasting, with the Quebec ministère des Finances from 1986 to 1990. He testified regarding various aspects of development of the federal reform involving the value added tax (VAT), later changed to the GST. He testified regarding the knowledge of federal officials of the impact on provincial revenues, including revenues from provincial monopolies on the sale of alcoholic beverages following the abolition of the FST.

• Gilbert L'Écuyer, attorney, employed by the Quebec ministère des Affaires intergouvernementales. He testified regarding Canada's presumed knowledge of the nature and operation of the SAQ mark-up in the context of the decision made by GATT [*General Agreement on Tariffs and Trade*, October 30, 1947, [1948] Can. T.S. No. 31] on March 22, 1988, following the complaint by the European Community regarding the practices of provincial liquor boards in Canada.

7. Structure of Act and Regulations

[49] As mentioned earlier, stabilization payments to the provinces are covered by Part II of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act* [R.S.C., 1985, c. F-8, s. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 17, s. 45)].

[50] The Act at present has several parts, including the following:

- Part I—Fiscal Equalization Payments;
- Part II—Fiscal Stabilization Payments to Provinces;

Québec, dirigée par Luc Monty, quant à la demande du Québec pour paiement de stabilisation. Il a témoigné sur les échanges qu'il a eus avec feu M. John Hodgson, soit au téléphone ou durant les réunions du 7 mars 1994 et du 12 septembre 1994.

• Raymond Boisvert, sous-ministre adjoint au ministère du Revenu du Québec, était directeur des politiques de taxation et des prévisions fiscales au ministère des Finances du Québec de 1986 à 1990. Il a témoigné sur divers aspects du développement de la réforme fédérale visant la taxe de valeur ajoutée (TVA), plus tard mutée en la TPS. Il témoigne sur la connaissance des responsables fédéraux de l'impact sur les revenus des provinces incluant les revenus des monopoles provinciaux en matière de ventes de boissons alcooliques suite à l'abolition de la TVF.

• Gilbert L'Écuyer, juriste, à l'emploi du ministère des Affaires intergouvernementales du Québec. Il a témoigné sur la connaissance présumée du Canada de la nature et du fonctionnement de la marge de bénéfice de la SAQ dans le contexte de la décision rendue par le GATT [*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, [1948] R.T. Can. n° 31] le 22 mars 1988, à la suite de la plainte de la Communauté européenne quant aux pratiques des sociétés des alcools provinciales au Canada.

7. L'économie de la Loi et du Règlement

[49] Tel que mentionné précédemment, les paiements de stabilisation aux provinces sont prévus à la partie II de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces* [L.R.C. (1985), c. F-8, art. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 17, art. 45)].

[50] La Loi comporte à l'heure actuelle plusieurs parties, dont les suivantes;

- Paiements de péréquation—partie I;
- Paiements de stabilisation aux provinces—partie II;

- Part III—Administration Agreements, including [Part III. 1] Sales Harmonization Agreements;
 - Part IV—Provincial Personal Income Tax Revenue Guarantee Payments;
 - Part V—Canada Health and Social Transfer;
 - Part VI—Alternative Payments for Standing Programs;
 - Part VII—Provincial Taxes and Fees;
 - Part VIII—General.
- Accords d'applications—partie III incluant Accords d'harmonisations de la taxe de vente [partie III.1];
 - Paiements de garanties des recettes provinciales au titre de l'impôt sur le revenu des particuliers—partie IV;
 - Transfert canadien en matière de santé et de programmes sociaux—partie V;
 - Paiements de remplacement pour les programmes permanents—partie VI;
 - Taxes et droits provinciaux—partie VII;
 - Dispositions générales—partie VIII.

[51] Section 6 of the Act, to be found in Part II of the Act, is the operational part of the Program since its first paragraph sets out the method for calculating stabilization payments. That paragraph provides that:

[t]he fiscal stabilization payment that may be paid to a province for a fiscal year is the amount, if any, as determined by the Minister, by which

(a) the revenue subject to stabilization of the province for the immediately preceding fiscal year

exceeds

(b) the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year, adjusted in prescribed manner to offset the amount, as determined by the Minister, of any change in the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year resulting from changes made by the province in the rates or in the structures of provincial taxes or other methods of raising the revenue of the province referred to in paragraphs (a) to (cc) and (ee) of the definition "revenue source" in subsection 4(2) (emphasis added).

[52] The crucial provision of the implementing Regulations is contained in section 12. That provision sets out the method for adjusting income in the reference year within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act.

[51] L'article 6 de la Loi, qui se retrouve à la Partie II de la Loi, est au cœur du fonctionnement du Programme puisque son premier alinéa établit la méthode de calcul des paiements de stabilisation. En effet, cet alinéa dispose que :

[l]e paiement de stabilisation qui peut être fait à une province pour un exercice est l'excédent, déterminé par le ministre :

a) du revenu sujet à stabilisation de la province pour l'exercice précédent

sur [. . .]

b) le revenu sujet à stabilisation de la province pour l'exercice, corrige de la manière prescrite de façon à compenser toute variation, déterminé par le ministre, du revenu sujet à stabilisation de la province pour l'exercice résultant de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement du revenu de la province qui correspond aux alinéas a) à cc) et ee) de la définition de « source de revenu » au paragraphe 4(2) (Je souligne).

[52] La disposition névralgique du règlement d'application se retrouve à l'article 12. Cette disposition prescrit la méthode de la correction des revenus de l'année de référence au sens de l'alinéa 6(1)b) de la Loi.

[53] Under that provision, the Minister must:

12. (1) . . .

(a) add to the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year as otherwise determined the amount of the decrease in revenues in the fiscal year that results from changes in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising revenue, including the following changes:

[. . .]

(b) subtract from the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year as otherwise determined the amount of the increase in revenues in the fiscal year that results from changes either in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising revenue, including the following changes: [Emphasis added.]

[54] I would note that sections 4, 5 and 6 of the Act and the relevant provisions of the implementing Regulations are set out in an appendix to these reasons.

8. Questions to be answered

[55] According to the order by Hugessen J. on September 5, 2001, the issues are:

[TRANSLATION]

1. What is the standard of review applicable to judicial review of the Minister's decision to reject the application by Quebec for stabilization payments made pursuant to the *Act* and *Regulations* for the fiscal year 1991-1992?

2. Did the Minister make a reviewable error in his findings regarding each of the six items at issue in the case at bar? Namely:

(a) that the adoption of the *Act to Amend the Retail Sales Tax Act and other fiscal legislation* to enable the Quebec Sales Tax ("QST") to be applied to the Goods and Services Tax ("GST") is not a change made by Quebec to its tax structure within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(b)(i) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year;

[53] Suivant cette disposition, le ministre doit :

12. (1) [. . .]

a) d'une part, ajouter au montant par ailleurs déterminé du revenu soumis à stabilisation de la province, le montant de la diminution des revenus au cours de l'année financière qui résulte de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement de la province, notamment

[. . .]

b) d'autre part, soustraire du montant, par ailleurs établi du revenu soumis à stabilisation de la province pour l'année financière, le montant de l'augmentation des revenus au cours de l'année financière qui résulte de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux, soit des autres mécanismes de prélèvement de la province, notamment les changements suivants [Je souligne.]

[54] Je précise que les articles 4, 5 et 6 de la Loi, de même que les dispositions pertinentes de son règlement d'application sont reproduits en annexe aux présents motifs.

8. Les questions à trancher

[55] Selon l'ordonnance du juge Hugessen en date du 5 septembre 2001, les points en litige sont :

1. Quel est le critère de contrôle applicable à l'examen judiciaire de la décision du ministre de refuser la demande de paiement de stabilisation du Québec présentée en vertu de la *Loi* et du *Règlement* pour l'exercice financier 1991-1992?

2. Est-ce que le ministre a commis une erreur révisable dans ses déterminations relatives à chacun des six éléments en litige en l'espèce, à savoir :

a) Que l'adoption de la *Loi modifiant la Loi concernant l'impôt sur la vente au détail et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal* afin de permettre notamment l'application de la Taxe de Vente du Québec (la «TVQ») sur la Taxe sur les Produits et Services (la «TPS»), ne constitue pas un changement apporté à la structure fiscale du Québec au sens de l'article 6(1)(b) de la Loi et de

(b) that the increased mark-up of the Société des alcools du Québec (“SAQ”) for the 1991-1992 fiscal year is not an increase in the mark-up on goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(b)(viii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year;

(c) that the revenue decrease from the retail sales tax [the QST] for the 1991-1992 fiscal year resulting from the coming into force on January 1, 1991 of the Protocol on fiscal reciprocity between Canada and Quebec signed on December 21, 1990, results from a change made by Quebec in the structure of a mode of raising revenue of the province within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(a) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year. Is the defendant right in arguing, alternatively, that the province’s revenue from a fiscal reciprocity agreement is not revenue subject to stabilization?

(d) that the interest revenue received by Quebec on taxes levied on personal income and corporate income is not a revenue source within the meaning of section 4(2)(a) and (b) of the Act and is covered by the definition of “miscellaneous revenue” set out in section 4(2)(ff) of the Act and section 5(1)(ee)(vii) of the Regulations, which should not be taken into account by the Minister of Finance of Canada in calculating the revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year;

(e) that the increased mark-up rate of the Société des loteries et courses du Québec (Loto-Québec) for the 1991-1992 fiscal year is not an increase in the mark-up of goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(b)(viii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year;

(f) that the revenue from the Société québécoise d’initiatives agro-alimentaires (SOQUIA) is not income from a business enterprise within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 5(1)(b)(ii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year. [Emphasis added.]

9. Applicable rule of interpretation

[56] The solution to the questions raised in the case at bar depends largely on the interpretation of certain key

l’article 12(1)(b)(i) du Règlement pour l’exercice 1991-1992;

b) Que l’augmentation du taux de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec (la « SAQ ») pour l’exercice financier 1991-1992 ne constitue pas une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l’article 6(1)(b) de la Loi et de l’article 12(1)(b)(viii) du Règlement pour l’exercice 1991-1992;

c) Que la baisse des revenus provenant de la Taxe sur les ventes au détail [la TVQ] pour l’exercice 1991-1992 qui résulte de l’entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1991, du Protocole d’accord de réciprocité fiscale intervenu entre le Canada et le Québec le 21 décembre 1990, résulte d’un changement fait par le Québec dans la structure d’un mécanisme de prélèvement de la province au sens de l’article 6(1)(b) de la Loi et de l’article 12(1)(a) du Règlement pour l’exercice 1991-1992. Est-ce que la défenderesse a raison de prétendre que, subsidiairement, les revenus de la province découlant d’un accord de réciprocité fiscale ne sont pas des revenus sujets à stabilisation?

d) Que les revenus d’intérêt perçus par le Québec sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et sur le revenu des corporations ne constituent pas une source de revenus au sens des alinéas a) et b) de l’article 4(2) de la Loi et qu’ils sont visés par la définition de « revenus divers » prévue par l’article 4(2)(ff) de la Loi et par l’article 5(1)(ee)(vii) du Règlement dont le ministre des Finances du Canada pour l’exercice 1991-1992 ne doit pas tenir compte dans son calcul du revenu sujet à stabilisation de la province;

e) Que l’augmentation du taux de la marge bénéficiaire de la Société des loteries et courses du Québec («Loto-Québec») pour l’exercice 1991-1992 ne constitue pas une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l’article 6(1)(b) de la Loi et de l’article 12(1)(b)(viii) du Règlement pour l’exercice 1991-1992;

f) Que les revenus tirés de la Société québécoise d’initiatives agro-alimentaires (la «SOQUIA») ne constituent pas des revenus d’une entreprise commerciale au sens de l’article 6(1)(b) de la Loi et de l’article 5(1)(b)(ii) du Règlement pour l’exercice 1991-1992. [Je souligne.]

9. Le principe d’interprétation applicable

[56] La solution aux questions soulevées dans le présent litige dépend grandement de l’interprétation de

words which appear in the Act, in particular the wording “resulting from changes made by the province in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising the revenue of the province referred to in paragraphs (a) to (cc) and (ee) of the definition ‘revenue source’ in subsection 4(2)” found in section 6 of the Act and section 12 of the Regulations, and the phrase “miscellaneous provincial taxes and revenues” found in the definition of “revenue source” in paragraph 4(2)(ff) of the Act and paragraph 5(1)(ee) of the Regulations.

[57] In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, Iacobucci J., speaking for the Supreme Court of Canada, indicated what the method of interpretation applicable to statutory construction was [at paragraphs 21-23]:

Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) (hereinafter “*Construction of Statutes*”); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)), Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

...

I also rely upon s. 10 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1980, c. 219, which provides that every Act “shall be deemed to be remedial” and directs that every Act shall “receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit”.

Although the Court of Appeal looked to the plain meaning of the specific provisions in question in the present case, with respect, I believe that the court did not pay sufficient attention to the scheme of the *ESA*, its object or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue

certain mots-clés qui apparaissent dans la Loi, notamment la phrase « résultant de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement du revenu de la province qui correspond aux alinéas a) à cc) et ee) de la définition de “source de revenu” au paragraphe 4(2) » que l’on retrouve à l’article 6 de la Loi et à l’article 12 du Règlement, ainsi que de l’expression « revenus et impôts provinciaux divers », qui se retrouve dans la définition de « source de revenu », prévue au paragraphe 4(2)(ff) de la Loi et au paragraphe 5(1)(ee) du Règlement.

[57] Dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour suprême du Canada, a précisé quelle était la méthode d’interprétation applicable en matière d’interprétation des lois [aux paragraphes 21 à 23] :

Bien que l’interprétation législative ait fait couler beaucoup d’encre (voir par ex. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994) (ci-après *Construction of Statutes*); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990)), Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[...]

Je m’appuie également sur l’art. 10 de la *Loi d’interprétation*, L.R.O. 1980, ch. 219, qui prévoit que les lois « sont réputées apporter une solution de droit » et doivent « s’interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables ».

Bien que la Cour d’appel ait examiné le sens ordinaire des dispositions en question dans le présent pourvoi, en toute déférence, je crois que la cour n’a pas accordé suffisamment d’attention à l’économie de la *LNE*, à son objet ni à l’intention du législateur; le contexte des mots en cause n’a pas non plus

appropriately recognized. I now turn to a discussion of these issues. [Emphasis added.]

[58] In *Rizzo & Rizzo Shoes*, above, the problem was whether certain employees of the company who were dismissed following the latter's bankruptcy were entitled to termination or severance pay pursuant to the Ontario *Employment Standards Act* [R.S.O. 1980, c. 137] (the ESA). The Ontario Court of Appeal answered this question in the negative, holding that when a creditor petitions an employer into bankruptcy the employees are not dismissed by the employer but by the operation of law.

[59] It should be noted that in the ESA, the legislature had used the following words in section 40 [as am. by S.O. 1987, c. 30, s. 4]: "No employer shall terminate the employment of an employee". Paragraph 40a (1a) [as enacted by S.O. 1981, c. 22, s. 2; 1987, c. 30, s. 5] also contains the words "Where . . . fifty or more employees have their employment terminated by an employer", which led Iacobucci J. [at paragraph 18] to observe that "the plain language of those provisions suggests that termination pay and severance pay are payable only when the employer terminates the employment."

[60] However, Iacobucci J. refused to adopt such a limiting interpretation and indicated his disagreement with such a method of interpretation at paragraph 20:

At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation. Consistent with the findings of the Court of Appeal, the plain meaning of the words of the provisions here in question appears to restrict the obligation to pay termination and severance pay to those employers who have actively terminated the employment of their employees. At first blush, bankruptcy does not fit comfortably into this interpretation. However, with respect, I believe this analysis is incomplete. [Emphasis added.]

[61] The Supreme Court of Canada accordingly allowed the appeal of Iacobucci J., concluding that although the Ontario Court of Appeal had considered

été pris en compte adéquatement. Je passe maintenant à l'analyse de ces questions. [Je souligne.]

[58] Dans l'affaire *Rizzo & Rizzo Shoes*, précitée, le problème était de savoir si certains employés de la compagnie, congédiés à la suite de la faillite de celle-ci, avaient droit à une indemnité de licenciement et de cessation d'emploi en application de la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario [L.R.O. 1980, ch. 137] (la LNE). La Cour d'appel de l'Ontario avait répondu non à cette question, statuant que, lorsqu'un créancier présente une pétition en faillite contre un employeur, les employés ne sont pas licenciés par l'employeur mais par l'effet de la Loi.

[59] Il convient de préciser que dans la LNE le législateur avait utilisé à l'article 40 [mod. par L.O. 1987, ch. 30, art. 4] les mots suivants : « Aucun employeur ne doit licencier un employé ». Le paragraphe 40a (1a) [édicte par L.O. 1981, ch. 22, art. 2; 1987, ch. 30, art. 5] contient également les mots : « si [. . .] l'employeur licencie cinquante employés ou plus », ce qui a incité le juge Iacobucci [au paragraphe 18] à préciser « que le libellé clair de ces dispositions donne à penser que les indemnités de licenciement et de cessation d'emploi doivent être versées seulement lorsque l'employeur licencie l'employé ».

[60] Le juge Iacobucci a toutefois refusé d'adopter une interprétation aussi limitée et il a manifesté son désaccord avec une telle méthode d'interprétation, au paragraphe 20 :

Une question d'interprétation législative est au centre du présent litige. Selon les conclusions de la Cour d'appel, le sens ordinaire des mots utilisés dans les dispositions en cause paraît limiter l'obligation de verser une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi aux employeurs qui ont effectivement licencié leurs employés. À première vue, la faillite ne semble pas cadrer très bien avec cette interprétation. Toutefois, en toute déférence, je crois que cette analyse est incomplète. [Je souligne.]

[61] La Cour suprême du Canada a donc accueilli l'appel du juge Iacobucci concluant que, bien que la Cour d'appel de l'Ontario ait examiné le sens ordinaire

the ordinary meaning of the provisions in question, it did not pay sufficient attention to the scheme of the ESA, its purpose and the intention of the legislature. In other words, in the view of Iacobucci J. the context was not taken sufficiently into account.

10. Analysis

10.1. Preliminary question

[62] The first issue, that of the standard of review, raises a preliminary question regarding the jurisdiction conferred on the Federal Court by section 19 of the *Federal Court Act*. Is this a trial *de novo*, an appeal or a judicial review?

[63] It should be noted that the answer to this preliminary question will determine the fate of the objection raised by Canada regarding the inadmissibility of any new evidence submitted by Quebec. This objection is based on a well-known rule associated with an application for judicial review, namely that apart from very special circumstances no new evidence may be submitted. To the extent that this rule applies to applications for judicial review, the objection raised by Canada will clearly have no bearing if I determine that the action at bar should be heard as a trial *de novo*.

[64] In the opinion of Quebec, the action at bar is not a judicial review and so this Court is absolutely not limited by the criteria applicable to applications for judicial review. In Quebec's submission the jurisdiction of this Court under section 19 of the *Federal Court Act* and under section 1 of the complementary Quebec legislation (S.Q. 1906, c. 6 [*An Act respecting the Supreme Court of Canada and the Exchequer Court of Canada*]) differs in nature from the ordinary jurisdiction to decide disputes between the federal government and ordinary persons, or between the latter, jurisdiction which is conferred by sections 17 [as am. by S.C. 1990 c. 8, s. 3] and 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act*. In other words, Quebec argues that this Court should hear the action at bar *de novo*.

des dispositions en question, elle n'avait pas accordé suffisamment d'attention à l'économie de la LNE, à son objet ou à l'intention du législateur. Autrement dit, selon le juge Iacobucci, le contexte n'avait pas été pris adéquatement en compte.

10. Analyse

10.1. La question préliminaire

[62] La première question en litige, soit celle de la norme de contrôle, soulève une question préliminaire quant à la nature de la compétence conférée à la Cour fédérale par l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*. S'agit-il d'un procès *de novo*, d'un appel ou d'un contrôle judiciaire?

[63] Il convient de préciser que la réponse à cette question préliminaire déterminera le sort de l'objection qui a été soulevée par le Canada quant à l'inadmissibilité de toute nouvelle preuve présentée par le Québec. Cette objection se fonde sur une règle bien connue dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire, à savoir que sous réserve de circonstances bien particulières aucune nouvelle preuve ne peut être présentée. Dans la mesure où cette règle s'applique aux demandes de contrôle judiciaire, l'objection soulevée par le Canada ne sera d'aucune pertinence si je détermine que le présent recours doit être instruit comme un procès *de novo*.

[64] Le Québec est d'avis que le présent recours n'est pas un contrôle judiciaire et donc que cette Cour n'est absolument pas restreinte par les critères applicables aux demandes de contrôle judiciaire. Selon le Québec, la compétence de cette Cour, sous l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* et sous l'article 1 de la législation québécoise complémentaire (S.Q. 1906, ch. 6 [*Loi concernant la Cour suprême du Canada et la Cour de l'échiquier du Canada*]) diffère par sa nature de la compétence ordinaire de décider les litiges entre le gouvernement fédéral et des personnes ordinaires ou entre ces dernières, compétence prévue aux articles 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3] et 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Autrement dit, le Québec soutient que cette Cour doit entendre le présent litige *de novo*.

[65] In the event that this Court concludes that the nature of the action is one of judicial review, Quebec alternatively submits that the applicable standard of review in the circumstances would be that of correctness, since the questions raised are simple questions of law which require reference to concepts of statutory interpretation and general legal reasoning, which are within the expertise of courts of law.

[66] Canada, for its part, maintains that even if the case were heard as an action, the proceeding is still essentially an application for judicial review. In Canada's submission, section 19 merely confers jurisdiction and the parties should comply with the other legislative and regulatory provisions, as well as the rules of procedure and the rules of equity which ordinarily apply to the action brought. Further, Canada submits that the proceeding is really in the nature of an application for judicial review, especially as the order by Hugessen J. adopts classic judicial review language. Accordingly, the action cannot be regarded as a trial *de novo*, since there is a decision by the Minister in question and procedural fairness requires that section 19 should not be used to create a new record and allow the Court to admit new evidence, which could have been produced earlier.

[67] With this in mind, Canada submits that in the circumstances the applicable standard of review is that of reasonableness *simpliciter*. In Canada's submission the questions raised are questions of fact and mixed questions of fact and law. Canada submits alternatively that, even if the Court were to conclude that the questions raised in the case at bar are pure questions of law, they deal with such a specialized area that the Court should exercise great restraint by applying at least the reasonableness standard of review *simpliciter*.

[68] That said, I feel it is not possible to decide this question without first undertaking an analysis of the

[65] Dans l'éventualité où cette Cour devrait conclure que la nature du recours est celle d'un contrôle judiciaire, le Québec soumet subsidiairement que la norme de contrôle applicable dans les circonstances serait celle de la décision correcte, puisque les questions soulevées sont des pures questions de droit qui font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui relèvent de l'expertise des cours de justice.

[66] Le Canada soutient quant à lui que, même si l'affaire était instruite comme une action, le recours demeure essentiellement une demande de contrôle judiciaire. L'article 19 est, selon le Canada, simplement attributif de compétence et les parties doivent se conformer aux autres attributions législatives et réglementaires, ainsi qu'aux règles de procédure et aux principes d'équité normalement applicables au recours entrepris. En outre, le Canada soumet que le recours est véritablement de la nature d'une demande de révision judiciaire d'autant plus que l'ordonnance du juge Hugessen reprend les termes classiques d'un contrôle judiciaire. Le recours ne peut donc être considéré comme un procès *de novo*, puisqu'il y a une décision du ministre en cause et que l'équité procédurale exige que l'article 19 ne soit pas utilisé afin de constituer un nouveau dossier et permettant la Cour d'admettre une nouvelle preuve, qui aurait pu être produite antérieurement.

[67] Dans cette optique, le Canada soumet que la norme de contrôle applicable dans les circonstances est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. En effet, selon le Canada, les questions soulevées sont des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit. Le Canada soumet subsidiairement que, même si la Cour devait conclure que les questions soulevées en l'espèce sont de pures questions de droit, celles-ci ont trait à un domaine si spécialisé que la Cour doit faire preuve d'une grande retenue en appliquant minimalement la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[68] Ceci étant dit, je suis d'avis qu'il n'est pas possible de trancher cette question sans procéder de

historical development of section 19 of the *Federal Court Act*.

[69] The first traces of section 19 as we know it today [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 28] are to be found in section 54 of *The Supreme and Exchequer Court Act*, which received Royal Assent on April 8, 1875. By that provision, headed “Special Jurisdiction” and having the marginal note “Powers to be exercised with consent of Local Legislatures”, the Exchequer Court was given jurisdiction in cases:

54. . . . (1st) Of controversies between the Dominion of Canada and such Province; (2nd) Of controversies between such Province and any other Province or Provinces, which may have passed a like Act.

[70] To create the jurisdiction of the Exchequer Court the provinces had to adopt legislation acknowledging this jurisdiction, and this was done by the Quebec Legislative Assembly in 1906. This statute, which received Royal Assent on March 7, 1906, is to be found in chapter 6 of the Statutes of the Province of Quebec and is worded as follows:

1. The Supreme Court of Canada and the Exchequer Court of Canada, or the Supreme Court alone, according to the provisions of chapter 135 of the Revised Statutes of Canada, shall have jurisdiction in the following cases:

1. Of controversies between the Dominion of Canada and this Province;

2. Of controversies between any other province of the Dominion, which may have passed an act similar to the present act, and this Province.

2. In case sittings of the Exchequer Court of Canada are appointed to be held in any city, town or place in which a court-house is situated, the judge presiding at such sittings shall have, in all respects, the same authority as a judge of the Superior Court in regard to the use of the court-house and other buildings or apartments set apart in such place for the administration of justice.

3. This Act shall come into force on the day of its sanction.

[71] The English wording of section 19 always used the word “controversies” in these earlier forms, while

prime abord à une étude de l'évolution historique de l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[69] On retrouve les premières traces de l'article 19, tel qu'on le connaît aujourd'hui [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 28], à l'article 54 de l'*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, sanctionné le 8 avril 1875. Selon cette disposition, intitulée « Juridiction spéciale » et portant la note marginale « Pouvoir à exercer du consentement des législatures locales », la Cour de l'Échiquier s'est vue conférer une compétence sur :

54. [. . .] (1.) Les contestations entre la puissance du Canada et cette province; et (2.) Les contestations entre cette province et quelque autre province ou quelques autres provinces qui auront passé un acte semblable.

[70] Pour que la compétence de la Cour de l'Échiquier prenne naissance, les provinces se devaient d'adopter une loi leur reconnaissant cette compétence, ce qu'a fait l'assemblée législative du Québec en 1906. Cette loi, sanctionnée le 7 mars 1906, se retrouve au chapitre 6 des Statuts de la province de Québec et son libellé est le suivant :

1. La Cour suprême du Canada et la Cour de l'échiquier du Canada, ou la Cour suprême seule, ont, d'après les dispositions du chapitre 135 des Statuts révisés du Canada, juridiction dans les cas suivants :

1. Dans les cas de contestations entre la puissance du Canada et la province de Québec;

2. Dans les cas de contestations entre toute autre province de la puissance, qui peut avoir passé une loi semblable à la présente loi, et la province de Québec.

2. Dans le cas où la Cour de l'échiquier du Canada est appelée à tenir ses séances dans une cité, une ville ou dans un endroit où il existe un palais de justice, le juge président chacune de ces séances a, à tous égards, la même autorité qu'un juge de la Cour supérieure, en ce qui regarde l'usage du palais de justice et des autres bâtiments ou salles réservées, en tel endroit, à l'administration de la justice.

3. La présente loi entrera en vigueur le jour de sa sanction.

[71] Le texte anglais de l'article 19 dans ces formes antérieures a toujours utilisé « *controversies* » alors que

the French text used the word “*contestations*” in 1875, which was subsequently replaced by the word “*différends*”.

[72] A slight alteration to the French text was made in section 19 of the *Federal Court Act*, 1970 [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. Under this new wording, in cases “*de litige . . . entre le Canada et cette province*”, the Federal Court has jurisdiction “*pour juger ces litiges et la Division de première instance connaît de ces questions en première instance*” (emphasis added). At that time, the English was “the Court has jurisdiction to determine such controversies and the Trial Division shall deal with any such matter in the first instance.”

[73] I complete this overview of the historical development of section 19 by noting that in 1886, following a revision of the *The Supreme and Exchequer Court Act*, section 54 became section 72 [*The Supreme and Exchequer Courts Act*, R.S.C. 1886, c. 135]. After these two courts were separated in 1906, section 32 of the *Exchequer Court Act* [R.S.C. 1906, c. 140] replaced section 72 (Statutes of Canada, chapter 140).

[74] In their written arguments, counsel for Quebec analysed all the decisions rendered under section 19 since 1875. For the purposes of this judgment, I need only analyse the cases which deal with the nature of the jurisdiction conferred by the section.

[75] The question of the nature of section 32 of the *Exchequer Court Act*, now section 19 of the *Federal Courts Act* [the *Federal Court Act* herein], was dealt with for the first time by Idington J. of the Supreme Court of Canada in *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada* (1907), 39 S.C.R. 14 [hereinafter *Ontario Trust Fund*]. In that case, the province of Ontario sued Canada for money which it alleged was owed to it, namely ½ percent interest on the capital of certain funds held in trust which were the property of the Province. Ontario also sought a ruling that the federal government did not have the right without its consent to alter or reduce interest rates on

le texte français a utilisé le terme « contestations » en 1875 lequel a été subséquemment remplacé par le terme « différends ».

[72] Une légère modification au texte français est apparue à l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10]. Suivant ce nouveau libellé, dans les cas « de litige [. . .] entre le Canada et cette province », la Cour fédérale a compétence « pour juger ces litiges et la Division de première instance connaît de ces questions en première instance » (je souligne). À cette époque, le texte anglais était ainsi rédigé « *the Court has jurisdiction to determine such controversies and the Trial Division shall deal with any such matter in the first instance* ».

[73] Je complète ce survol de l'évolution historique de l'article 19 en signalant qu'en 1886, suite à une refonte de l'*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, son article 54 devient son article 72 [*Acte des Cours Suprême et de l'Échiquier*, S.R.C. 1886, ch. 135]. Après que ces deux Cours furent scindés, en 1906, l'article 32 de la *Loi de la cour de l'Échiquier* [S.R.C. 1906, ch. 140] remplace l'article 77 (Statut du Canada, chapitre 140).

[74] Dans leurs prétentions écrites, les procureurs du Québec ont analysé toutes les décisions qui ont été rendues sous l'article 19 depuis 1875. Pour les fins du présent jugement, il me suffit d'analyser seulement les arrêts qui nous renseignent sur la nature de la compétence attribuée par cet article.

[75] La question de la nature de l'article 32 de la *Loi de la cour de l'Échiquier*, maintenant l'article 19 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales* [la *Loi sur la Cour fédérale* en l'espèce], a été traitée pour la première fois par le juge Idington de la Cour suprême du Canada dans *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada* (1907), 39 R.C.S. 14 (ci-après *Fonds de fiducie de l'Ontario*). Dans cette affaire, la province de l'Ontario poursuivait le Canada pour obtenir des sommes d'argent qu'elle alléguait lui être dues en l'espèce, 1/2 % de l'intérêt sur le capital de certains fonds détenus en fiducie, propriété de la province. L'Ontario recherchait également une

this money held in trust.

[76] The comments by Idington J. on the nature of section 32 of the *Exchequer Court Act* were as follows [at pages 44-45]:

It is to be observed that the case presents many novelties. When the rights were created upon which the parties rest, there was no court to determine which might be right or wrong. When we look at it as a case of the Crown against the Crown it is anomalous indeed.

When we try to grasp the principles that must guide us we find those principles of law that govern individuals in their several relations in many respects apt for the purpose. They do not, however, cover the whole ground.

When we reflect for a moment, we find that to apply only these principles to the adjustment of the rights of independent provinces, or of an independent province and the Dominion, we find we are face to face with problems requiring other considerations and for which we have no precedent. If the ordinary constitutional principles we have been accustomed to deal with fail to cover the whole ground, when we seek for precedents amongst those who are governed by a federal system, and the fundamental principles of our English law, and have developed those principles and those of constitutional government in relation to the rights of federated states *inter se*, we are warned by the recent case of *Webb v. Outrin* how much the Crown may stand for in our federal system.

I have, following the lines of argument before us, treated the matter in part as if in law there could be a contract, and as if in fact there were a contract, though obviously it is an assumption of the Crown, contracting with the Crown. I have reasoned as if there might be and as if there were a trust created in fact, and in law, and as if we could bring to and within our jurisdiction a partial supervision of the execution of such a trust. [Emphasis added.]

[77] After setting out section 32 of the *Exchequer Court Act*, Idington J. wrote [at pages 45-46]:

déclaration que le fédéral n'avait pas le droit, sans son assentiment, de modifier ou de réduire les taux d'intérêt sur ces fonds détenus en fiducie.

[76] La réflexion du juge Idington sur la nature de l'article 32 de la *Loi de la cour de l'Échiquier* est la suivante [aux pages 44 et 45] :

[TRADUCTION]

Il faut noter que l'affaire présente de nombreuses nouveautés. Lorsque les droits sur lesquels les parties s'appuient ont été créés, il n'y avait pas de cour pour décider qui pouvait avoir raison et qui pouvait avoir tort. Lorsqu'on considère la situation comme une affaire de la couronne contre la Couronne la situation est effectivement anormale.

Lorsqu'on essaie de saisir les principes qui doivent nous guider, nous trouvons appropriés à cette fin les principes de droit qui régissent les individus dans leurs diverses relations à plusieurs égards. Ils ne couvrent pas cependant toute la situation.

Lorsqu'on réfléchit pendant un moment, nous concluons que le fait de n'appliquer que ces principes à l'adaptation des droits des provinces autonomes, ou d'une province autonome et du Dominion du Canada, entraîne que nous sommes en présence de problèmes qui requièrent la considération d'autres aspects pour lesquels il n'y a pas de précédents. Si les principes constitutionnels ordinaires avec lesquels nous avons l'habitude de traiter ne couvrent pas toute la situation, et si on cherche des précédents parmi les États qui sont régis par un système fédéral et les principes fondamentaux de notre droit anglais, et qui ont élaboré ces principes et ceux d'un gouvernement constitutionnel en rapport avec les droits des États fédérés entre eux, c'est la récente affaire *Webb c. Outrin* qui nous informe de ce que la Couronne peut représenter dans notre système fédéral.

J'ai, en suivant l'argumentation qui nous est présentée, traité la question en partie comme si, en droit, il pouvait y avoir un contrat et comme si, dans les faits, il y avait un contrat, bien qu'il s'agisse évidemment d'un engagement de la Couronne envers la Couronne. J'ai fait une analyse comme s'il pouvait y avoir, et comme s'il y avait, exercer notre compétence pour une supervision partielle de l'exécution d'une telle fiducie. [Je souligne.]

[77] Après avoir reproduit l'article 32 de la *Loi de la cour de l'Échiquier*, le juge Idington a écrit [aux pages 45 et 46] :

This section does not trouble with such difficulties, as suggested above, but in a most dramatic manner imposes on the court below and on us, the duty of settling the controversy whether arising from contract or trust. [Emphasis added.]

[78] In 1909 the Supreme Court of Canada again resolved a dispute between Canada and Ontario. This decision is indexed as *Ontario, Province of v. Dominion of Canada* (1909), 42 S.C.R. 1. In that case the federal government was claiming by action reimbursement of money which it had spent to extinguish the title to Aboriginal land following a treaty between Canada and certain Ojibway bands, land which was later found to be the property of the Province of Ontario.

[79] In this latter case Idington J. wrote the following regarding the nature of the jurisdiction conferred on the Exchequer Court by section 32 of the *Exchequer Court Act* [at page 101]:

We should, I think, first to consider the nature of the jurisdiction given by section 32 of the “Exchequer Court Act” in assigning to that court the power to “determine controversies” arising between the Dominion and a province that has acceded thereto.

The language is comprehensive enough to cover claims founded on some principles of honour, generosity or supposed natural justice, but no one in argument ventured to say the court was given any right to proceed upon any such ground. It seemed conceded that we must find a basis for the claim either in a contractual or (bearing in mind that the controversy is the Crown against the Crown for both parties act in the name of the Crown) quasi-contractual relation between the parties hereto or on some ground of legal equity. [Emphasis added.]

[80] In that case Duff J., as he then was, wrote at pages 118-119:

[TRADUCTION]

Cet article ne comporte pas de telles difficultés, selon ce qui est suggéré précédemment, mais d’une manière plus frappante nous impose, et impose à l’instance inférieure, l’obligation de régler la contestation, qu’elle résulte d’un contrat ou d’une fiducie. [Je souligne.]

[78] En 1909, la Cour suprême du Canada a de nouveau tranché un différend opposant le Canada et l’Ontario. Cette décision est répertoriée *Ontario, Province of v. Dominion of Canada*, [1909] 42 R.C.S. 1. Dans cette affaire le gouvernement fédéral réclamait, au moyen d’une action, le remboursement de sommes qu’il avait déboursées pour éteindre le titre des terres autochtones à la suite d’un traité entre le Canada et certaines bandes Ojibway, des terres qui ultimement ont été déterminées être la propriété de la province de l’Ontario.

[79] Dans le cadre de cette dernière affaire, le juge Idington a écrit ce qui suit au sujet de la nature de la juridiction accordée à la Cour de l’Échiquier par l’article 32 de la *Loi de la cour de l’Échiquier* [à la page 101]:

[TRADUCTION]

Nous devrions je pense, examiner d’abord la nature de la compétence accordée par l’article 32 de la « Loi de la cour de l’Échiquier » en conférant à cette cour le pouvoir de « juger ces différends » qui naissent entre le Dominion du Canada et une province qui a donné son adhésion à cette loi.

Le langage est suffisamment exhaustif pour couvrir de réclamations fondées sur certains principes d’honneur, de générosité ou de prétendue justice naturelle, mais, dans les observations, on ne s’est pas aventuré à dire qu’il avait été conféré à la cour le droit d’agir sur le fondement de l’un ou l’autre de ces principes. Il semblait reconnu qu’il fallait trouver un fondement à la réclamations soit sur une relation contractuelle (il faut garder à l’esprit que la contestation est entre la Couronne et la Couronne étant donné que les deux parties agissent au nom de la Couronne) ou quasi contractuelle entre les parties présentes, soit sur un certain motif en equity. [Je souligne.]

[80] Dans cet arrêt, le juge Duff, avant qu’il ne soit nommé juge en chef du Canada, a écrit aux pages 118 et 119 :

The “Exchequer Court Act” confers upon that court jurisdiction to decide a controversy such as this. It says nothing about the rule to be applied in reaching a decision; but it is not to be supposed that (acting as a court) that court is to proceed only upon such views as the judge of the court may have concerning what (in the circumstances presented to him) it would be fair and just and proper that one or the other party to the controversy should do. I think that in providing for the determination of controversies the Act speaks of controversies about rights; pre-supposing some rule or principle according to which such rights can be ascertained; which rule or principle could, it should seem, be no other than the appropriate rule or principle of law. I think we should not presume that the Exchequer Court has been authorized to make a rule of law for the purpose of determining such a dispute; or to apply to such a controversy a rule or principle prevailing in one locality when, according to accepted principles, it should be determined upon the law of another locality. This view of the functions of the court under the Act does not so circumscribe those functions as greatly to restrict the beneficial operation of the statute. Whatever the right of the Dominion in such a case as the present it is difficult to see how the province could (apart from the statute and without its consent given in the particular case) be brought before any court to answer the Dominion’s claim. The statute referred to and the correlative statute of the province once for all give a legal sanction to such proceedings, and provide a tribunal (where none existed) by which, at the instance of either of them, their reciprocal rights and obligations touching any dispute may be ascertained and authoritatively declared. [Emphasis added.]

[81] These comments by Duff and Idington JJ. received the approval of the Privy Council in the appeal from this judgment, indexed as *Canada (Dominion of) v. Ontario (Province of)*, [1910] A.C. 637 (P.C.) [at page 645], in which the reasons were written by Lord Loreburn:

Their Lordships are of opinion that in order to succeed the appellants must bring their claim within some recognized legal principle. The Court of Exchequer, to which, by statutes both of the Dominion and the province, a jurisdiction has been committed over controversies between them, did not thereby acquire authority to determine those controversies only according to its own view of what in the circumstances might

[TRADUCTION]

La « Loi de la cour de l’Échiquier » confère à cette cour la juridiction de juger ces différends. Cette loi ne prévoit rien quant à la règle à appliquer pour arriver à une décision; on se doit toutefois pas supposer que cette cour (lorsqu’elle agit à cet égard) instruit des affaires selon les seules opinions que le juge de la cour peut avoir à l’égard de ce qui (selon la situation qui lui est présentée) serait juste, équitable et correct quant à ce que devrait faire l’une ou l’autre des parties au différent. Je pense que cette loi, en prévoyant que la cour peut trancher les différends, visé les différends se rapportant à des droits; le fait de supposer préalablement une règle ou un principe selon lequel de tels droits peuvent être établis pourrait, semblerait-il, faire en sorte qu’aucune autre règle ou principe de droit ne serait approprié. Je pense que nous ne devrions pas présumer que la Cour de l’Échiquier a été autorisée à faire une règle de droit pour que soit tranché un tel différend ou à appliquer à un tel différend une règle ou un principe l’emportant dans un lieu alors que selon les principes reconnus, il devrait être tranché selon la loi d’un autre lieu. Le point de vue quant aux fonctions de la Cour suivant la Loi ne limite pas ces fonctions au point de restreindre l’application utile de la loi. Peu importe le droit du Dominion dans un cas comme le cas en l’espèce, il est difficile de voir de quelle façon la province pourrait (sans la Loi et sans son consentement donné dans le cas en particulier) devoir se présenter devant quelque cour pour répondre à la réclamation du Dominion. La Loi mentionnée et la loi correlative de la province accordent de façon définitive un sanction légale à l’égard de telles instances et constituent un tribunal (alors qu’il n’en existait pas) par lequel, à la demande de l’une ou l’autre des parties, leurs droits et leurs obligations réciproques concernant tout différent peuvent être établis et péremptoirement déclarés. [Je souligne.]

[81] Ces propos tenus par les juges Duff et Idington ont reçu l’approbation du Conseil privé, lors de l’appel de cette décision, un appel répertorié *Canada (Dominion of) v. Ontario (Province of)*, [1910] A.C. 637 (P.C.) [à la page 645], et dont les motifs ont été rendus par lord Loreburn :

[TRADUCTION]

Leurs Seigneuries sont d’avis que les appelants, pour avoir gain de cause, doivent présenter leur réclamation en s’appuyant sur des principes de droit reconnus. La Cour de l’Échiquier, à laquelle, en vertu de lois tant du Dominion que la province, a été conférée une juridiction quant aux différends entre eux, n’a pas en conséquence obtenu le pouvoir de trancher les différends en vertu seulement de son propre point

be thought fair. It may be that, in questions between a dominion comprising various provinces of which the laws are not in all respects identical on the one hand, and a particular province with laws of its own on the other hand, difficulty will arise as to the legal principle which is to be applied. Such conflicts may always arise in the case of States or provinces within a union. But the conflict is between one set of legal principles and another. In the present case it does not appear to their Lordships that the claim of the Dominion can be sustained on any principle of law that can be invoked as applicable. [Emphasis added.]

[82] Finally, the Federal Court of Appeal also considered the question of the nature of the remedy provided by section 19 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] in *R. (Canada) v. R. (P.E.I.)*, [1978] 1 F.C. 533 (C.A.). In that case Prince Edward Island had brought an action for damages against Canada in the Federal Court pursuant to section 19. In the course of the proceeding Prince Edward Island essentially alleged that it had been injured by the interruption, as the result of a strike, of ferry service between Borden and Cape Tormentine, and by the federal government's failure to provide effective and continuous service between the island and the continent, as it was constitutionally bound to do. The members of the Federal Court of Appeal hearing the case were Jackett C.J. and Pratte and Le Dain JJ., before the latter was appointed to the Supreme Court of Canada.

[83] At trial [[1976] 2 F.C. 712], Cattanach J. had held that the Government of Canada had failed in its constitutional duty, but that failure did not occasion compensation by damages. The Government of Canada appealed the finding that it had failed in its constitutional obligation and the Government of Prince Edward Island filed a cross-appeal from the finding that the failure did not occasion compensation in the form of damages. Canada's appeal was dismissed and Prince Edward Island's cross-appeal allowed, Pratte J.A. dissenting on the cross-appeal.

[84] According to the Chief Justice of the Federal Court, [at page 546] the trial Judge "misconceived the

de vue sur ce qui dans les circonstances pouvait être vu comme juste. Il se peut que, pour des questions soulevées entre un dominion comprenant diverses provinces qui n'ont pas toutes des lois identiques d'une part, et une province qui a son propre droit d'autre part, surviennent des difficultés quant au principe de droit qui doit s'appliquer. De tels conflits peuvent toujours survenir entre des États ou des provinces au sein d'une union. Mais le conflit est entre un ensemble de principes de droit et un autre. Dans la présente affaire, il n'apparaît pas à leurs Seigneuries que la réclamation du Dominion du Canada puisse être appuyée sur quelque principe de droit dont on peut invoquer l'application. [Je souligne.]

[82] Finalement, la Cour d'appel fédérale s'est également penchée sur la question de la nature du recours prévu à l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10] dans *R. (Canada) c. R. (Î.-P.-É.)*, [1978] 1 C.F. 533 (C.A.). Dans cette affaire, l'Île-du-Prince-Édouard avait intenté en Cour fédérale, sous l'article 19, une action en dommages, contre le Canada. Dans le cadre de ces procédures, l'Île-du-Prince-Édouard alléguait essentiellement avoir été lésé par l'interruption, à la suite d'une grève, du service de traversiers entre Borden et Cape Tormentine, et par le défaut du fédéral de fournir un service efficace et continu entre l'île et le continent, comme il avait l'obligation constitutionnelle de le faire. Le banc de la Cour d'appel fédérale, dans cette affaire, était composé du juge en chef Jackett et des juges Pratte et Le Dain, avant que ce dernier ne soit nommé à la Cour suprême du Canada.

[83] En première instance [[1976] 2 C.F. 712], le juge Cattanach avait décidé que le gouvernement du Canada avait manqué à son devoir constitutionnel, mais que ce manquement ne donnait pas ouverture à une réparation en dommages-intérêts. Le gouvernement du Canada a fait appel de la conclusion selon laquelle il avait manqué à son obligation constitutionnelle et le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard a déposé un appel incident à l'encontre de la conclusion selon laquelle ce manquement ne donnait pas lieu à une réparation sous la forme de dommages et intérêts. L'appel du Canada a été rejeté et l'appel incident de l'Île-du-Prince-Édouard, accueilli, le juge Pratte étant dissident sur l'appel incident.

[84] Selon le juge en chef de la Cour fédérale [à la page 546], le juge de première instance « a mal compris

true character of what was involved, when he: (a) regarded it as a claim against Her Majesty, (b) regarded it as a claim by Her Majesty, (c) regarded it as an action, as that word is ordinarily used in the judicial system whose normal function is to settle disputes between ordinary persons.”

[85] The Chief Justice went on to examine the question from the standpoint of the nature and character of the proceeding brought in the Trial Division. At pages 557-558 of his reasons, he wrote:

I doubt that either Canada or a province is a person in the sense that it would, as such, be recognized as falling within the jurisdiction of a Superior Court having the jurisdiction of the common law Superior Courts. In any event, the Trial Division would, in my view, have no jurisdiction in a dispute between two such political entities apart from section 19 of the Federal Court Act . . . and the “agreeing” provincial Act. In my view, this legislation (section 19 and the provincial “Act”) creates a jurisdiction differing in kind from the ordinary jurisdiction of municipal courts to decide disputes between ordinary persons or between the Sovereign and an ordinary person. It is a jurisdiction to decide disputes as between political entities and not as between persons recognized as legal persons in the ordinary municipal courts. Similarly, in my view, this legislation creates a jurisdiction differing in kind from international courts or tribunals. It is a jurisdiction to decide a dispute in accordance with some “recognized legal principle” (in this case, a provision in the legal constitution of Canada, which is, *vis-à-vis* international law, Canadian municipal law). [Emphasis added.]

[86] At page 559 of his reasons, the Chief Justice said the following:

The effect of the enactment of the original forerunner of section 19, once the “agreeing” provincial legislation was passed, was, as I see it, to convert a legal (statutory) right of a “province” without a legal remedy into a legal right with a remedy, albeit a remedy that can be nothing more than a judicial declaration. [Emphasis added.]

[87] At page 559, the Chief Justice concluded that “under section 19, the parties thereto are the political entities . . . the peoples or public for the time being of the geographical areas involved.” In his view, the action

la véritable nature de l’affaire lorsqu’il l’a considérée a) comme une réclamation contre Sa Majesté b) comme une réclamation émanant de Sa Majesté; c) comme une “action”, au sens que ce terme revêt ordinairement dans le système judiciaire, dont la fonction normale consiste à régler les différends entre des personnes ordinaires. »

[85] Le juge en chef a, par la suite, examiné la question du point de vue de la nature et du caractère de la procédure engagée devant la Division de première instance. Aux pages 557 et 558 de ses motifs, il écrit :

Je doute que le Canada ou une province soit une personne qui entre comme telle dans la compétence des cours supérieures de *common law*. Quoi qu’il en soit, j’estime que la Division de première instance n’a aucune compétence dans un différend entre deux entités politiques de cette nature, si ce n’est celle que lui confère l’article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* [. . .] et la loi provinciale qui la reconnaît. À mon sens, les dispositions législatives (l’article 19 et la « loi » provinciale) créent une compétence qui diffère par sa nature de la compétence ordinaire conférée aux cours municipales pour trancher les différends entre les personnes ordinaires ou entre le souverain et une personne ordinaire. Elle tranche les différends entre des entités politiques et non pas entre des personnes juridiques reconnues devant les tribunaux municipaux ordinaires. De même, selon moi, ces dispositions créent une compétence qui diffère par sa nature de celle des cours internationales. Elle tranche les différends conformément à certains « principes juridiques reconnus » (en l’espèce, une disposition de la constitution légale du Canada qui est, *vis-à-vis* du droit international, le droit municipal canadien). [Je souligne.]

[86] À la page 559 de ses motifs, le juge en chef s’est exprimé ainsi :

L’adoption du premier texte législatif qui a précédé l’article 19, après que la loi provinciale qui reconnaît la compétence eut été passée, a eu pour effet, selon moi, de convertir un droit légal (statutaire) d’une « province » sans redressement légal en un droit légal assorti d’un redressement légal, bien que ce redressement se limite à une déclaration judiciaire. [Je souligne.]

[87] Le juge en chef a conclu à la page 559 qu’en « vertu de l’article 19, les parties sont des entités politiques [. . .] [qui] représentent la population actuelle (ou le public) des régions géographiques concernées ».

brought by Prince Edward Island was “a claim by the people for the time being of Prince Edward Island against the people for the time being of all Canada.”

[88] Le Dain J. concurred in the conclusion of the Chief Justice. He also noted the fact that to facilitate the hearing of the action the parties had filed a joint statement of facts dealing with the establishment and maintenance of the ferry service.

[89] On the nature of the action under section 19 of the *Federal Court Act*, Le Dain J. said the following at pages 582-583:

The constitution of Canada, of which the Order in Council admitting Prince Edward Island into the Union forms part, attributes rights and obligations to Canada and the Provinces as distinct entities, however these entities and their precise relationship to such rights and obligations should be characterized. Section 19 of the *Federal Court Act* and the necessary provincial enabling legislation create a jurisdiction for the determination of controversies between these entities, involving such rights and obligations among others. Like the Chief Justice, I am, with respect, of the opinion that neither the doctrine of the indivisibility of the Crown nor that of Crown immunity, whether processual or substantive, should be an obstacle to a determination of intergovernmental liability under this provision, which clearly contemplates that Canada and the provinces are to be treated in law as separate and equal entities for purposes of the determination of a controversy arising between them. The term “controversy” is broad enough to encompass any kind of legal right, obligation or liability that may exist between governments or their strictly legal personification. It is certainly broad enough to include a dispute as to whether one government is liable in damages to another. It is not clear whether the judicial power conferred by section 19 includes the power to award consequential as well as declaratory relief, but I assume, given the nature of the parties to a controversy, that what was contemplated was a declaration. The proceedings in the present case are brought as an action for damages by Her Majesty the Queen in the right of Prince Edward Island against Her Majesty the Queen in the right of Canada but since the proceedings are clearly intended to invoke the jurisdiction of the Court under section 19 the style of cause and the nature of the relief sought are in my respectful opinion matters of form that should not be permitted to defeat the substance and merits of the claim. I can see no reason why the proceedings should not be treated broadly as a claim for a determination or declaration by the

Selon lui, le recours intenté par l'Île-du-Prince-Édouard constituait « une réclamation de la population actuelle de l'Île-du-Prince-Édouard contre la population actuelle de tout le Canada ».

[88] Le juge Le Dain a appuyé les conclusions du juge en chef. Il a par ailleurs souligné le fait que pour faciliter le déroulement de l'action, les parties ont produit un exposé conjoint des faits touchant l'établissement et le maintien du service de traversiers.

[89] Quant à la nature du recours sous l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le juge Le Dain s'est exprimé comme suit aux pages 582 et 583 :

La constitution du Canada, dont fait partie l'arrêté en conseil admettant l'Île-du-Prince-Édouard dans l'Union, donne au Canada et aux provinces des droits et des obligations en leur qualité de personnes juridiques distinctes. Toutefois, la nature de ces entités et celle de leurs obligations et leurs droits respectifs doivent être précisés. L'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* et la disposition habilitante voulue adoptée par la province confèrent à la Cour compétence pour juger des litiges entre le gouvernement du Canada et celui d'une province, litiges qui peuvent porter, entre autres, sur ces droits et ces obligations. À l'instar du juge en chef, je suis d'avis, en toute déférence, que ni la doctrine de l'indivisibilité ni celle de l'immunité de la Couronne, que ce soit du point de vue de la procédure ou du droit positif, ne doivent empêcher de statuer sur la responsabilité intergouvernementale aux termes de cette disposition qui prévoit clairement que le Canada et les provinces doivent être traités comme des personnes juridiques distinctes et égales lorsqu'il s'agit de juger un litige qui a pris naissance entre elles. Le terme « litige » a un sens assez général pour embrasser tout genre de droit, d'obligation ou de responsabilité qui peut exister entre les gouvernements ou leur personification juridique stricte. Le terme est certainement assez général pour comprendre un litige portant sur la question de savoir si un gouvernement est passible de dommages-intérêts envers un autre. Il n'est pas clair que le pouvoir judiciaire conféré par l'article 19 comprenne le pouvoir d'accorder une réparation supplémentaire de même qu'un jugement déclaratoire mais je présume, compte tenu de la nature des parties au litige, que c'était un jugement déclaratoire qui était envisagé. Les procédures en l'espèce ont revêtu la forme d'une action en dommages-intérêts intentée par Sa Majesté la Reine, du chef de l'Île-du-Prince-Édouard, contre Sa Majesté la Reine, du chef du Canada, mais puisque les procédures ont été clairement intentées aux fins d'invoquer la compétence de la

Court that the Province is entitled to be compensated in damages for the alleged breach of duty by Canada. [Emphasis added.]

Cour en vertu de l'article 19, l'intitulé de la cause et la nature du redressement sollicité sont, à mon humble avis, des questions de forme qui ne devraient pas annuler le fond de la réclamation. Je ne vois aucune raison pour ne pas considérer l'action comme étant de façon générale, une demande de redressement visant à obtenir de la Cour une décision ou un jugement déclaratoire selon lequel la province a droit à des dommages-intérêts en raison de la prétendue inexécution par le Canada de son devoir. [Je souligne.]

10.2. Conclusions on preliminary question

[90] In my view, section 19 of the *Federal Court Act* requires that it [the Court] resolve the dispute between Quebec and Canada by applying principles of law to the facts established by the evidence at trial. I also consider that the purpose of this provision is not to give a court jurisdiction in judicial review over the decisions of federal boards, commissions or other tribunals, jurisdiction which it already has under section 18 of the *Federal Court Act*.

[91] It follows that this Court must review the six determinations by the Minister based on the evidence admitted at trial without the constraint associated with the standards of review applicable to proceedings in judicial review and without being bound by the rule of inadmissibility of evidence that was not before the decision maker, a rule applicable to applications for judicial review.

[92] This conclusion is based on the following findings:

1. Under section 19, if a province consents, the Federal Court has jurisdiction over disputes between Canada and that province. At the same time, under section 19 the Court, in exercising such jurisdiction must decide the disputes—“determine the controversies” “*juger les cas, de litige*”—and it hears the questions at the trial level. Consequently, under section 19 this Court’s function is clear: it is to resolve the dispute by deciding the matter on the merits at the trial level based on the evidence before it.

2. In the *Ontario Trust Fund* case, above, Idington J. wrote [at pages 45-46] that section 19 “in a most

10.2. Conclusions sur la question préliminaire

[90] À mon avis, l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* exige qu'elle [la Cour] résolve le différend entre le Québec et le Canada en appliquant des principes juridiques aux faits établis par la preuve reçue lors du procès. Je suis également d'avis que cette disposition n'a pas pour but d'attribuer à une cour une compétence en matière de contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux, une compétence qu'elle détient déjà en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[91] Il s'en suit que cette Cour doit revoir les six déterminations du ministre sur la base de la preuve admise au procès sans contrainte associée aux normes de contrôle applicables aux recours en contrôle judiciaire et sans être liée par la règle de l'irrecevabilité de la preuve qui n'était pas devant le décideur, une règle applicable aux demandes de contrôle judiciaire.

[92] Cette conclusion se base sur les déterminations suivantes :

1. En vertu de l'article 19, si une province y consent, la Cour fédérale a compétence sur les litiges opposant le Canada et cette province. Par ailleurs, aux termes de l'article 19, dans l'exercice de cette compétence, cette Cour doit juger ces litiges « *determine the controverses* » et c'est en première instance qu'elle connaît ces questions. Par conséquent, selon l'article 19, le mandat de cette Cour est clair : il consiste à résoudre le litige en tranchant sur le fond du différend en première instance sur la base de la preuve devant elle.

2. Dans l'affaire des *Fonds de fiducie de l'Ontario*, précité, le juge Idington a écrit [aux pages 45 et 46] que

dramatic manner imposes on the court below and on us, the duty of settling the controversy”. In the *P.E.I.* case, above, the Chief Justice acknowledged that a dispute brought before the Court under section 19 was not a claim against Her Majesty or an action in the ordinary sense, the usual function of which is to resolve disputes between ordinary persons. According to the Chief Justice, section 19 and the provincial Act created jurisdiction that differed in nature from the ordinary jurisdiction conferred on municipal courts to decide disputes between persons or between the Sovereign and an ordinary person. Under section 19 the Federal Court decides disputes between political entities, not between the legal persons recognized in ordinary municipal courts. He went on to note that section 19 has the effect of converting a legal right of a province without a legal remedy into a legal right with a remedy. In that case, *Le Dain J.A.* regarded the proceeding before him as a kind of action for damages, that is, as a claim for relief.

3. The historical background strongly suggests that section 19 contemplates a proceeding in which the legal and procedural framework is broader than that associated with judicial review. When the Exchequer Court was created in 1875 it was not given any jurisdiction in judicial review, a field which at the time was the exclusive jurisdiction of the provincial superior courts. It was not until 1970 that the Federal Court of Canada was given jurisdiction in judicial review over decisions by federal boards, commissions or other tribunals. Despite the introduction of exclusive jurisdiction in judicial review over federal boards, commissions or other tribunals, the Court retained its section 19 jurisdiction over disputes between Canada and a province, which indicates that this entirely unique jurisdiction was in no way subordinate to section 18 or section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] of the *Federal Court Act*.

4. Quebec is seeking a declaration of law. Before the reform of the Federal Court in 1990, a declaration of law

l'article 19 [TRADUCTION] « d'une manière des plus imposantes, confère aux tribunaux inférieurs et à la Cour l'obligation de trancher le litige ». Dans l'affaire de *l'Î.-P.-É.*, précité, le juge en chef a reconnu qu'un différend soumis à la Cour en vertu de l'article 19 n'est pas une réclamation contre sa Majesté ou une action au sens ordinaire de ce terme dont la fonction normale consiste à régler les différends entre les personnes ordinaires. Selon le juge en chef, l'article 19 et la loi provinciale créent une compétence qui diffère par sa nature de la compétence ordinaire conférée aux cours municipales pour trancher les différends entre les personnes ou entre le souverain et une personne ordinaire. En vertu de l'article 19, la Cour fédérale tranche les différends entre des entités politiques et non pas entre des personnes juridiques reconnus devant les tribunaux municipaux ordinaires. Il a aussi ajouté que l'article 19 est à l'effet de convertir un droit légal d'une province assorti d'aucun redressement légal en un droit légal assorti d'un redressement légal. Dans cette affaire, le juge *Le Dain* a conçu la procédure devant lui comme une forme d'action en dommages-intérêts, c'est-à-dire, comme une demande de redressement.

3. Le contexte historique suggère fortement que l'article 19 envisage une procédure dont le cadre juridique et procédural est plus vaste que celui associé au contrôle judiciaire. En effet, lorsque la Cour de l'Échiquier a été créé en 1875, elle n'a reçu aucune compétence en matière de contrôle judiciaire, un domaine, à l'époque, de compétence exclusive aux cours supérieures des provinces. Ce n'est qu'en 1970 que la Cour fédérale du Canada a été attribuée une compétence en matière de contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux. Nonobstant, l'introduction d'une compétence exclusive en matière de contrôle judiciaire des offices fédéraux, la Cour a maintenu sa compétence sous l'article 19 relativement aux litiges opposant le Canada et une province, ce qui démontre que cette compétence, tout à fait unique, n'est en aucune façon subordonnée à l'article 18 ou à l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

4. Le Québec recherche une déclaration de droit. Avant la réforme de la Cour fédérale en 1990, une déclaration

was made under section 17 of the *Federal Court Act* through an action heard by trial.

[93] Based on this analysis, I consider that Canada cannot properly argue that section 19 simply confers jurisdiction and that the parties remain subject to the rules of procedure applicable in applications for judicial review. Section 19 does not simply confer jurisdiction, as can be seen from the number of proceedings brought in the form of a trial *de novo* since this remedy has been in existence. The action could have been brought under section 18 in the form of an application for judicial review, but the parties decided otherwise. To now say that, despite the fact it was brought under section 19, the action should be treated as an application for judicial review brought under section 18 would deprive section 19 of its function. Accordingly, I accept all the new evidence filed by either party, provided such new evidence existed before the Minister's decision.

10.3. Parties' agreement on principles for applying Program

[94] The parties agree on the basic principles governing the Program. This mutual understanding results from an exchange in cross-examination between Ms. Daigneault and counsel for Quebec, which took place on January 5, 2005 (see transcript, pages 223-242):

1. The purpose of the Stabilization Program is to compensate provinces that sustain a decrease in revenue from one year to the next as a result of causes beyond their control (page 224);
2. A province will be entitled to compensation if the federal government does anything which causes a province's revenue subject to stabilization to fall (page 225);
3. A province is entitled to compensation if its total revenue subject to stabilization is less for the year of the application than for the previous year by an amount equivalent to the difference between the two years (page 226);

de droit découlait de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale* par moyen d'action instruite par procès.

[93] À l'issue de cette analyse, je suis d'avis que le Canada ne peut valablement soutenir que l'article 19 est simplement attributif de compétence et que les parties demeurent assujetties aux règles de procédure applicable aux demandes de contrôle judiciaire. L'article 19 n'est pas simplement attributif de compétence comme le démontre le nombre de recours qui ont été entrepris sous la forme d'un procès *de novo* depuis l'existence de ce recours. Ce recours aurait pu être intenté en vertu de l'article 18 sous la forme d'une demande de contrôle judiciaire mais les parties en ont décidé autrement. Soutenir aujourd'hui que le recours, malgré le fait qu'il ait été intenté en vertu de l'article 19, doit être considéré une demande de contrôle judiciaire, intentée en vertu de l'article 18, priverait l'article 19 de son but. J'accepte donc toute la nouvelle preuve produite par l'une ou l'autre des parties pourvu que cette nouvelle preuve existait avant la décision du ministre.

10.3. L'accord des parties sur les principes d'application du Programme

[94] Les parties s'entendent sur les principes de base gérant le Programme. Cette compréhension mutuelle se dégage de l'échange en contre-interrogatoire entre M^{me} Daigneault et le procureur du Québec qui a eu lieu le 5 janvier 2005 (voir les notes sténographiques, pages 223 à 242) :

1. Le Programme de stabilisation a pour but d'indemniser les provinces qui subissent une baisse de revenus d'une année à l'autre, à cause de raisons hors de leur contrôle (page 224);
2. Une province aura droit à une compensation si le fédéral pose un geste qui fait chuter les revenus sujets à stabilisation d'une province (page 225);
3. A droit à une compensation une province dont les revenus totaux sujets à stabilisation sont moindres pour l'année de la demande que pour l'année précédente d'un montant équivalent à l'écart entre les deux années (page 226);

4. A province's revenue subject to stabilization is revenue adjusted for fiscal changes made by the province during the year of the application, not the latter's actual revenue, compared with that of the previous year, in order to make the revenue correspond to a constant fiscal structure of the province for both years; if a fiscal change is made by the federal government, no adjustment is made for that change (page 229);
 5. In order to adjust a province's revenue subject to stabilization to make it correspond to the constant fiscal structure of the previous year, it is necessary to recalculate what the province's revenue would have been if there had been no fiscal change: in other words, it is not the actual revenue in the year of the application from a source which is compared, but what would have been realized if the fiscal structure had remained the same as in the previous year (pages 231 and 233);
 6. A province may be entitled to a stabilization payment even if its actual revenue adjusted for the year of the application increased during the year, since a province may have increased its taxes or the increase in its revenue is solely due to the fact that if it had not increased its taxes it would have suffered a decrease in its revenue (page 234);
 7. The adjustments mandated by section 12 of the Regulations are made to each of the revenue sources, and the pluses and minuses then adjusted to determine whether a province is eligible for a stabilization payment;
 8. The adjustments mentioned in section 12 of the Regulations are intended to offset the impact of changes made by a province in its fiscal structure: in other words, their purpose is to ensure that a province does not gain an advantage by playing with its tax structure so as to reduce its revenue while claiming a federal stabilization payment (page 237);
 9. The federal government pays for a drop in a province's revenue subject to stabilization because of economic activity or on account of a factor beyond the province's control (page 238);
4. Ce sont les revenus sujets à stabilisation de la province, corrigés pour les changements fiscaux faits par cette province durant l'année de la demande et non les revenus réels de celle-ci que l'on compare avec ceux de l'année précédente afin de ramener ces revenus à une structure fiscale constante de la province pour les deux années. S'il y a un changement fiscal fait par le gouvernement fédéral, aucune correction n'est faite pour ce changement (page 229);
 5. Afin de corriger les revenus sujets à stabilisation d'une province pour les ramener à la structure fiscale constante de l'année précédente, il faut recalculer ce qu'auraient été les revenus de la province si aucun changement fiscal n'était intervenu. En autres mots, ce ne sont pas les revenus réels de l'année de la demande provenant d'une source qui sont comparés mais ceux qui auraient été réalisés si la structure fiscale avait demeuré la même que celle de l'année précédente (pages 231 et 233);
 6. Une province peut avoir droit à un paiement de stabilisation même si ses revenus réels corrigés, pour l'année de la demande, ont augmenté durant l'année puisqu'une province peut avoir augmenté ses impôts ou la hausse de ses revenus est seulement due au fait que si elle n'aurait pas augmenté ses impôts, elle aurait subi une chute de ses revenus (page 234);
 7. Les corrections mandatées par l'article 12 du Règlement se font au niveau de chacune des sources de revenus pour ensuite ajuster les plus et les moins pour déterminer si une province est admissible a un paiement de stabilisation;
 8. Les corrections prévues à l'article 12 du Règlement visent à faire abstraction de l'impact des changements effectués par une province à sa structure fiscale. En autres mots, elles visent à assurer qu'une province ne bénéficie pas d'un avantage en jouant avec sa structure fiscale pour réduire ses revenus tout en réclamant un paiement de stabilisation du fédéral (page 237);
 9. Le fédéral paye pour une chute des revenus de la province sujets à stabilisation à cause de l'activité économique ou à cause d'un facteur hors du contrôle de la province (page 238);

10. The adjustments mentioned in section 12 of the Regulations are intended to ensure that a province which has effectively increased its revenue by any measure, compared with what the latter would have been without the measure, is not penalized for its effectiveness, provided the measure was a tax measure (page 238).

10.4. Item (a)—QST on GST

[95] The declaration sought by Quebec on this item is:

DECLARE THAT the legislative amendment made by Quebec by adoption of the *Act to Amend the Retail Sales Tax Act and other fiscal legislation*, S.Q. 1990, c. 60, to enable the QST to be applied to the GST, is a change made by Quebec to its fiscal structure within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(b)(i) of the *1987 Regulations*, which the Minister of Finance of Canada should take into account in calculating the stabilization payment application by the Government of Quebec for the 1991-1992 fiscal year.

[96] The issue as formulated by Hugessen J. is:

[TRANSLATION] 2. Did the Minister make a reviewable error in his findings . . .

(a) that the adoption of the *Act to Amend the Tax Act and other fiscal legislation* to enable the Quebec Sales Tax (the “QST”) to be applied to the Goods and Services Tax (the “GST”), is not a change made by Quebec to its fiscal structure within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(b)(i) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year. [Emphasis added.]

[97] Paragraph 6(1)(b) of the Act reads:

6. (1) Subject to subsections (8) to (10), the fiscal stabilization payment that may be paid to a province for a fiscal year is the amount, if any, as determined by the Minister, by which

(a) the revenue subject to stabilization of the province for the immediately preceding fiscal year

exceeds

10. Les corrections prévues à l’article 12 du Règlement visent à assurer qu’une province qui a été efficace en augmentant ses revenus par un geste quelconque, par rapport à ce qu’il aurait été sans que le geste soit posé, ne soit pénalisée pour avoir été efficace à condition que ce geste soit un geste fiscal (page 238).

10.4. Élément a)—la TVQ sur la TPS

[95] La déclaration recherchée sur cet élément par le Québec est :

DÉCLARE QUE la modification législative effectuée par le Québec par l’adoption de la *Loi modifiant la Loi concernant l’impôt sur la vente au détail et d’autres dispositions législatives d’ordre fiscal*, L.Q., 1990, c. 60, aux fins de permettre l’application de la TVQ sur la TPS, constitue un changement apporté par le Québec à sa structure fiscale au sens de l’article 6(1)b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l’article 12(1)b)(i) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances du Canada doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du gouvernement du Québec pour l’exercice 1991-1992.

[96] La question en litige formulée par le juge Hugessen est :

2. Est-ce que le ministre a commis une erreur révisable dans ses déterminations [. . .]

a) Que l’adoption de la *Loi modifiant la Loi concernant l’impôt sur la vente au détail et d’autres dispositions législatives d’ordre fiscal*, afin de permettre notamment l’application de la Taxe de vente du Québec (la « TVQ ») sur la Taxe sur les Produits et Services (la « TPS »), ne constitue pas un changement apporté à la structure fiscale du Québec au sens de l’article 6(1)b) de la Loi et de l’article 12(1)b)(i) du Règlement pour l’exercice 1991-1992. [Je souligne.]

[97] L’alinéa 6(1)b) de la Loi se lit :

6. (1) Sous réserve des paragraphes (8) à (10), le paiement de stabilisation qui peut être fait à une province pour un exercice est l’excédent, déterminé par le ministre :

a) du revenu sujet à stabilisation de la province pour l’exercice précédent sur

(b) the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year, adjusted in prescribed manner to offset the amount, as determined by the Minister, of any change in the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year resulting from changes made by the province in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising the revenue of the province referred to in paragraphs (a) to (cc) and (ee) of the definition “revenue source” in subsection 4(2) . . . from the rates or structures in effect in the immediately preceding fiscal year. [Emphasis added.]

[98] Subparagraph 12(1)(b)(i) of the Regulations reads:

12. (1) In adjusting the revenue subject to stabilization of a province for a fiscal year pursuant to paragraph 6(1)(b) of the Act, the Minister shall:

(a) add to the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year as otherwise determined the amount of the decrease in revenues in the fiscal year that results from changes in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising revenue, including the following changes:

...

(b) subtract from the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year as otherwise determined the amount of the increase in revenues in the fiscal year that results from changes either in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising revenue, including the following changes:

(i) the introduction of a new tax, fee, levy, premium or royalty during the fiscal year or during the immediately preceding fiscal year. [Emphasis added.]

[99] The parties did not in any way dispute that a province’s revenue subject to stabilization includes revenue which it derives from its sales tax, a revenue source mentioned in paragraph 42(d) of the Act.

[100] The division of taxing powers under the Constitution is a point of cardinal importance in

b) le revenu sujet à stabilisation de la province pour l’exercice, corrigé de la manière prescrite de façon à compenser toute variation, déterminée par le ministre, du revenu sujet à stabilisation de la province pour l’exercice résultant de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement du revenu de la province qui correspond aux alinéas a) à cc) et ee) de la définition de « source de revenu » au paragraphe 4(2) à l’exception des revenus reçus du gouvernement du Canada conformément à la Loi sur le transfert de l’impôt sur le revenu des entreprises d’utilité publique par rapport aux taux ou à la structure applicable à l’exercice précédent. [Je souligne.]

[98] Le sous-alinéa 12(1)(b)(i) du Règlement se lit :

12. (1) Pour corriger le revenu soumis à stabilisation d’une province pour une année financière conformément à l’alinéa 6(1)(b) de la Loi, le ministre doit :

a) d’une part, ajouter au montant par ailleurs déterminé du revenu soumis à stabilisation de la province pour l’année financière, le montant de la diminution des revenus au cours de l’année financière qui résulte de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement de la province, notamment les changements suivants :

[...]

b) d’autre part, soustraire du montant, par ailleurs établi du revenu soumis à stabilisation de la province pour l’année financière, le montant de l’augmentation des revenus au cours de l’année financière qui résulte de changements faits par la province dans les taux ou la structure, soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement de la province, notamment les changements suivants :

(i) l’introduction d’un impôt, d’une taxe, d’un droit, d’une prime ou d’une redevance au cours de l’année financière ou au cours de l’année financière précédente. [Je souligne.]

[99] Il n’est aucunement contesté par les parties que le revenu sujet à stabilisation d’une province inclut les revenus qu’elle tire de sa taxe de vente, source de revenu mentionnée à l’alinéa 4(2)d) de la Loi.

[100] Le partage des compétences constitutionnelles en matière de taxation est un point d’importance dans

considering this first item. The Parliament of Canada may impose direct or indirect taxes, while the legislature of a province must confine itself to direct taxes. The courts have held that a sales tax imposed on the sale of goods at retail is a direct tax because it directly targets the consumer, who must bear the burden of it. The GST has also been recognized as a direct tax.

[101] On the other hand, the FST imposed on manufacturers was an indirect tax because the entity paying it would add the cost to its selling price to the distributor or retailer. Only the Parliament of Canada could impose it. In the case at bar, Quebec admitted that under the old FST system, the QST taxed the FST because the latter was hidden in the retail selling price paid by the consumer.

[102] Under the new GST system, the tax is imposed on the purchase price at retail, and so is no longer hidden in the price as before. Quebec's reaction was to ensure that the QST applied to the purchase price plus the GST.

[103] On December 14, 1990 the National Assembly of Quebec amended the definition of "sale price" in subsection 2(7) [as am. by S.Q. 1990, c. 60, s. 1] of its *Retail Sales Tax Act* [R.S.Q., c. I-1] (RSTA) to specifically mention the GST so that the latter would be included in the QST base. Before this amendment, the definition of "sale price" made no mention of the FST, an indirect tax imposed on manufacturers, as that mention was not necessary since the FST was included in the selling price.

[104] In Quebec's submission, this amendment to the RSTA is a change by the province to the structure of one of its taxes (in this case the QST) which requires an adjustment pursuant to subparagraph 12(1)(b)(i) of the Regulations.

[105] However, the Minister rejected the downward adjustment made by Quebec to the actual revenue subject to stabilization from this source in the 1991-1992 fiscal year and added the amount of

l'appréciation de ce premier élément. Le Parlement du Canada peut imposer des taxes directes ou indirectes alors que la législature d'une province doit se limiter aux taxes directes. La jurisprudence reconnaît qu'une taxe de vente imposée sur la vente d'un bien au détail est une taxe directe parce qu'elle vise directement le consommateur qui en assumera le fardeau. La TPS a aussi été reconnue comme taxe directe.

[101] D'autre part, la TVF, imposée aux manufacturiers, était une taxe indirecte parce que celui qui la payait en ajoutait le coût à son prix de vente au distributeur ou détaillant. Seul le Parlement du Canada pouvait l'imposer. En l'espèce, le Québec reconnaît que sous l'ancien régime de la TVF, la TVQ taxait la TVF parce que celle-ci était cachée dans le prix de vente au détail payé par le consommateur.

[102] Sous le nouveau régime de la TPS, celle-ci est imposée sur le prix d'achat au détail, donc n'est plus cachée dans le prix comme auparavant. Le Québec réagit afin de s'assurer que la TVQ s'applique sur le prix d'achat plus la TPS.

[103] Le 14 décembre 1990 l'Assemblée nationale du Québec modifia la définition de « prix de vente » à l'article 2, paragraphe 7^e [mod. par L.Q. 1990, ch. 60, art. 1] de sa *Loi concernant l'impôt sur la vente en détail* [L.R.Q., c. I-1] (LIVD) pour spécifiquement faire mention de la TPS afin que celle-ci soit comprise dans l'assiette de la TVQ. Avant cette modification, la définition du « prix de vente » ne faisait aucune mention de la TVF, une taxe indirecte imposée aux manufacturiers, mention qui n'était pas nécessaire puisque la TVF était incluse dans le prix de vente.

[104] Selon le Québec, cette modification à la LIVD constitue un changement apporté par la province à la structure de l'un de ses impôts (en l'occurrence la TVQ) donnant lieu à une correction aux termes du sous-alinéa 12(1)(b)(i) du Règlement.

[105] Cependant, le ministre refuse la correction à la baisse effectuée par le Québec aux revenus réels sujets à stabilisation de l'exercice 1991-1992 provenant de cette source et a rajouté le montant de 168 284 000 \$,

\$168,284,000, which Quebec considered to be the financial impact of its legislative amendment.

[106] On this item in the Quebec application, therefore, the Court must determine whether the legislative amendment made to the RSTA to include the GST in the QST base is a “change . . . in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising the revenue” of Quebec within the meaning of paragraphs 6(1)(b) of the Act and 12(1)(b) of the Regulations which the Minister should take into account in his calculation of Quebec’s revenue subject to stabilization from that source for the 1991-1992 fiscal year.

[107] Without the amendment to the RSTA, Quebec argued that the QST would be applied as of January 1, 1991 to a lower base, namely the selling price of goods excluding on the one hand the FST, an indirect tax abolished by the federal Parliament as of January 1, 1991, and on the other not including the GST in the purchase price of goods sold in Quebec, since as a direct tax it was also imposed on the selling price.

[108] In Quebec’s submission, the purpose of the Program is to compensate a province which sustains a decrease in its revenue subject to stabilization from one year to another for reasons beyond its control. Quebec argued that the change to the RSTA had the effect of avoiding a decrease in its revenue subject to stabilization. Therefore, Quebec suggested, the Minister should take this effort by the province into account in his analysis: Quebec should not be penalized for adopting a measure which had the effect of avoiding a decrease in its revenue subject to stabilization. Thus, to determine the amounts of the stabilization payment, the Minister should have subtracted from the actual amounts derived from that source \$168,284,000, corresponding to the sum which Quebec had calculated it avoided losing by this change to its tax structure.

[109] Quebec submitted that the idea of a change made by a province to its tax structure within the meaning of subsections 6(1) of the Act and 12(1) of the Regulations should be given a broad and liberal interpretation. Any kind of change made by the province

montant que le Québec avait estimé être l’impact financier de sa modification législative.

[106] À l’égard de cet élément de la demande du Québec, la Cour doit donc déterminer si la modification législative apportée à la LIVD pour inclure la TPS dans l’assiette de la TVQ constitue un « changement [au] taux ou [à] la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement » du Québec au sens des alinéas 6(1)(b) de la Loi et 12(1)(b) du Règlement, dont le ministre doit tenir compte dans son calcul du revenu sujet à stabilisation du Québec pour l’exercice 1991-1992 provenant de cette source.

[107] Sans la modification à la LIVD, le Québec soutient que la TVQ se serait appliquée à compter du 1^{er} janvier 1991 sur une assiette réduite, soit sur le prix de vente des biens excluant d’une part la TVF, taxe indirecte abolie par le Parlement fédéral à compter du 1^{er} janvier 1991, et d’autre part, n’incluant pas la TPS dans le prix d’achat d’un bien vendu au Québec puisqu’elle aussi, comme taxe directe, était imposée sur le prix de vente.

[108] Selon le Québec, l’objectif du Programme est d’indemniser une province qui aurait subi une baisse de son revenu sujet à stabilisation d’une année à l’autre pour des raisons hors de son contrôle. Le Québec soutient que le changement à la LIVD a eu pour effet d’éviter une baisse de son revenu sujet à stabilisation. Donc le Québec soutient que le ministre devait, lors de son analyse, tenir compte de cet effort de la province; le Québec ne devrait pas être pénalisé pour avoir posé un geste ayant eu pour effet d’éviter une baisse de son revenu sujet à stabilisation. Ainsi, afin de déterminer le montant du paiement de stabilisation, le ministre devait soustraire des montants réels provenant de cette source 168 284 000 \$ correspondant à la somme que le Québec avait calculé avoir évité de perdre par ce changement à sa structure fiscale.

[109] Le Québec soumet que la notion de changement fait par la province à sa structure fiscale au sens des paragraphes 6(1) de la Loi et 12(1) du Règlement doit recevoir une interprétation large et libérale. Tout type de changements apportés par la province à ses impôts ou à

to its taxes or to one of its modes of raising revenue should occasion an adjustment, since it is hard to see why the legislature would have intended to exclude only the financial impact of certain types of voluntary measures by the province. Further, the use of the word “including” at the start of paragraphs 12(1)(a) and (b) of the Regulations supports this interpretation.

[110] Accordingly, the amendment of the definition of “sale price” in the RSTA to change the base on which the QST was collected undoubtedly involves an amendment to one of Quebec’s modes of raising revenue and constitutes a broadening of the base of a tax contemplated by the Regulations.

[111] In Quebec’s submission, the Minister’s decision on this item was wrong. Without the broadening of the QST base, Canada testified that the Minister would have refused to award compensation for the decrease in revenue, since Quebec’s inaction would have been regarded as a change in its tax structure that would have required an upward adjustment of its sales tax revenue for 1991-1992, and so an equivalent reduction of its application. This is exactly what happened in the case of other provinces which did not include the GST in their provincial sales tax base.

[112] In Quebec’s submission, Canada is trying to find excuses for not compensating the provinces for revenue decreases that may have resulted from its own decisions in reforming its sales tax.

[113] Canada maintains that the legislative amendment referred to by Quebec was not a change in the rates or structures of its modes of raising revenue. There was a legislative measure, but not a tax measure. Whether before or after the legislative amendment cited by Quebec, the QST mode of raising revenue remained the same. The QST always applied to the federal tax: the QST to the FST up to January 1, 1991 and the QST to the GST after that date. The legislative amendment was neither a change to the applicable structure, a new tax nor a new mode of raising revenue.

l’un de ses mécanismes de prélèvement devrait requérir une correction puisqu’il est difficile de concevoir que le législateur ait voulu exclure l’impact financier de certains types de gestes volontaires de la province seulement. De plus, l’utilisation du mot « notamment » au début des alinéas 12(1)a) et b) du Règlement appuie cette interprétation.

[110] Ainsi, l’amendement à la définition de « prix de vente » dans la LIVD afin de changer l’assiette sur laquelle la TVQ était prélevée, concerne assurément une modification de l’un des mécanismes de prélèvement du Québec et constitue un élargissement de l’assiette d’un impôt visé par le Règlement.

[111] Selon le Québec, la décision du ministre sur cet élément est mal fondée. Sans l’élargissement de l’assiette de la TVQ, le Canada a témoigné que le ministre aurait refusé d’accorder compensation pour la baisse de revenus puisque l’inaction du Québec aurait été considérée comme un changement à sa structure fiscale qui aurait requis une correction à la hausse de ses revenus de taxe de vente de 1991-1992 et partant, une réduction équivalente de sa demande. Et c’est exactement ce qui s’est produit dans le cas d’autres provinces qui n’ont pas inclus la TPS dans l’assiette de leur taxe provinciale de vente.

[112] Selon le Québec, le Canada cherche à trouver des excuses pour éviter d’avoir à indemniser les provinces pour les baisses de revenus pouvant découler de ses propres décisions dans le cadre de la réforme de sa taxe de vente.

[113] Le Canada soutient que la modification législative invoquée par le Québec ne constitue pas un changement dans les taux ou la structure de ses mécanismes de prélèvement. Il y a eu un geste législatif mais non un geste fiscal. Que ce soit avant ou après la modification législative invoquée par le Québec, le mécanisme de prélèvement de la TVQ demeure le même. La TVQ a toujours été appliquée sur la taxe fédérale : la TVQ sur la TVF jusqu’au 1^{er} janvier 1991 et la TVQ sur la TPS après cette date. La modification législative ne constitue ni un changement à la structure applicable, ni une nouvelle taxe, ni un nouveau mécanisme de prélèvement.

[114] In connection with the federal tax reform, Canada acknowledged that Quebec made certain tax changes which the Minister took into account in Quebec's application for a stabilization payment:

- Quebec reduced the rate of its QST by 1 percent (from 9% to 8%): the Minister reacted by adding to the real revenue from this revenue source the financial impact of the decrease;
- Quebec broadened the QST tax base to include furniture, footwear and clothing: Canada reduced the 1991-1992 real revenue from this source to ensure that the 1991-1992 fiscal year compared on a constant basis with 1990-1991.

[115] What is more, in Canada's submission the effect of the simulation Quebec used to measure the financial impact of the QST on the GST was to project what the revenue from the QST would have been if in the 1991-1992 fiscal regime the provincial tax had never applied to the federal tax. The Minister deemed that in fact this fiscal regime never existed: in 1990-1991 the provincial tax applied to all federal taxes (FST, excise tax and customs duties) and it remained the same in 1991-1992. The fiscal regime did not change.

[116] Canada therefore adjusted Quebec's simulation by adding an amount equivalent to the QST to the amounts representing retail sales for the 1991-1992 fiscal year so that those amounts actually represented the selling price of goods to which the QST always applied, that is a selling price including the FST before 1991-1992 and including the GST after 1991-1992.

[117] In conclusion, in Canada's submission the fact that a legislative amendment had to be made in order to preserve the same structure of raising revenue does not transform that legislative amendment into a change made by Quebec to the structure of its modes of raising revenue. Additionally, what should be taken into account in connection with the Program are fiscal changes made by the province, not fiscal changes made

[114] Dans le cadre de la réforme fiscale fédérale, le Canada reconnaît que le Québec a apporté certains changements fiscaux dont le ministre a tenu compte dans la demande du Québec pour un paiement de stabilisation :

- Le Québec a diminué d'un pourcent (de 9 % à 8 %) le taux de la TVQ. Le ministre a réagi en ajoutant aux revenus réels de cette source de revenu l'impact financier de cette baisse;
- Le Québec a élargi l'assiette fiscale de la TVQ pour y inclure les meubles, les chaussures et les vêtements. Le Canada a diminué les revenus réels de 1991/1992 provenant de cette source pour s'assurer que l'exercice financier 1991-1992 se comparait sur une structure constante avec 1990-1991.

[115] Qui plus est, selon le Canada, la simulation que le Québec a utilisé pour mesurer l'impact financier de la TVQ sur la TPS a eu pour effet de projeter ce qu'auraient été les revenus découlant de la TVQ si, dans le cadre du régime fiscal de 1991-1992, la taxe provinciale ne s'était jamais appliquée sur la taxe fédérale. Or le ministre a jugé que dans les faits ce régime fiscal n'a jamais existé; en 1990-1991, la taxe provinciale s'appliquait sur toutes les taxes fédérales (TVF, taxe d'accise et les douanes) et il en est resté de même en 1991-1992. Le régime fiscal n'a pas changé.

[116] Le Canada a donc ajusté la simulation du Québec en ajoutant un montant équivalent à la TVQ aux montants représentant les ventes au détail pour l'exercice financier 1991-92, et ce afin que ces montants représentent réellement le prix de vente des biens sur lequel s'est toujours appliquée la TVQ, c.-à-d. un prix de vente incluant la TVF avant 1991-1992 et incluant la TPS après 1991-1992.

[117] En conclusion, selon le Canada, le fait qu'un amendement législatif ait dû être apporté afin de maintenir la même structure de prélèvement des revenus ne transforme pas cet amendement législatif en un changement fait par le Québec à la structure de ses mécanismes de prélèvement. De plus, ce qu'il faut prendre en considération dans le cadre du Programme sont les changements fiscaux faits par la province et non

by the federal government (that is elimination of the FST and introduction of the GST), to which the provinces have to adapt, as for example by legislative measures.

[118] Paragraph 12(1)(b) of the Regulations indicates that the amount to be deducted from revenue subject to stabilization for the current fiscal year corresponds to the amount of the increase of the revenues in the fiscal year that results from changes either in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising revenue.

[119] Two points are essential in considering this first point at issue. First, it must be a change made by the province. Secondly, the change must be to the rates or structures either of provincial taxes or of other modes of raising provincial revenue.

[120] The ordinary meaning of the word “change” is [TRANSLATION] “alteration” (*Le Nouveau Petit Robert*); [TRANSLATION] “making more or less different, altering” (*Trésor de la langue française*).

[121] “Structure” means [TRANSLATION] “organization of the parts of a whole” (*Trésor de la langue française*); [TRANSLATION] “complex and extensive organization, considered in its essentials” (*Le Nouveau Petit Robert*).

[122] In English “change” means “alteration, variation” and “structure” means “The organization of the elements or parts” (*Black’s Law Dictionary*, 8th ed.).

[123] In the implementing Regulations the legislature gave a non-exhaustive list of what may be regarded as changes in the rates or structure either of provincial taxes or other modes of raising revenue, including, first:

- termination of a tax, fee, levy, premium or royalty;
- decreases in these modes of raising revenue;

les changements fiscaux faits par le fédéral (c.-à-d. l’élimination de la TVF et l’introduction de la TPS) et auxquels doivent s’adapter les provinces, par exemple par un geste législatif.

[118] L’alinéa 12(1)(b) du Règlement précise que le montant à soustraire du revenu sujet à stabilisation pour l’exercice financier en cours correspond au montant de l’augmentation des revenus qui résulte de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement de la province.

[119] Deux éléments sont essentiels relativement à ce premier point en litige. Premièrement, ce doit être un changement fait par la province. Et deuxièmement, le changement doit être dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement de la province.

[120] Le sens ordinaire du mot « changement » est « modification » (*Le Nouveau Petit Robert*); le « Fait de rendre plus ou moins différent, [. . .] de modifier » (*Trésor de la langue française*).

[121] « Structure » signifie « Agencement, entre eux, des éléments constitutifs d’un ensemble » (*Trésor de la langue française*); « organisation complexe et importante, envisagée dans ses éléments essentiels » (*Le Nouveau Petit Robert*).

[122] « Change » en anglais signifie « alteration, variation » et on entend par « structure » « The organization of elements or parts » (*Black’s Law Dictionary*, 8^e éd.).

[123] Dans le règlement d’application, le législateur décrit d’une façon non limitative ce qu’il considère être des changements dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement, notamment, d’une part :

- abolition d’un impôt, d’une taxe, d’un droit, d’une prime ou d’une redevance;
- diminution du taux de ces modes de prélèvement;

- decreases in the mark-up;
- changes in the ranges of the base to which these modes of raising revenue apply;
- changes in the classification of taxpayers;
- increases in deductions, credits or allowances which the taxpayer may claim;
- enlarging of exemptions;

and including, secondly:

- the introduction of a tax or other modes of raising revenue;
- increases in the rate of a tax and so on;
- decreases in rebates relating to a mode of raising revenue;
- increases in the mark-up.

[124] In the case at bar, faced with the termination of the FST and introduction of the GST, a new direct tax, by Canada, Quebec amended the RSTA to specifically include the GST in its definition of selling price or purchase price. This amendment authorized Quebec to tax the GST through the QST.

[125] Canada acknowledges that Quebec made a change which Canada describes as a legislative, not a fiscal change, because before the GST, Quebec taxed the FST, the federal tax, through the QST: nothing has in fact changed as Quebec still taxes a federal sales tax.

[126] The problem is one of construction of legislation. According to *Rizzo & Rizzo Shoes* [at paragraph 21], above, the analysis is to “[read] the words of an Act . . . in their context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.”

- diminutions de la marge de bénéfice;
- des changements apportés aux tranches de l’assiette sur laquelle s’appliquent ses modes de prélèvements;
- aux changements à la classification des contribuables;
- les augmentations des déductions, crédits ou allocations que le contribuable peut réclamer;
- l’extension des exemptions;

et notamment, d’autre part :

- l’introduction d’un impôt ou autre mode de prélèvement;
- les augmentations du taux d’un impôt, etc.;
- les diminutions des dégrèvements relatifs à un mode de prélèvement;
- les augmentations de la marge de bénéfice.

[124] En l’occurrence, face à l’abolition de la TVF, et l’introduction de la TPS, une nouvelle taxe directe, par le Canada, le Québec a modifié la LIVD pour spécifiquement inclure dans sa définition de prix de vente ou prix d’achat la TPS. Cette modification autorisait le Québec de taxer la TPS via la TVQ.

[125] Le Canada reconnaît que le Québec a effectué un changement que le Canada caractérise comme changement législatif et non fiscal parce qu’avant la TPS, le Québec, via la TVQ, taxait la TVF, taxe fédérale - rien n’a effectivement changé, le Québec a toujours taxé une taxe de vente fédérale et ceci en dernier lieu.

[126] Le problème en est un d’interprétation d’un texte législatif. Cette analyse, d’après *Rizzo & Rizzo Shoes* [au paragraphe 21], précité, est de « lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur ».

[127] To begin with, I have no difficulty concluding that by its ordinary and grammatical sense, seen in the context of the examples which the legislature itself set out in its Regulations, the amendment of the RSTA to allow application of the QST to the GST represents a change (amendment to the RSTA) in the structure (a significant part) of one of its modes of raising revenue (the retail sales tax). I find in Quebec's favour on this point.

[128] Before the GST, Quebec, through the QST, did not directly tax the FST: it taxed the purchase price paid by the consumer at retail, which itself included the FST imposed at the point of production. The amendment allowed Quebec to tax the GST directly. In practice, in the case of the SAQ, the GST could tax the latter's mark-up, which was not the case with the FST, as it was included in the base price of its products sold to the public.

[129] In Canada's submission, the judgment in *Rizzo & Rizzo Shoes*, above, held that the Act and Regulations should be interpreted in a general context taking into account the spirit of the Act, the scheme of the Act and the intention of Parliament.

[130] As mentioned in the Canada-Alberta arbitration, the purpose of the Act is to facilitate transfer of revenue collected by the federal government to the provinces to finance the public services which each province provides within its legislative powers. In particular, the purpose of Part II of the Act is to stabilize revenue in the provinces to compensate for a decline in revenue in one year compared with that of the previous year.

[131] As the Canada-Alberta arbitration also indicated, the Minister must add the provincial revenue for the year of the application to offset provincial fiscal changes so as to accurately measure the revenue subject to stabilization in the two years, notwithstanding the changes desired in a province's fiscal policy. In other words, the purpose of the Minister's adjustments is to ensure that provincial revenue in both years in question is comparable on an equivalent fiscal basis, otherwise

[127] Dans un premier temps, je n'ai aucune difficulté à conclure que suivant son sens ordinaire et grammatical, évalué dans le contexte des exemples que le législateur a lui-même étayés dans son Règlement, la modification de la LIVD pour permettre l'application de la TVQ sur la TPS représente un changement (la modification de la LIVD) dans la structure (élément important) d'un de ses modes de prélèvements (la taxe de vente au détail). Je donne raison au Québec sur ce point.

[128] Avant la TPS, le Québec, via la TVQ, ne taxait pas directement la taxe de vente fédérale (la TVF); il taxait le prix d'achat payé par le consommateur au détail, qui lui [le prix d'achat], comprenait la TVF imposée à la production. La modification a permis au Québec de taxer directement la TPS. En pratique, dans le cas de la SAQ, la TPS pouvait taxer la marge de bénéfice de celle-ci, ce qui n'était pas le cas avec la TVF, qui était incluse dans le prix de base de ses produits vendus au public.

[129] Selon le Canada, la jurisprudence de *Rizzo & Rizzo Shoes*, précitée, enseigne que la Loi et le Règlement doivent être interprétés dans un contexte global prenant en considération l'esprit de la Loi, l'objet de la Loi et l'intention du législateur.

[130] Tel que mentionné dans l'arbitrage Canada-Alberta, l'objet de la Loi est de faciliter le transfert de revenus perçus par le fédéral aux provinces pour financer les services publics que chaque province fournit à l'intérieur de ses compétences législatives. En particulier, le but de la partie II de la Loi est de stabiliser les revenus des provinces afin de palier à un déclin de revenus d'une année comparés à ceux de l'année précédente.

[131] Tel que nous l'enseigne aussi l'arbitrage Canada-Alberta, le ministre doit ajouter les revenus provinciaux de l'année de la demande pour contrebalancer les changements fiscaux provinciaux afin de mesurer exactement le revenu sujet à stabilisation durant les deux années nonobstant les changements voulus dans la politique fiscale d'une province. En d'autres mots, l'objet des corrections du ministre est de permettre que les revenus provinciaux durant les deux

the comparison would be distorted. The comparison exercise is a question of substance, not form.

[132] Canada is right in saying that in 1990 the QST taxed a federal sales tax (the FST) and that with the legislative amendment the QST in 1991 continued to tax a federal sales tax (the GST). Ms. Daigneault was right in saying that the methodology used by Quebec (the VDTAX exercise) did not permit an appropriate comparison between 1991-1992 and the previous year. The financial impact of this change is not what is alleged by Quebec.

[133] I feel that these two factors cannot serve to deny the fact that, by amending the RSTA, Quebec made a change in the fiscal structure of the QST.

[134] Quebec is entitled to the declaration sought. By an appropriate means, the Minister will have to measure the financial impact of taxation by the QST on the GST in 1991 in order to put it on a comparative basis with revenue derived from taxation by the QST of the FST in 1990.

10.5. Item (b)—SAQ mark-up

[135] The declaration sought by Quebec is:

DECLARE THAT the increased mark-up of the Société des alcools du Québec (SAQ) for the 1991-1992 fiscal year is an increase in the mark-up on goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(b)(viii) of the *1987 Regulations* which the Minister of Finance of Canada should take into account in calculating the stabilization payment application by the Government of Quebec for the 1991-1992 fiscal year.

[136] The question formulated by Hugessen J. is:

[TRANSLATION]

2. Did the Minister make a reviewable error in his findings

années visées soient comparables sur une base fiscale équivalente, faute de quoi la comparaison serait faussée. L'exercice de comparaison est une question de substance et non de forme.

[132] Le Canada a raison de prétendre qu'en 1990, la TVQ taxait une taxe de vente fédérale (la TVF) et qu'avec la modification législative la TVQ, en 1991, continuait de taxer une taxe de vente fédérale (la TPS). M^{me} Daigneault avait raison de prétendre que la méthodologie utilisée par le Québec (l'exercice de la VDTAX) ne permettait pas une comparaison appropriée entre 1991-1992 et l'année précédente. L'impact financier de ce changement n'est pas celui prétendu par le Québec.

[133] J'estime que ces deux facteurs ne peuvent servir à nier le fait que le Québec, en modifiant la LIVD, avait effectué un changement dans la structure fiscale de la TVQ.

[134] Le Québec a droit à la déclaration recherchée. Le ministre devra par moyen d'un mécanisme approprié mesurer l'impact financier de la taxation par la TVQ de la TPS en 1991 afin de la placer sur une base comparative aux revenus tirés de la taxation de la TVQ sur la TVF en 1990.

10.5. Élément b)—la marge de bénéfice de la SAQ

[135] La déclaration recherchée par le Québec est :

DÉCLARE QUE l'augmentation de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec (SAQ) pour l'exercice 1991-1992, constitue une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'article 6(1)b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l'article 12(1)b)(viii) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances du Canada doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du gouvernement du Québec pour l'exercice 1991-1992.

[136] La question formulée par le juge Hugessen est :

2. Est-ce que le ministre a commis une erreur révisable dans sa détermination :

...

(b) that the increased mark-up of the Société des alcools du Québec (“SAQ”) for the 1991-1992 fiscal year is not an increase in the mark-up on goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(b)(viii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year. [Emphasis added.]

[137] Subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations reads:

12. (1) In adjusting the revenue subject to stabilization of a province for a fiscal year pursuant to paragraph 6(1)(b) of the Act, the Minister shall:

...

(b) subtract from the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year as otherwise determined the amount of the increase in revenues in the fiscal year that results from changes either in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising revenue, including the following changes:

...

(viii) increases, averaged over a year, in the mark-up on goods or services that are sold to the public by the province or its agencies. [Emphasis added.]

[138] Canada acknowledges that a province’s revenue subject to stabilization includes revenue from the sale of spirits, wines and beer (“alcoholic beverage[s]”—subsections 6(2) and 4(2) of the Act; paragraphs 5(1)(j), (k) and (l) of the Regulations—and that pursuant to subparagraph 12(1)(b)(viii), if the mark-up had increased on products sold by the SAQ during the 1991-1992 fiscal year, Quebec would be entitled to a downward adjustment of real revenue from these sources.

[139] Quebec made an adjustment to 1991-1992 real revenue from these sources in order to deduct the sum of \$105,390,000 which the province determined was the financial impact resulting from a change made to one of its modes of raising revenue, in this case an increase in

[...]

b) Que l’augmentation du taux de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec (la « SAQ ») pour l’exercice financier 1991-1992 ne constitue pas une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l’article 6(1)(b) de la Loi et de l’article 12(1)(b)(viii) du Règlement pour l’exercice 1991-1992. [Je souligne.]

[137] Le sous-alinéa 12(1)(b)(viii) du Règlement se lit :

12. (1) Pour corriger le revenu soumis à stabilisation d’une province pour une année financière conformément à l’alinéa 6(1)(b) de la Loi, le ministre doit :

[...]

b) d’autre part, soustraire du montant, par ailleurs établi du revenu soumis à stabilisation de la province pour l’année financière, le montant de l’augmentation des revenus au cours de l’année financière qui résulte de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement de la province, notamment les changements suivants :

[...]

(viii) les augmentations, en moyenne pour une année, de la marge de bénéfice sur les biens ou les services vendus au public par la province ou ses organismes. [Je souligne.]

[138] Le Canada reconnaît que le revenu sujet à stabilisation d’une province inclut les revenus tirés de la vente des spiritueux, du vin et de la bière (les « boissons alcooliques ») (paragraphes 6(2) et 4(2) de la Loi; alinéas 5(1)(j), k) et l) du Règlement) et qu’en vertu du sous-alinéa 12(1)(b)(viii), si la marge de bénéfice avait augmenté sur les produits vendus par la SAQ durant l’année fiscale 1991/1992, le Québec aurait droit à une correction à la baisse des revenus réels provenant de ces sources.

[139] Le Québec a apporté une correction aux revenus réels de 1991-1992 provenant de ces sources afin d’en soustraire la somme de 105 390 000 \$, que la province a déterminé être l’impact financier résultant d’un changement apporté à l’un de ses mécanismes de

the mark-up on products sold by the SAQ to the public. When it was announced that the FST had been terminated and the GST had come into effect, the SAQ maintains that it revised its mark-up structure upward in order to maintain its earnings and the dividend level of its shareholder, the Quebec Minister of Finance.

[140] However, in his decision the Minister concluded that the evidence presented by Quebec did not show any increase in the SAQ's mark-up and that this evidence only established that there had been a change in the mark-up rate on products sold by the SAQ to the public.

[141] The methodology used by Quebec to establish an increase in the mark-up (*marge de bénéfice*) on products sold by the SAQ (spirits, wines and beer) was first to make a general comparison of the mark-up in 1991-1992 with that of 1990-1991 over the entire range of products sold by that agency, calculated by the formula: value of sales less cost of sales (gross profit) divided by cost of sales.

[142] According to that methodology, Quebec argues that the mark-up on products sold in 1991-1992 increased as compared with that of 1990-1991.

[143] Ms. Daigneault testified that Canada had several problems with the methodology used by Quebec and that Canada had expressed them to Quebec at the meeting of March 7, 1994, and repeated them at that of September 12, 1994, supported by a request for examples similar to those Canada obtained from Manitoba.

[144] One of Canada's main concerns was raised clearly by Mr. Hodgson in his examination after defence, to the effect that the formula chosen by Quebec showed no increase in the mark-up on each product sold to the public by the SAQ, simply a change in the rate or percentage of that mark-up, which was not sufficient. In Mr. Hodgson's opinion, Quebec had to show that the mark-up had increased in dollars, and this could only be

prélèvement, en l'occurrence l'augmentation de la marge de bénéfice sur les produits vendus par la SAQ au public. Devant l'annonce de l'abolition de la TVF et de l'entrée en vigueur de la TPS, la SAQ soutient avoir révisé à la hausse sa structure de majoration afin de maintenir ses bénéfices et le niveau de dividende à son actionnaire, le ministre des Finances du Québec.

[140] Cependant, le ministre dans sa décision a conclu que la preuve apportée par le Québec ne démontrait aucune augmentation de la marge de bénéfice de la SAQ et que cette preuve établissait seulement qu'il y avait eu variation dans le taux de la marge de bénéfice sur les produits vendus par la SAQ au public.

[141] La méthodologie utilisée par le Québec pour démontrer une augmentation de la marge de bénéfice (*mark-up*) sur les produits vendus par la SAQ (spiritueux, vins et bières) a été dans un premier temps de comparer globalement sur l'ensemble des produits vendus par cet organisme, la marge de bénéfice en 1991-1992 à celle de 1990-1991 calculée par la formule : valeur des ventes moins le coût des ventes (bénéfice brut) divisé par le coût des ventes.

[142] Selon cette méthodologie, le Québec soutient que la marge de bénéfice sur les produits vendus en 1991/1992 aurait augmenté en comparaison avec celle de 1990-1991.

[143] M^{me} Daigneault a témoigné que la méthodologie utilisée par le Québec suscitait plusieurs difficultés pour le Canada et que le Canada les auraient exprimées au Québec durant la réunion du 7 mars 1994 et répétées à celle du 12 septembre 1994, étoffées d'une demande d'exemples semblables à ceux que le Canada aurait obtenus du Manitoba.

[144] Une des préoccupations principales du Canada a été soulevée clairement par M. Hodgson lors de son interrogatoire après défense à l'effet que la formule choisie par le Québec ne démontrait aucune augmentation de la marge de bénéfice sur chaque produit vendu au public par la SAQ mais simplement une variation du taux ou le pourcentage de cette marge ce qui était insuffisant. Pour M. Hodgson, le Québec

done if Quebec established that the price of products sold by the SAQ had increased.

[145] Quebec reacted to the reservations expressed by Canada by presenting a new table at the September 12, 1994 meeting, but it used the same formula, this time calculating the mark-up not on all the products sold by the SAQ during the reference year and the previous year, but in relation to the three principal categories of products sold: spirits, wines and beer. In Quebec's submission, this table established an increase in the percentage of the mark-up for the reference year over the previous year.

[146] In her testimony Ms. Daigneault expressed several further concerns regarding the methodology used by Quebec to establish an increase in the SAQ's mark-up:

1. The formula used by Quebec only expressed an *ex post facto* result which she said concealed several factors that would be likely to alter the mark-up without the SAQ taking any specific action to increase it, citing as an example the decrease in the base price of a bottle of wine following termination of the FST;

2. The mark-up structure was volumetric or *ad valorem* in nature, so that the mark-up rate varied if the volume or price of a specific product changed, without any action being taken by the SAQ to increase the mark-up.

[147] In short, Canada's position is that Quebec has not presented sufficient evidence to establish to the Minister that its mark-up had increased on products sold by the SAQ to the public. Quebec had to show that prior to the year of the application the province had legislated an increase in its mark-up.

[148] In cross-examination (transcript of January 6, 2005, at pages 170-173), Ms. Daigneault admitted that the question was not to determine whether the SAQ

devait démontrer que la marge de bénéfice avait augmenté en dollars, démonstration qui ne pouvait être faite que si le Québec établissait que les prix des produits vendus par la SAQ avaient augmentés.

[145] Le Québec a réagit aux réserves faites par le Canada en présentant à la réunion du 12 septembre 1994 un nouveau tableau, utilisant cependant la même formule, calculant cette fois la marge de bénéfice non sur l'ensemble des produits vendus par la SAQ durant l'année de référence et l'année précédente mais en relation avec les trois principales catégories de produits vendus : les spiritueux, les vins et les bières. Selon le Québec, ce tableau démontrait une augmentation en pourcentage de la marge de bénéfice pour l'année de référence sur l'année précédente.

[146] Durant son témoignage, M^{me} Daigneault a exprimé plusieurs autres inquiétudes sur la méthodologie utilisée par le Québec pour démontrer l'augmentation de la marge de bénéfice de la SAQ :

1. La formule utilisée par le Québec exprimait seulement un résultat *ex post facto* qui masquerait plusieurs facteurs aptes à faire bouger la marge de bénéfice sans que la SAQ ait posé un geste concret pour l'augmenter, citant comme exemple la diminution du prix de base d'une bouteille de vin suite à l'abolition de la TVF;

2. La structure de la marge était volumétrique ou *ad valorem* par nature avec conséquence que le taux de la marge variait si le volume ou le prix d'un produit spécifique changeait, et ceci, sans geste posé par la SAQ pour augmenter la marge de bénéfice.

[147] En somme, la position du Canada est que le Québec n'a amené aucune preuve suffisante pour démontrer au ministre que sa marge de bénéfice sur les produits vendus par la SAQ au public avait augmentée. Le Québec devait démontrer que la province avait, avant l'année de la demande, légiférer une augmentation de sa marge de bénéfice.

[148] En contre-interrogatoire (notes sténographiques du 6 janvier 2005 aux pages 170 à 173) M^{me} Daigneault a reconnu que la problématique n'était pas de savoir si

mark-up should be expressed in dollars or as a percentage (a rate), but to assess the fact that the result of the formula used by Quebec was an *ex post facto* rate which in Canada's opinion was not a valid means of showing an increase legislated by the SAQ to increase its mark-up.

[149] In the view of Quebec and of the Court, this admission by Ms. Daigneault was a change of direction by Canada, with an important impact on the issue as formulated by Hugessen J., based on the representations made to him by the parties. This is clear in view of Canada's memorandum submitted to Hugessen J. that the question of whether the SAQ mark-up should be expressed in dollars was fundamental. This was the understanding on which the expert witnesses Levine and Bussière also prepared their reports and testified. The Court accepts the testimony of Ms. Daigneault, Canada's representative, on this point and sees no reason to consider the argument between the two expert witnesses any further.

[150] Exhibit P-12 is an extract from the minutes of the meeting of the SAQ Board of Directors on November 8, 1990, on the structure of the increased rates that would be in place on January 1, 1991, in connection with the introduction of the GST. The members of the Board of Directors decided that the mark-up structure of products sold by the SAQ should be amended as of January 1, 1991, in accordance with the principle developed in scenario 2 of the document titled [TRANSLATION] "Mark-up Structure Relating to GST".

[151] Exhibit P-12 was admitted without prejudice pending the Court's decision on whether new evidence which was not before the decision maker was admissible in the proceeding brought by Quebec against Canada under section 19 of the *Federal Court Act*. For the reasons given earlier on the preliminary question, I conclude that Exhibit P-12 is admissible.

[152] Exhibit P-12 shows that before January 1, 1991 the SAQ Board of Directors had decided by resolution on a new mark-up structure to maintain retail sales

la marge de bénéfice de la SAQ devait s'exprimer en dollars ou en pourcentage (un taux) mais d'apprécier que le produit de la formule utilisée par le Québec était un taux *ex post facto* qui n'était pas valable aux yeux du Canada pour démontrer une augmentation légiférée par la SAQ afin d'augmenter sa marge de bénéfice.

[149] Aux yeux du Québec et de la Cour, cette aveu de M^{me} Daigneault représentait un changement de cap de la part du Canada, ayant un impact important sur la question en litige, tel que formulée par le juge Hugessen, suite aux représentations qui lui ont été faites par les parties. Ceci est évident à la lumière du mémoire du Canada, présenté au juge Hugessen, que la question de savoir si la marge de bénéfice de la SAQ devait s'exprimer en dollars était fondamentale. C'est sur cette compréhension des choses que les experts Levine et Bussière ont aussi rédigé leurs rapports et ont témoigné. La Cour accepte le témoignage de M^{me} Daigneault, la représentante du Canada, sur ce point et ne voit aucune utilité d'approfondir le débat entre les deux experts.

[150] La pièce P-12 est un extrait du procès-verbal du conseil d'administration de la SAQ en date du 8 novembre 1990 sur la structure des taux de majoration qui seraient en place le 1^{er} janvier 1991 dans le cadre de l'introduction de la TPS. Les membres du conseil d'administration ont décidé que la structure de majoration des produits vendus par la SAQ soit modifiée à compter du 1^{er} janvier 1991 selon le principe développé au scénario 2 du document intitulé « Structure de majoration dans le cadre de la TPS ».

[151] La pièce P-12 a été admise sous réserve en attente de la décision de la Cour à savoir si une nouvelle preuve qui n'était pas devant le décideur était admissible dans le cadre de la procédure intentée par le Québec contre le Canada sous l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pour les motifs déjà exprimés ci-haut sur la question préliminaire, je conclus à l'admissibilité de la pièce P-12.

[152] La pièce P-12 démontre qu'avant le 1^{er} janvier 1991, le conseil d'administration de la SAQ avait, par résolution, statué une nouvelle structure de majoration

prices and the ability to generate the anticipated dividend following the introduction of the GST, which caused the base price of each product sold by the SAQ to fall.

[153] The SAQ mark-up is the result of its mark-up structure, which applies product-by-product to the base price of each product, the components of which are the price paid to the supplier, transport costs, customs, excise duties, federal sales taxes (FST of 19% before 1991 and GST of 8% in that year) and other costs.

[154] To maintain retail prices following elimination of the 19% FST, an important component of the base price, the SAQ altered by resolution of its board of directors the two portions which were responsible for its profits: an increase in its standard mark-up by bottle and changes in the segments and rates of its *ad valorem* mark-up.

[155] Ms. Daigneault testified on January 6, 2005 (transcript, page 270) that Exhibit P-12, which had not been given to Canada when the application was analysed, indicated a deliberate action by Quebec to increase the mark-up on products sold by it to the public.

[156] I feel that Quebec is entitled to the declaration sought.

[157] I have two further comments to make. First, I make no ruling on the quantum of the financial impact of the adjustment which the Minister must make in order to reflect the increase in the SAQ mark-up during the 1991-1992 fiscal year. Determining the financial impact is the responsibility of the Minister, who must take into account all relevant factors so as to properly assess what the real revenue from this revenue source would have been if the increase in the 1991-1992 mark-up had not occurred. In this context, I do not have to weigh the arguments of Canada that for certain products the increase in the margin is volumetric in nature and in other cases the percentage increase is low.

visant à maintenir les prix de vente au détail ainsi que la capacité de générer le dividende anticipé en raison de l'avènement de la TPS qui a fait chuter le prix de base sur chaque produit vendu par la SAQ.

[153] La marge de bénéfice de la SAQ est le résultat de sa structure de majoration qui s'applique, produit par produit, sur le prix de base de chaque produit dont les composantes sont : le prix payé au fournisseur, les frais de transport, les douanes, les accises, les taxes de vente fédérales (TVF de 19 % avant 1991 et la TPS de 8 % de cette année) et autres frais.

[154] Pour maintenir les prix au détail advenant l'élimination de la TVF de 19 %, composante importante du prix de base, la SAQ a modifié par résolution de son conseil d'administration les deux portions qui sont la source de ses bénéfices : augmentation de sa majoration fixe par bouteille et changements des tranches et des taux de sa majoration *ad valorem*.

[155] M^{me} Daigneault a témoigné le 6 janvier 2005 (notes sténographiques, page 270) que la pièce P-12, qui n'avait pas été remise au Canada lors de l'étude de sa demande, démontrait un geste conscient de la part du Québec d'augmenter la marge de bénéfice sur les produits vendus par elle au public.

[156] J'estime que le Québec a droit à la déclaration recherchée.

[157] J'ai deux remarques supplémentaires à faire. Premièrement, je ne me prononce pas sur le quantum de l'impact financier de la correction que le ministre doit effectuer afin de donner suite à l'augmentation de la marge de bénéfice de la SAQ durant l'année fiscale 1991-1992. La détermination de l'impact financier est la responsabilité du ministre qui doit prendre en considération tous les facteurs pertinents afin d'évaluer justement ce qu'auraient été les revenus réels de cette source de revenus si l'augmentation de la marge de bénéfice en 1991-1992 ne s'était pas produite. Dans ce contexte, je n'ai pas évalué les prétentions du Canada qui prétend pour certains produits l'augmentation de la marge est volumétrique en nature et que dans d'autres cas l'augmentation en pourcentage est faible.

[158] Second, the evidence was that Canada requested certain information from Quebec which the latter did not provide.

[159] Messrs. St. Gelais and Monty explained why the information requested was not given to Canada. The Court accepts their testimony. Quebec could not provide these explanations because there was no increase in the dollar mark-up and the price of the products did not change. In my opinion, this is readily understandable; Mr. Hodgson insisted that the mark-up should be expressed in dollars. There was no mutual understanding on this point. In this context, I place no blame on Quebec.

10.6. Item (e)—Loto-Québec mark-up

[160] The declaration sought by Quebec is:

DECLARE THAT the increased mark-up of the Société des loteries et courses du Québec for the 1991-1992 fiscal year is an increase in the mark-up on goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(b)(viii) of the *1987 Regulations* which the Minister of Finance of Canada should take into account in calculating the stabilization payment application by the Government of Québec for the 1991-1992 fiscal year.

[161] The question framed by Hugessen J. is:

[TRANSLATION]

2. Did the Minister make a reviewable error in his findings . . .

...

(e) That the increased mark-up rate of the Société des loteries et courses du Québec (Loto-Québec) for the 1991-1992 fiscal year is not an increase in the mark-up of goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(b)(viii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year.

[162] Under paragraphs 4(2)(*ee*) and 6(1)(*b*) of the Act, lottery revenue received by a province is included in the province's revenue subject to stabilization.

[158] Deuxièmement, la preuve démontre que le Canada a demandé au Québec certains renseignements que le Québec n'a pas fournis.

[159] MM. St. Jelais et Monty ont expliqué pourquoi l'information demandée n'a pas été remise au Canada. Leurs témoignages me convainquent. Le Québec ne pouvait pas fournir ces explications parce qu'il n'y avait aucune augmentation de la marge en dollars et le prix des produits n'avait pas changé. À mon avis, ça se comprend facilement; M. Hodgson insistait que la marge devait s'exprimer en dollars. Sur ce point le dialogue n'existait pas. Dans ce contexte je ne formule aucun reproche au Québec.

10.6. Élément e)—La marge de bénéfice de Loto-Québec

[160] La déclaration recherchée par le Québec est :

DÉCLARE QUE l'augmentation de la marge bénéficiaire de la Société des loteries et courses du Québec pour l'exercice 1991-1992, constitue une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'article 6(1)b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l'article 12(1)b)(viii) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances du Canada doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du gouvernement du Québec pour l'exercice 1991-1992;

[161] La question posée par le juge Hugessen est :

2. Est-ce que le ministre a commis une erreur révisable dans ses déterminations [. . .]

[. . .]

e) Que l'augmentation du taux de la marge bénéficiaire de la Société des loteries et courses du Québec (« Loto-Québec ») pour l'exercice 1991-1992 ne constitue pas une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'article 6(1)b) de la Loi et de l'article 12(1)b)(viii) du Règlement pour l'exercice 1991-1992.

[162] Les revenus de loteries tirés par une province sont inclus dans le revenu sujet à stabilisation de la province en vertu des alinéas 4(2)(*ee*) et 6(1)(*b*) de la

Accordingly, Quebec included this revenue in its application, but made an adjustment for the 1991-1992 fiscal year. Quebec deducted the sum of \$11,972,637 which it determined was the impact of the change made by the Province to one of its modes of raising revenue, in this case the increase in the mark-up on lottery tickets sold to the public by Loto-Québec. The Minister did not take this adjustment into account since, in his opinion, only the Loto-Québec mark-up rate had increased, and this did not correspond to an increase within the meaning of subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations. In the Minister's submission, the evidence presented by Quebec was insufficient to determine whether there had been an increase in the mark-up or even to assess the financial impact of such an increase, if applicable.

[163] Quebec argues that like the issue involving the SAQ, the chief question to be decided by the Court concerns the interpretation of the word "mark-up" in subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations.

[164] Quebec argues that, expressed as a percentage of the cost of sales, its mark-up increased in 1991-1992 over the previous year. Loto-Québec calculates its mark-up in the same way as the SAQ, by dividing gross profit by cost of sales for the same year. Loto-Québec can deliberately increase its gross profit, *inter alia* by marketing lottery tickets which have a lower rate of return (the rate of return is fixed in the form of a percentage of the ticket selling price, which corresponds to the prizes paid to winners); by downward alteration of discounts to retailers, although that is not often done; or by decreasing the printing quality of lottery tickets or the size of tickets. A decrease in the rate of return has the effect of improving the gross profit, and so indirectly influences the mark-up as calculated by Loto-Québec. In Quebec's submission, the meaning of the word "mark-up" in subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations is broad enough to include the increase in the mark-up rate on goods sold to the public by a governmental enterprise.

Loi. Ainsi, le Québec a inclus ces revenus dans sa demande, y apportant toutefois une correction pour l'année 1991-1992. Le Québec a soustrait la somme de 11 972 637 \$, déterminée être l'impact d'un changement fait par la province à un de ses mécanismes de prélèvement, en l'occurrence l'augmentation de la marge de bénéfice sur les loteries vendues au public par Loto-Québec. Le ministre n'a pas tenu compte de cette correction puisque selon lui, seulement le taux de la marge de bénéfice de Loto-Québec avait augmenté, ce qui ne correspond pas à une augmentation au sens du sous-alinéa 12(1)(b)(viii) du Règlement. Selon le ministre, la preuve présentée par le Québec était insuffisante pour vérifier une augmentation de la marge de bénéfice ou même évaluer l'impact financier d'une telle augmentation le cas échéant.

[163] Le Québec soutient qu'à l'instar de l'élément en litige concernant la SAQ, la principale question qui doit être tranchée par la Cour concerne l'interprétation de l'expression « marge de bénéfice » apparaissant au sous-alinéa 12(1)(b)(viii) du Règlement.

[164] En effet, le Québec soutient que sa marge bénéficiaire, exprimée en pourcentage du coût des ventes, a augmentée en 1991-1992 par rapport à l'année précédente. Loto-Québec calcule sa marge de bénéfice de la même façon que la SAQ en divisant le bénéfice brut par le coût des ventes de la même année. Loto-Québec peut volontairement augmenter son bénéfice brut, notamment en mettant en marché des loteries ayant un taux de retour inférieur (le taux de retour est fixé sous forme de pourcentage du prix de vente des billets, qui correspond aux prix remis aux gagnants); en modifiant à la baisse les escomptes aux détaillants, bien que ce ne soit pas fait fréquemment; ou en diminuant la qualité de l'impression des billets de loterie ou la grosseur des billets. La diminution du taux de retour a pour effet d'améliorer le bénéfice brut et donc influe indirectement sur la marge bénéficiaire telle que calculée par Loto-Québec. Pour le Québec, le sens de l'expression « marge de bénéfice » au sous-alinéa 12(1)(b)(viii) du Règlement, est suffisamment large pour inclure l'augmentation du taux de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par une entreprise publique.

[165] Quebec submits that it deliberately took measures to increase its mark-up, as calculated above, between the two years in question. In 1991-1992 Loto-Québec introduced an expense reduction program, as part of which it marketed lottery tickets with a lower structure and rate of return in order to improve its performance. Accordingly, Loto-Québec sales increased 3.3 percent between the two years in question, while the cost of prizes fell 2.8 percent. The Loto-Québec mark-up rate consequently increased from 81 percent in 1990-1991 to 82.8 percent in 1991-1992. The amount of \$11,972,637 is the result of the calculation that involves applying the 1990-1991 mark-up rate to revenue for the 1991-1992 fiscal year so as to compare revenue subject to stabilization within a constant fiscal structure. If not for the increase in its mark-up rate in 1991-1992, therefore, Loto-Québec considers that it would have sustained a decrease in revenue of \$11,972,637.

[166] At trial, Quebec submitted new evidence without prejudice, Exhibit P-20, which brings together a number of documents including:

- A table titled [TRANSLATION] “Cumulative sales and prizes by type of Loto-Québec lottery, 1990-1991 and 1991-1992”;
- Extracts from the minutes of the Loto-Québec board of directors in 1991 and early 1992 regarding changes to its lotteries, including extracts from the memorandum of deliberations and the operations policy applicable to each lottery (prize structure, prize amounts, number of prizes and chances of winning).

[167] As with the position taken on the issue relating to the SAQ, Canada maintains that Quebec has simply shown that the mark-up rate as calculated *a posteriori* has increased. This does not indicate whether there was a change by the Province in the mark-up which it applies to goods within the meaning of subparagraph 12(1)(b)(viii) of the Regulations, as by reducing the rate of return on prizes, for example, or assessing the financial impact of such a change, if applicable.

[165] Le Québec soumet qu’il a sciemment posé des gestes afin d’augmenter sa marge bénéficiaire, telle que calculée ci-haut, entre les deux années en cause. En effet, en 1991-1992 Loto-Québec a mis en place un programme de réduction des dépenses dans le cadre duquel elle a mis en marché des loteries ayant une structure et un taux de retour inférieurs afin d’améliorer la performance de l’entreprise. Ainsi, les ventes de Loto-Québec ont augmenté de 3,3 % entre les deux exercices en cause alors que la dépense de lots a pour sa part chuté de 2,8 %. Le taux de la marge bénéficiaire de Loto-Québec a conséquemment augmenté de 81 % en 1990-1991 à 82,8 % en 1991-1992. Le montant de 11 972 637 \$ est le résultat du calcul qui consiste à appliquer le taux de la marge bénéficiaire de 1990-1991 aux revenus de l’année financière 1991-1992 de manière à comparer les revenus sujets à stabilisation à structure fiscale constante. N’eût été de l’augmentation par Loto-Québec de son taux de marge bénéficiaire en 1991-1992, cette dernière considère donc qu’elle aurait subi une baisse de revenus de 11 972 637 \$.

[166] Au procès, le Québec a présenté une nouvelle preuve, sous-réserve, la pièce P-20, qui rassemble un nombre de documents dont :

- Un tableau intitulé « Vente et lots cumulatifs par type de loteries de Loto-Québec, 1990-1991 et 1991-1992;
- Extraits de procès-verbaux du conseil d’administration de Loto-Québec, en 1991 et début 1992, concernant les modifications à ses loteries, y compris les extraits du mémoire des délibérations et la politique opérationnelle applicable à chaque loterie (structure des lots, valeur des lots, nombre de lots et chances de gagner).

[167] À l’instar de la position prise eu égard à l’élément en litige relatif à la SAQ, le Canada soutient que le Québec a simplement démontré que le taux de la marge de bénéfice tel que calculé *a posteriori* a augmenté. Ceci ne permet pas de savoir s’il y a eu un changement fait par la province à la marge de bénéfice qu’elle applique sur les biens au sens du sous-alinéa 12(1)(b)(viii) du Règlement en diminuant le taux de retour sur les lots par exemple, ni d’évaluer l’impact financier résultant d’un tel changement, le cas échéant.

[168] The mark-up rate calculated *ex post facto* may be affected by several items other than a change made by the province to the mark-up applied to goods. For example, consumer habits and sales change from year to year, as well as the popularity of a particular game and the variations in what the prize payouts happen to be. These factors influence the profit rate achieved by Loto-Québec at the end of the year, without this being due to any specific, deliberate measure taken by the Province to this effect.

[169] Accordingly, in Canada's submission even the new evidence (Exhibit P-20) is insufficient to determine whether there was in fact an increase in mark-up: in order to do this, Quebec would have had to submit evidence showing the rate of return on each category of lottery game for 1991-1992, and also for 1990-1991. With the information in fact supplied, namely the rate of return by lottery for 1991-1992 only, no comparison was possible.

[170] The question for Loto-Québec is similar to that of the SAQ, since to show the increase in that agency's mark-up Quebec had used the formula of sales value less the cost of sales (gross profit) divided by the cost of sales. Canada considers that the weaknesses of this formula are the same as those noted for the SAQ, and that consequently Loto-Québec has not established that its mark-up had increased during the year of the application: Quebec has only shown a change in an *ex post facto* rate. Canada also alleged that the Quebec record lacked information.

[171] It follows that the conclusions made by this Court for the SAQ apply to Loto-Québec, in particular:

- The question of whether an increase in the mark-up should be expressed in dollars, not as a percentage, became moot during the testimony of Ms. Daigneault;
- The new evidence is admissible: Quebec's remedy under section 19 of the *Federal Court Act* is not judicial

[168] En effet, le taux de marge de bénéfice calculé *ex post facto* peut être affecté par plusieurs éléments autres qu'un changement fait par la province à la marge de bénéfice appliquée sur les biens. Par exemple, les habitudes des consommateurs et les ventes changent d'année en année, ainsi que la popularité d'un jeu en particulier et l'effet aléatoire de ce que seront les remises en prix dans les faits. Ces facteurs influent sur le taux de bénéfice que récoltera Loto-Québec en fin d'année, sans que cela soit dû à un geste concret et volontaire posé en ce sens par la province.

[169] Donc selon le Canada, même la nouvelle preuve (la pièce P-20) est insuffisante pour déterminer s'il y a effectivement eu une augmentation de la marge de bénéfice; pour ce faire, il aurait fallu que le Québec présente une preuve démontrant le taux de retour relativement à chaque catégorie de jeux de loterie pour 1991-1992 mais aussi pour 1990-1991. Avec l'information effectivement transmise, soit le taux de retour par loterie pour l'année 1991-1992 seulement, aucune comparaison n'a été possible.

[170] La problématique pour Loto-Québec est semblable à celle de la SAQ puisque, pour démontrer l'augmentation de la marge de bénéfice de cet organisme, le Québec avait utilisé la formule de valeur des ventes moins le coût des ventes (bénéfice brut) divisé par le coût des ventes. Pour le Canada, les failles de cette formule sont les mêmes que celles identifiées pour la SAQ et que, par conséquent, Loto-Québec n'a pas démontré que sa marge de bénéfice a augmentée durant l'année de la demande; le Québec avait seulement démontré une variation dans un taux *ex post facto*. Le Canada a aussi allégué que le dossier du Québec manquait d'informations.

[171] Il s'en suit que les déterminations faites par cette Cour pour la SAQ s'appliquent pour Loto-Québec, notamment :

- La question de savoir si une augmentation de la marge de bénéfice doit être exprimée en dollars et non en pourcentage est devenue caduque durant le témoignage de M^{me} Daigneault;
- La nouvelle preuve est admissible; le recours du Québec sous l'article 19 de la *Loi sur la cour fédérale*

review of the Minister's decision, but a dispute between the parties which this Court must resolve on the merits based on the evidence submitted by each party;

- Exhibit P-20 shows that for each lottery identified there was an *a priori* intention by the Loto-Québec board of directors to increase the mark-up on each product before the product was sold to the public.

[172] Canada makes another point. It says that Quebec's application is deficient for lack of information. I dismiss this argument. The evidence is that Canada did not ask the Quebec representatives to give it any further information.

[173] For these reasons, Quebec is entitled to the declaration sought.

10.7. Item (c)—Protocol on Fiscal Reciprocity

[174] The declaration sought by Quebec is:

DECLARE THAT the revenue decrease from the retail sales tax for the 1991-1992 fiscal year which results from the coming into force on January 1, 1991 of the protocol on fiscal reciprocity signed between Canada and Quebec on December 21, 1990 is not a change made by Quebec in the structure of a mode of raising revenue of the province within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(a) of the *1987 Regulations* should be taken into account by the Minister of Finance of Canada in calculating the revenue subject to stabilization for that fiscal period.

[175] The question stated by Hugessen J. is:

[TRANSLATION]

2. Did the Minister make a reviewable error in his findings . . .

...

(c) that the revenue decrease from the retail sales tax [the QST] for the 1991-1992 fiscal year resulting from the coming into force on January 1, 1991 of the *Protocol on*

n'est pas un contrôle judiciaire de la décision du ministre mais un litige entre les parties que cette Cour doit trancher sur le fond eu égard à la preuve présentée par chacune des parties;

- La pièce P-20 démontre pour chaque loterie identifiée une volonté *a priori* du conseil d'administration de Loto-Québec d'augmenter la marge de bénéfice sur chaque produit avant que ce produit ne soit vendu au public.

[172] Le Canada soulève un autre point. Il dit que la demande du Québec est défectueuse pour manque de renseignements. J'écarte cette prétention. La preuve démontre que le Canada n'a pas demandé aux représentants du Québec de lui fournir des données supplémentaires.

[173] Pour ces motifs, le Québec a droit à la déclaration recherchée.

10.7. Élément c)—Le Protocole d'accord de réciprocité fiscale

[174] La déclaration recherchée par le Québec est :

DÉCLARE QUE la baisse des revenus provenant de la taxe sur les ventes au détail pour l'exercice 1991-1992 qui résulte de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1991, du Protocole d'accord de réciprocité fiscale intervenu entre le Canada et le Québec le 21 décembre 1990, ne constitue pas un changement fait par le Québec dans la structure d'un mécanisme de prélèvement de la province au sens de l'article 6(1)b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l'article 12(1)a) du *Règlement de 1987*, [et] doit être prise en compte par le ministre des Finances du Canada dans le calcul du revenu soumis à stabilisation pour cet exercice;

[175] La question posée par le juge Hugessen est :

2. Est-ce que le ministre a commis une erreur révisable dans ses déterminations [. . .]

[. . .]

c) Que la baisse des revenus provenant de la Taxe sur les ventes au détail [la TVQ] pour l'exercice 1991-1992 qui résulte de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1991, du

fiscal Reciprocity between Canada and Quebec signed on December 21, 1990, results from a change made by Quebec in the structure of a mode of raising revenue of the province within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(a) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year. Is the defendant right in arguing, alternatively, that the province's revenue from a fiscal reciprocity agreement is not revenue subject to stabilization?

[176] In its application for a stabilization payment for the 1991-1992 fiscal year, Quebec sought to take into account the decrease in its revenue from the QST by the amount of \$36,456,000 resulting from the cancellation of the 1987 Canada-Quebec fiscal reciprocity agreement (the 1987 agreement), which was replaced by the fiscal reciprocity protocol of agreement dated December 21, 1990 (the 1990 agreement) in effect on January 1, 1991, the date the GST was introduced.

[177] The Minister refused to recognize the adjustment made by Quebec on the ground that revocation of the 1987 agreement, the cause of the decrease in revenue from the QST, was the result of a change made by Quebec within the meaning of the Act and Regulations.

[178] Under the 1987 agreement, which was for five years, Canada undertook to remit to the Government of Quebec the QST on purchases made by its departments and designated Crown corporations as if the QST [TRANSLATION] “applied to Canada.” Quebec, in return, undertook to remit to Canada the FST from its purchases and those of its designated Crown corporations.

[179] The need for fiscal reciprocity agreements between Canada and the provinces results from the fiscal immunity which both levels of government enjoy under section 125 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] from being subject to taxation by the other level of government.

[180] The expiry date of the 1987 agreement was March 31, 1992, subject to the following provisions:

Protocole d'accord de réciprocité fiscale intervenu entre le Canada et le Québec le 21 décembre 1990, résulte d'un changement fait par le Québec dans la structure d'un mécanisme de prélèvement de la province au sens de l'article 6(1)*b* de la Loi et de l'article 12(1)*a* du Règlement pour l'exercice 1991-1992. Est-ce que la défenderesse a raison de prétendre que, subsidiairement, les revenus de la province découlant d'un accord de réciprocité fiscale ne sont pas des revenus sujets à stabilisation?

[176] Dans sa demande de paiement de stabilisation pour l'année fiscale 1991-1992, le Québec a voulu tenir compte de la baisse de ses revenus provenant de la TVQ d'un montant de 36 456 000 \$, résultat de la résiliation de l'accord de réciprocité fiscale Canada-Québec de 1987 (l'accord de 1987) qui fut remplacé par le protocole d'accord de réciprocité fiscale en date du 21 décembre 1990 (l'accord de 1990) en vigueur le 1^{er} janvier 1991, date de l'introduction de la TPS.

[177] Le ministre a refusé de reconnaître l'ajustement apporté par le Québec au motif que la révocation de l'accord de 1987, cause de la baisse des revenus provenant de la TVQ, était le résultat d'un changement fait par le Québec au sens de la Loi et du Règlement.

[178] Selon l'accord de 1987, dont la durée était de 5 ans, le Canada s'engageait à remettre au gouvernement du Québec la TVQ sur les achats effectués par ses ministères et sociétés d'État désignées comme si la TVQ « s'appliquait au Canada ». En contrepartie, le Québec s'engageait à remettre au Canada la TVF provenant de ses achats et celles de ses sociétés d'État désignées.

[179] La nécessité des accords de réciprocité fiscale entre le Canada et les provinces découle de l'immunité fiscale que les deux ordres de gouvernements jouissent sous l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] de ne pas être assujettis aux impôts de l'autre ordre de gouvernement.

[180] La date d'expiration de l'accord de 1987 était le 31 mars 1992 sous réserve des dispositions suivantes :

1. Revocation of the 1987 agreement at the end of a fiscal year by either party on six months' notice in writing;

2. Automatic revocation on the date of the introduction by Canada of a tax [TRANSLATION] "on commercial transactions or any other similar taxes promulgated to replace the tax due under the federal Act . . . as of the date of introduction of this tax on commercial transactions or any other similar taxes"; in the 1987 agreement, "federal Act" means the *Excise Tax Act* [R.S.C., 1985, c. E-15] pursuant to which the FST was, and the GST would be, imposed;

3. The parties undertook to initiate discussions, at least six months before March 31, 1992 or before the date of introduction of a tax on commercial transactions or any other similar tax to replace the FST, with a view to concluding another agreement having a purpose similar to that of this agreement.

[181] As mentioned, the 1990 agreement replaced that of 1987. Canada and Quebec mutually agreed to exclude from their scope, on their purchases of goods, Canada's obligation to remit the QST to Quebec and Quebec's obligation to remit the GST to Canada.

[182] Quebec maintains that termination of the 1987 agreement and its replacement by the 1990 agreement was not a change made by Quebec in the structure of a mode of raising revenue for the province within the meaning of paragraph 6(1)(b) of the Act and paragraph 12(1)(a) of the Regulations.

[183] Underlying this argument by Quebec is the idea of fiscal immunity. Quebec could not unilaterally subject Canada to payment of the QST on purchases by Canada or its agencies in Quebec. Canada had to agree to pay it. In this particular situation, Quebec submits that a fiscal reciprocity agreement is not a mode of raising revenue and that Canada's intention to no longer pay the QST was not a change made by the province.

1. Révocation à la fin d'une année financière de l'accord de 1987 par l'une ou l'autre des parties sur préavis écrit de six mois;

2. Révocation automatique à la date de la mise en application par le Canada d'une taxe « sur les transactions commerciales ou toutes autres taxes semblables promulgu[ée] aux fins de remplacer la taxe exigible au terme de la Loi fédérale [...] à compter de la date de la mise en application de cette taxe sur les transactions commerciales, ou de toutes autres taxes semblables ». Dans l'accord de 1987, « Loi fédérale » signifie la *Loi sur la taxe d'accise* [L.R.C. (1985), ch. E-15] sous laquelle la TVF était et la TPS serait imposées.

3. Les parties s'engageaient à commencer, au moins six mois avant le 31 mars 1992 ou avant la date de la mise en application d'une taxe sur les transactions commerciales ou toutes autres taxes semblables pour remplacer la TVF, des discussions entre elles en vue de conclure un autre accord ayant un objet semblable à celui du présent accord.

[181] Tel que mentionné, l'accord de 1990 a remplacé celui de 1987. Le Canada et le Québec ont convenu mutuellement d'exclure de leur champ d'application, sur leurs achats de biens, l'obligation du Canada de remettre la TVQ au Québec et l'obligation du Québec de remettre la TPS au Canada.

[182] Le Québec soutient que l'abolition de l'accord de 1987 et son remplacement par l'accord de 1990 ne constitue pas un changement fait par le Québec dans la structure d'un mécanisme de prélèvement de la province au sens de l'alinéa 6(1)(b) de la Loi et de l'alinéa 12(1)(a) du Règlement.

[183] À la base de cette prétention de la part du Québec est la notion de l'immunité fiscale. Le Québec ne pouvait unilatéralement assujettir le Canada au paiement de la TVQ sur les achats du Canada ou de ses organismes effectués au Québec. Le Canada devait consentir à la payer. Dans ce contexte particulier, le Québec soumet qu'un accord de réciprocité fiscale n'est pas un mécanisme de prélèvement et la volonté du

[184] Canada puts forward three defences to Quebec's arguments, as follows:

1. It was Quebec which asked that the automatic cancellation clause be added to the 1987 agreement if Canada introduced a tax similar to the GST imposed at the level of retail sales, thereby replacing the FST which manufacturers had to pay; in Canada's submission, but for this clause desired by Quebec, the 1987 agreement would have ended on March 31, 1992; the fact that it ended prematurely pursuant to the automatic cancellation clause was due to Quebec's action;

2. Revenue from the 1987 agreement was not revenue subject to stabilization;

3. The Minister's decision is consistent with the rule of fiscal reciprocity established in fiscal reciprocity agreements, a rule which requires that the Court recognize the fact that taxes payable by Quebec to Canada have decreased since Quebec no longer pays the GST to Canada.

[185] For the following reasons, I reject Canada's arguments. It follows that Quebec is entitled to the declaration sought on this item.

[186] First, in my opinion a fiscal reciprocity agreement is not a mode of raising revenue within the meaning of section 12 of the Regulations because it cannot be implemented unilaterally or independently of Canada's wishes. All examples of modes of raising revenue given in section 12 of the Regulations indicate that the characteristic of sovereignty is essential to the concept. Quebec was incapable of collecting the QST from Canada. What is more, it does not matter whether Quebec asked that the automatic cancellation clause be inserted in the 1987 agreement. Regardless of that clause, the two parties had a duty to see whether a replacement solution was possible and this is what happened with the 1990 agreement.

Canada de ne plus payer la TVQ n'était pas un changement fait par la province.

[184] Le Canada érige trois défenses à l'encontre des prétentions du Québec comme suit :

1. C'est le Québec qui a demandé que soit ajoutée dans l'accord de 1987 la clause de résiliation automatique si le Canada introduisait une taxe semblable à la TPS imposée au niveau de la vente au détail remplaçant ainsi la TVF que les manufacturiers devaient déboursier. Selon le Canada, si ce n'était de cette clause voulue par le Québec, l'accord de 1987 aurait prit fin le 31 mars 1992. Le fait qu'il fut terminé prématurément en application de la clause de résiliation automatique est dû au geste du Québec.

2. Les revenus de l'accord de 1987 ne constituent pas des revenus sujets à stabilisation.

3. La décision du ministre est compatible avec le principe de la réciprocité fiscale consacré dans les accords de réciprocité fiscale, un principe qui exige que la Cour reconnaisse le fait que les taxes payables par le Québec au Canada ont diminuées puisque le Québec ne verse plus la TPS au Canada.

[185] Pour les motifs suivants, j'écarte les prétentions du Canada. Il s'en suit que le Québec a droit à la déclaration recherchée pour cet élément.

[186] Premièrement, un accord de réciprocité fiscale, à mon avis, n'est pas un mécanisme de prélèvement au sens de l'article 12 du Règlement parce qu'il ne peut pas être mis en application unilatéralement ou indépendamment de la volonté du Canada. Tous les exemples de mécanismes de prélèvement énumérés à l'article 12 du Règlement témoignent que cette caractéristique de souveraineté est essentielle à un mécanisme de prélèvement. Le Québec était incapable de prélever la TVQ du Canada. Qui plus est, il importe peu que le Québec ait demandé que soit insérée dans l'accord de 1987 la clause de résiliation automatique. Nonobstant cette clause, les deux parties avaient l'obligation de voir si une solution de rechange était possible, ce qui c'est avérée en l'occurrence avec l'accord de 1990.

[187] Second, revenue from fiscal agreements is classified by Statistics Canada as revenue from a [TRANSLATION] “general . . . purpose transfer payment received from other governments.” Canada acknowledged that the definition of this definition in subparagraph 5(1)(ee)(xvi) of the Regulations excludes a transfer payment from the definition of “miscellaneous provincial taxes and revenues”, and that consequently this revenue is not excluded from revenue subject to stabilization in paragraph 6(1)(b) of the Act. However, Canada argued that revenue from reciprocity agreements was not covered by subsection 4(2) of the Act. Like Quebec, I feel that the source of revenue from the 1987 agreement is the sales tax to which paragraph (d) [of the definition “revenue source” in subsection 4(2)] of the Act applies.

[188] Third, the fiscal reciprocity principle as a principle of interpretation has no application to provincial revenue stabilization payments, for two reasons. Canada acknowledges that there is no reason to adjust a province’s real revenue for fiscal changes made by Canada. Second, the purpose of the Program is to offset a province’s decreases in revenue regardless of what a province may pay to Canada in reciprocity.

10.8. Item (d)—Interest income on personal and corporate income tax

[189] The declaration sought by Quebec is:

DECLARE THAT the decrease in interest revenue received by Quebec on taxes levied on personal income and corporate income, which are a source of revenue within the meaning of section 4(2)(a) and (b) of the *Fiscal Arrangements Act* and are not covered by the definition of “miscellaneous revenue” set out in section 4(2)(ff) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 5(1)(ee)(vii) [*sic*] of the 1987 Regulations, should be taken into account by the Minister of Finance of Canada in calculating the revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year.

[190] The issue stated by Hugessen J. is:

[187] Deuxièmement, les revenus provenant des accords fiscaux sont classés par Statistique Canada comme étant des revenus provenant d’un « paiement de transfert reçu d’autres administrations à des fins générales ». Le Canada reconnaît que la définition de cette définition au sous-alinéa 5(1)(ee)(xvi) du Règlement exclue un paiement de transfert de la définition de « revenus et impôts provinciaux divers » et que, par conséquence, ces revenus ne sont pas exclus du revenu sujet à stabilisation à l’alinéa (6)(1)(b) de la Loi. Cependant, le Canada plaide que les revenus provenant des accords de réciprocité ne sont pas couverts par le paragraphe 4(2) de la Loi. J’estime, comme le Québec, que la source des revenus provenant de l’accord de 1987 est celle de la taxe de vente visée par l’alinéa (d) [de la définition de « source de revenu » au paragraphe 4(2)] de la Loi.

[188] Troisièmement, le principe de réciprocité fiscale en tant que principe d’interprétation n’a aucune application en matière de paiement de stabilisation des revenus des provinces et ce pour deux motifs. Le Canada reconnaît qu’il n’y a pas lieu de corriger les revenus réels d’une province pour les changements fiscaux faits par le Canada. Deuxièmement, le Programme vise à compenser les baisses de revenus d’une province sans égard à ce qu’une province pourrait payer au Canada en réciprocité.

10.8. Élément d)—Les revenus d’intérêt sur les impôts sur le revenu des particuliers et des corporations

[189] La déclaration recherchée par le Québec est :

DÉCLARE QUE la baisse des revenus d’intérêt perçus par le Québec sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et sur le revenu des corporations, qui sont une source de revenu au sens des alinéas a) et b) de l’article 4(2) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et ne sont pas visés par la définition de « revenus divers » prévue par l’article 4(2)(ff) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et par l’article 5(1)(ee)(vii) du Règlement de 1987, doit être prise en compte par le ministre des Finances du Canada dans le calcul du revenu sujet à stabilisation pour l’exercice 1991-1992;

[190] La question en litige posée par le juge Hugessen est :

[TRANSLATION]

2. Did the Minister make a reviewable error in his findings . . .

. . .

(d) that the interest revenue received by Quebec on taxes levied on personal income and corporate income, is not a source of revenue within the meaning of section 4(2)(a) and (b) of the Act and is covered by the definition of “miscellaneous revenue” set out in section 4(2)(ff) of the Act and section 5(1)(ee)(vii) of the Regulations, which should not be taken into account by the Minister of Finance of Canada in calculating the revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year? [Emphasis added.]

[191] Most of all, paragraph 6(2)(a) of the Act is relevant in defining “revenue subject to stabilization” of a province”:

6. (1) . . .

(2) With respect to a fiscal stabilization payment for a fiscal year that begins after March 31, 1987, in this section, “revenue subject to stabilization” of a province for a fiscal year means, in the case of the fiscal year beginning on April 1, 1986 and a fiscal year beginning on or after April 1, 1987, the aggregate of

(a) the total revenues, as determined by the Minister, derived by the province for the fiscal year from the revenue sources described in the definition “revenue source” in subsection 4(2), other than the revenue sources described in paragraphs (dd) and (ff) of that definition. [Emphasis added.]

[192] Paragraphs 4(2)(a), (b) and (ff) of the Act read as follows:

4. (1) . . .

(2) In this section,

“revenue source” means any of the following sources from which provincial revenues are or may be derived:

(a) personal income taxes,

2. Est-ce que le ministre a commis une erreur révisable dans ses déterminations [. . .]

[. . .]

d) Que les revenus d’intérêt perçus par le Québec sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et sur le revenu des corporations ne constituent pas une source de revenus au sens des alinéas a) et b) de l’article 4(2) de la Loi et qu’ils sont visés par la définition de « revenus divers » prévue par l’article 4(2)(ff) de la Loi et par l’article 5(1)(ee)(vii) du Règlement dont le ministre des Finances du Canada pour l’exercice 1991-1992 ne doit pas tenir compte dans son calcul du revenu sujet à stabilisation de la province. [Je souligne.]

[191] Avant tout, l’alinéa 6(2)a) de la Loi est pertinent pour définir le « “revenu sujet à stabilisation” d’une province » :

6. (1) [. . .]

(2) Dans le cas d’un paiement de stabilisation qui peut être fait à une province pour un exercice commençant après le 31 mars 1987, au présent article, « revenu sujet à stabilisation » d’une province pour un exercice s’entend, dans le cas de l’exercice commençant le 1^{er} avril 1986 et d’un exercice commençant le 1^{er} avril 1987 ou après cette date, du total des montants suivants :

a) les revenus totaux, déterminés par le ministre, que la province retire pour l’exercice des source de revenu mentionnées dans la définition de « source de revenu » mentionnées au paragraphe 4(2), à l’exception des sources de revenu visées aux alinéas dd) et ff) de cette définition. [Je souligne.]

[192] Les alinéas 4(2)a), b) et ff) de la Loi se lisent comme suit :

4. (1) [. . .]

(2) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« source de revenu » L’une des sources suivantes dont proviennent ou peuvent provenir les revenus des provinces :

a) impôts sur le revenu des particuliers;

(b) corporation income taxes, revenues derived from government business enterprises that are not included in any other paragraph of this definition, and revenues received from the Government of Canada pursuant to the *Public Utilities Income Tax Transfer Act*,

b) impôts sur le revenu des personnes morales, revenus retirés d'entreprises publiques non visées aux autres alinéas de la présente définition et revenus reçus du gouvernement du Canada conformément à la *Loi sur le transfert de l'impôt sur le revenu des entreprises d'utilité publique*;

...

[...]

(ff) miscellaneous provincial taxes and revenues including miscellaneous revenues from natural resources, concessions and franchises, sales of provincial goods and services and local government revenues from sales of goods and services and miscellaneous local government taxes

ff) revenus et impôts provinciaux divers, y compris les revenus divers provenant de ressources naturelles, de concessions et de franchises, de la vente de biens provinciaux et de la fourniture de services provinciaux et les revenus locaux provenant de la vente de biens et de la fourniture de services et des taxes locales diverses; [...]

[193] Subparagraph 5(1)(ee)(vii) of the Regulations expands on paragraph 4(2)(ff) of the Act and reads as follows:

[193] Le sous-alinéa 5(1)ee)(vii) du Règlement précise l'alinéa 4(2)ff) de la Loi et se lit comme suit :

5. (1) For the purposes of the Act, the expressions referred to in paragraphs (a) to (cc) of the definition "revenue source" in subsection 4(2) of the Act are defined as follows:

5. (1) Pour l'application de la Loi, les expressions suivantes, mentionnées aux alinéas a) à cc) de la définition de « source de revenu », au paragraphe 4(2) de la Loi, sont définies de la façon suivante :

...

[...]

(ee) "miscellaneous provincial taxes and revenues including miscellaneous revenues from natural resources, concessions and franchises, sales of provincial goods and services and local government revenues from sales of goods and services and miscellaneous local government taxes" means revenues derived from sales of goods and services by local governments and local government taxes, including interest charges, fines and penalties imposed in respect of those taxes, other than the revenues derived from taxes or grants described in paragraph (cc), and revenues derived by a province from any source other than a source described elsewhere in this subsection and, for greater certainty, includes, . . .

ee) « revenus et impôts provinciaux divers, y compris les revenus divers provenant de ressources naturelles, de concessions et de franchises, de la vente de biens provinciaux et de la fourniture de services provinciaux et les revenus locaux provenant de la vente de biens et de la fourniture de services et des taxes locales diverses » revenus, autres que ceux visés à l'alinéa cc), qu'une province tire des ventes de biens et de services réalisés par les administrations locales et des impôts levés par celles-ci, y compris les intérêts, les amendes et les pénalités imposés à l'égard de ces impôts, ainsi que les revenus que la province tire d'une source non mentionnée ailleurs dans le présent paragraphe, notamment :

...

[...]

(vii) revenues derived from the imposition by the province of interest charges, fines and penalties in respect of taxes and any other charges and from the imposition by the province of any other interest charges, fines and penalties, other than those imposed in respect of the sources described in subparagraphs (x) to (xvi). [Emphasis added.]

(vii) les revenus provenant des intérêts, des amendes et des pénalités imposés par la province à l'égard des impôts et autre charge, ainsi que les revenus provenant des intérêts, amendes et pénalités autres que ceux imposés par la province à l'égard des sources visées aux sous-alinéas (x) à (xvi). [Je souligne.]

[194] Additionally, paragraph 13(1)(c) of the Regulations is also relevant for consideration of this issue:

[194] De plus, l'alinéa 13(1)c) du Règlement est également pertinent pour l'étude du présent élément en litige :

13. (1) For the purposes of this Part, the total revenue derived by a province for a fiscal year from the revenue sources set out in the definition “revenue source” in subsection 4(2) of the Act is

...

(c) ... the amount as determined by the Minister based on the information made available to the Minister by the province in its application, as adjusted if necessary by the Minister, and in the certificate submitted to the Minister by the Chief Statistician of Canada in accordance with subsection 9(2). [Emphasis added.]

[195] Finally, subsection 9(2) of the Regulations reads as follows:

9. ...

(2) The Chief Statistician of Canada shall, in respect of each fiscal year in the fiscal arrangements period, prepare and submit to the Minister, not later than 23 months following the end of that fiscal year, a certificate in respect of that fiscal year based on the most recent information that has been prepared by Statistics Canada for that fiscal year, setting out

(a) the revenue from each revenue source set out in the definition “revenue source” in subsection 4(2) of the Act for each province for the fiscal year . . .

[196] Unlike the other items at issue, this involves Quebec’s disagreement with the classification of revenue subject to stabilization determined by the Minister.

[197] In its calculation of revenue subject to stabilization for 1991-1992 Quebec, pursuant to the provisions of paragraph 4(2)(a) and subsections 6(4) and (5) of the Act, included revenue from interest assessed on personal and corporate taxes due to a shortfall of \$20,429,000 in 1991-1992 from the previous year.

[198] In particular, subsections 6(4) and (5) provide that for sources of personal and corporate tax deemed for the application of subsection 4(2) correspond to the total amount determined in prescribed manner of provincial personal income taxes assessed or reassessed not later than 24 months after the end of the fiscal year, in respect of the taxation year ending in that year, less

13. (1) Pour l’application de la présente partie, le revenu total que tire une province, pour une année financière, des sources de revenu visées à la définition de « source de revenu », au paragraphe 4(2) de la Loi, est :

[. . .]

c) [. . .] le montant déterminé par le ministre selon les renseignements mis à sa disposition par la province dans sa demande de paiement de stabilisation, rajusté par lui au besoin, et de ceux contenus dans le certificat que lui a présenté le statisticien en chef du Canada conformément au paragraphe 9(2). [Je souligne.]

[195] Finalement, le paragraphe 9(2) du Règlement se lit comme suit :

9. [. . .]

(2) Le statisticien en chef du Canada doit, pour chaque année financière comprise dans la période des accords fiscaux, rédiger et présenter au ministre dans les 23 mois suivant la fin de l’année financière un certificat fondé sur les renseignements les plus récents établis par Statistique Canada pour cette année financière, qui indique :

a) le revenu pour chaque source de revenu visée à la définition de « source de revenu », au paragraphe 4(2) de la Loi, pour chaque province au cours de l’année financière; [...].

[196] Contrairement aux autres éléments en litige, celui-ci vise le désaccord du Québec quant à la qualification du revenu sujet à stabilisation déterminé par le ministre.

[197] Dans son calcul des revenus sujets à stabilisation pour 1991-1992, le Québec, en vertu des dispositions de l’alinéa 4(2)(a) et des paragraphes 6(4) et (5) de la Loi a inclus les revenus d’intérêts cotisés sur les impôts cotisés des particuliers et des corporations dû à un manque à gagner 20 429 000 \$ en 1991-1992 sur l’année précédente.

[198] Plus particulièrement, les paragraphes 6(4) et (5) prévoient que pour les sources d’impôts sur les particuliers et les corporations réputées pour l’application du paragraphe 4(2) correspondent au montant total déterminé de la manière prescrite des impôts provinciaux sur les revenus des particuliers cotisés ou cotisés à nouveau au plus tard 24 mois après

certain adjustments which are not relevant here.

[199] The Minister refused to take this decrease in interest revenue into account, as this interest revenue was not included in tax revenue assessed or reassessed, but was miscellaneous revenue excluded from calculation of revenue subject to stabilization as required by paragraph 6(1)(b) of the Act, which is an exception to paragraph 4(2)(ff) of that Act and subsection 5(2) of the Regulations, in particular miscellaneous provincial revenue and taxes, and specifically in subparagraph 5(1)(ee)(vii) [of the Regulations] revenue derived from the imposition of interest charges, fines and penalties by the province in respect of taxes and any other charges.

[200] In Quebec's submission, the context is important because it collects personal and corporate income tax itself and must bear the risk of bad debts by itself, unlike other provinces which are governed by a collection agreement with Canada, under which the federal government pays the provinces the taxes assessed, and even if the taxpayers have not paid their taxes by the due date, the federal government assumes the risk of bad debts, but in return if it collects the taxes it retains the interest and penalties paid.

[201] Four main arguments were made by Quebec in support of its position. First, Quebec submits that under the Quebec *Taxation Act* [R.S.Q., c. I-3] interest is an integral part of personal income tax (section 1039). Accordingly, Quebec argues that it is covered by paragraphs 4(2)(a) and (b) of the Act and constitutes part of revenue subject to stabilization.

[202] This argument is based on the provincial classification of the concepts of taxes and interest on taxes. I do not feel that this provincial classification is in any way relevant for the purposes of applying the Program. What is important is the way in which the federal legislation classifies this revenue, as being included or excluded from revenue subject to stabilization.

la fin de l'exercice, pour l'année d'imposition se terminant au cour de cette exercice moins certains ajustements qui ne sont pas pertinents en l'espèce.

[199] Le ministre a refusé de tenir compte de cette baisse de revenu d'intérêts considérant que ces revenus d'intérêts ne sont pas inclus dans les revenus d'impôts cotisés ou cotisés à nouveau mais constituent des revenus divers qui se trouvent exclus du calcul du revenu sujet à stabilisation tel qu'exigé par l'alinéa 6(1)(b) de la Loi qui font exception de l'alinéa 4(2)(ff) de cette même Loi et du paragraphe 5(2) du Règlement notamment les revenus et impôts provinciaux divers et spécifiquement au sous-alinéa 5(1)ee)vii [du Règlement], les revenus provenant des intérêts des amendes et des pénalités imposés par une province à l'égard des impôts et autre charge.

[200] Pour le Québec, le contexte est important parce qu'il perçoit lui-même les impôts sur le revenu des particuliers et des corporations et doit supporter seul les risques de mauvaises créances, contrairement aux autres provinces qui sont régis par un accord de perception avec le Canada en vertu duquel le fédéral verse aux provinces l'impôt cotisé et ce, même si les contribuables n'ont pas payé leurs impôts à la date d'exigibilité, le fédéral assumant les risques de mauvaises créances mais en contrepartie s'il perçoit les impôts, il en conserve les intérêts et les pénalités payés.

[201] Quatre arguments principaux ont été présentés par le Québec afin de soutenir sa position. Premièrement, le Québec soumet qu'aux termes de la *Loi sur les impôts* [L.R.Q., ch. I-3] du Québec, les intérêts font partie intégrante des impôts sur le revenu des particuliers (Article 1039). Ainsi le Québec soutient qu'ils sont visés par les alinéas 4(2)a) et b) de la Loi et constituent une partie du revenu sujet à stabilisation.

[202] Cet argument se base sur la classification provinciale des notions d'impôts et d'intérêts sur les impôts. J'estime que cette classification provinciale n'est aucunement pertinente aux fins de l'application du Programme. Ce qui importe est la manière dont la législation fédérale classifie ces revenus, comme étant inclus ou non dans le revenu sujet à stabilisation.

[203] Thus, Quebec’s second argument is that even in the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*, the definitions of revenue from personal and corporate tax found in subsections 6(4) and (5) of the Act are broad enough to include interest paid on the said taxes. As it is related, I will deal with this argument in the context of the third argument made by Quebec.

[204] Third, Quebec contends that the definition of “miscellaneous revenues” in subparagraph 5(1)(ee)(vii) of the Regulations applies only to interest on miscellaneous provincial taxes, such as taxes on gifts, and not interest on personal and corporate income tax. It is clear from reading the phrase “including interest charges, fines and penalties imposed in respect of those taxes” in the introductory paragraph of paragraph 5(1)(ee) that it applies only to interest relating to taxes levied by local governments.

[205] Nevertheless, paragraph 5(1)(ee) applies to revenue which a province derives from a source not mentioned in the paragraph, including revenue from interest, fines and penalties in respect of taxes and other charges. The English text is more clearly worded, stating that “miscellaneous provincial taxes and revenues . . . means . . . and revenues . . . from any source other than a source described elsewhere in this subsection and for greater certainty includes . . . revenues derived from the imposition by the province of interest charges, fines and penalties in respect of taxes and any other charges.”

[206] In my view, there is no ambiguity in the Regulations. Parliament’s intention was to include in the provincial miscellaneous revenue base revenue from interest derived from all taxes. The concepts of taxes assessed and interest assessed are separate, leading to the conclusion that for the purposes of the Program taxes assessed do not cover interest on those taxes.

[207] That said, the Court comes to the same conclusion as the Chief Statistician of Canada on this point.

[203] Ainsi, le deuxième argument du Québec est à l’effet que même dans la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, les définitions de revenus provenant des impôts sur les particuliers et les corporations, qui se retrouvent aux paragraphes 6(4) et 6(5) de la Loi, sont assez larges pour inclure l’intérêt afférent à ces mêmes impôts. Étant relié, j’aborderai cet argument dans le contexte du troisième argument présenté par le Québec.

[204] Troisièmement, le Québec soutient que la définition de « revenus divers » qui se trouve au sous-alinéa 5(1)ee(vii) du Règlement vise uniquement les intérêts sur les impôts provinciaux divers, tels les impôts sur les dons, et non les intérêts sur les impôts sur le revenu des particuliers et des corporations. Il est évident à la lecture de la phrase « y compris les intérêts, les amendes et les pénalités imposés à l’égard de ces impôts » au paragraphe introductif de l’alinéa 5(1)ee, que celle-ci ne vise que les intérêts afférents aux impôts levés par les administrations locales.

[205] Néanmoins, l’alinéa 5(1)ee vise les revenus qu’une province tire d’une source non-mentionnée au paragraphe, notamment les revenus provenant des intérêts, amendes et pénalités à l’égard des impôts et autre charge. Le texte anglais est rédigé plus clairement, énonçant que « *miscellaneous provincial taxes and revenues . . . means . . . and revenues . . . from any source other than a source described elsewhere in this subsection and for greater certainty includes . . . revenues derived from the imposition by the province of interest charges, fines and penalties in respect of taxes and any other charges* ».

[206] À mon avis, il n’y a aucune ambiguïté dans le texte réglementaire. L’intention du législateur est d’inclure dans l’assiette de revenus provinciaux divers les revenus d’intérêts provenant de toutes taxes. Les notions d’impôts cotisés et intérêts cotisés sont distinctes, menant à la conclusion que pour les fins du programme les impôts cotisés ne couvrent pas les intérêts sur ces impôts.

[207] Ceci dit, la Cour arrive à la même conclusion que le statisticien en chef du Canada sur ce point.

[208] Finally, Quebec submits that the interpretation of the Act and Regulations adopted by the Minister is unfair in view of the special situation of Quebec in the collection of taxes. This argument must be rejected: the fact that Quebec is not a party to tax collection agreements is an extrinsic factor resulting from a decision within Quebec's prerogative. Quebec's special situation clearly cannot be relied on to alter the Act and Regulations.

[209] Quebec is not entitled to the declaration sought. In the circumstances, it is not worth analysing the alternative arguments.

10.9 Item (f)—Governmental enterprise revenue: SOQUIA

[210] The declaration sought by Quebec is:

DECLARE THAT revenue from the Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (SOQUIA) is revenue from a business enterprise within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 5(1)(b)(ii) of the *1987 Regulations* which the Minister of Finance should take into account in calculating revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year.

[211] The question framed by Hugessen J. is:

[TRANSLATION]

2. Did the Minister make a reviewable error in his findings . . .

...

(f) that the revenue from the Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (SOQUIA) is not income from a business enterprise within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 5(1)(b)(ii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year.

[212] Subparagraph 5(1)(b)(ii) of the Regulations reads:

5. (1) For the purposes of the Act, the expressions referred to in paragraphs (a) to (cc) of the definition "revenue source" in subsection 4(2) of the Act are defined as follows:

...

[208] Finalement, le Québec soumet que l'interprétation de la Loi et du Règlement adoptée par le ministre est inéquitable eu égard à la situation particulière du Québec relativement à la perception des impôts. Cet argument doit être écarté : le fait que le Québec ne fasse pas partie des accords de perception fiscale est une considération extrinsèque qui découle d'une décision qui relève de la prerogative du Québec. La situation particulière du Québec ne saurait être invoquée pour modifier la Loi et le Règlement.

[209] Le Québec n'a pas droit à la déclaration recherchée. Dans les circonstances, il n'est pas utile d'analyser les arguments subsidiaires.

10.9. Élément f)—Les revenus d'entreprises publiques : SOQUIA

[210] La déclaration recherchée par le Québec est :

DÉCLARE QUE les revenus de la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (SOQUIA) sont des revenus d'une entreprise commerciale au sens de l'article 6(1)(b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l'article 5(1)(b)(ii) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances doit tenir compte dans son calcul du revenu soumis à stabilisation pour l'exercice 1991-1992;

[211] La question formulée par le juge Hugessen est :

2. Est-ce que le ministre a commis une erreur révisable dans ses déterminations [. . .]

[. . .]

f) Que les revenus tirés de la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (la « SOQUIA ») ne constituent pas des revenus d'une entreprise commerciale au sens de l'article 6(1)(b) de la Loi et de l'article 5(1)(b)(ii) du Règlement pour l'exercice 1991-1992.

[212] Le sous-alinéa 5(1)(b)(ii) du Règlement se lit :

5. (1) Pour l'application de la Loi, les expressions suivantes, mentionnées aux alinéas a) à cc) de la définition de « source de revenu », au paragraphe 4(2) de la Loi, sont définies de la façon suivante :

[. . .]

(b) “corporation income taxes, revenues derived from government business enterprises that are not included in any other paragraph of this definition, and revenues received from the Government of Canada pursuant to the *Public Utilities Income Tax Transfer Act*” means

...

(ii) remittances to a provincial government of profits of the business enterprises of the province, other than

(A) a liquor board

...

(C) an enterprise, board, commission or authority engaged in the administration of a provincial lottery. . . .
[Emphasis added.]

[213] Subparagraph 5(1)(ee)(vi) is also relevant for analysis of this item at issue:

5. (1) For the purposes of the Act, the expressions referred to in paragraphs (a) to (cc) of the definition “revenue source” in subsection 4(2) of the Act are defined as follows:

...

(ee) “miscellaneous provincial taxes and revenues including miscellaneous revenues from natural resources, concessions and franchises, sales of provincial goods and services and local government revenues from sales of goods and services and miscellaneous local government taxes” means revenues derived from sales of goods and services by local governments and local government taxes, including interest charges, fines and penalties imposed in respect of those taxes, other than the revenues derived from taxes or grants described in paragraph (cc), and revenues derived by a province from any source other than a source described elsewhere in this subsection and, for greater certainty, includes

...

(vi) revenues derived from sales of goods and services by the province and revenues classified by Statistics Canada as institutional sales of goods and services, other than taxes included in those revenues. [Emphasis added.]

b) «impôts sur le revenu des corporations, revenus retirés d’entreprises publiques, [government business enterprise, en anglais] non visées dans d’autres alinéas de la présente définition et revenus reçus du gouvernement du Canada conformément à la *Loi sur le transfert de l’impôt sur le revenu des entreprises d’utilité publique*» :

[. . .]

(ii) les bénéfices remis à un gouvernement provincial par ses propres entreprises commerciales, à l’exception :

(A) des régions, commissions ou administrations des alcools,

[. . .]

(C) des entreprises, offices, commissions ou administrations chargés de gérer une loterie provinciale ». [Je souligne.]

[213] Le sous-alinéa 5(1)(ee)(vi) est également pertinent pour l’analyse de cet élément en litige.

5. (1) Pour l’application de la Loi, les expressions suivantes, mentionnées aux alinéas a) à cc) de la définition de « source de revenu », au paragraphe 4(2) de la Loi, sont définies de la façon suivante :

[...]

ee) « revenus et impôts provinciaux divers, y compris les revenus divers provenant de ressources naturelles, de concessions et de franchises, de la vente de biens provinciaux et de la fourniture de services provinciaux et les revenus locaux provenant de la vente de biens et de la fourniture de services et des taxes locales diverses » revenus, autres que ceux visés à l’alinéa cc), qu’une province tire des ventes de biens et de services réalisées par les administrations locales et des impôts levés par celles-ci, y compris les intérêts, les amendes et les pénalités imposés à l’égard de ces impôts, ainsi que les revenus que la province tire d’une source non mentionnée ailleurs dans le présent paragraphe, notamment :

[...]

(vi) les revenus tirés des ventes de biens et de services réalisées par la province et les revenus classés par Statistique Canada comme revenus provenant de la vente de biens et de services par une institution, à l’exclusion des impôts inclus dans ces revenus, [classified by Statistics Canada as *institutional sales of goods and services*, en anglais]. [Je souligne.]

[214] Under subparagraph 5(1)(b)(ii) of the Regulations pursuant to section 4 of the Act, remittances to a provincial government of profits of the business enterprises of the province are a source of revenue subject to stabilization.

[215] Quebec therefore included the sum of \$3,000,000 in its stabilization payment application for the decreased dividend received from SOQUIA in 1991-1992 as compared with that in 1990-1991.

[216] The Minister did not take this decrease from this source into account because he determined that SOQUIA profits were classified by Statistics Canada as “miscellaneous provincial taxes and revenues” mentioned in paragraph (ff) of the definition “revenue sources” in subsection 4(2) of the Act and subparagraphs 5(1)(ee)(vi) and (ix) of the Regulations, and thus specifically excluded from the revenue subject to stabilization on which a stabilization payment is based pursuant to subsection 6(1) and paragraph 6(2)(a) of the Act.

[217] The question raised by this item is whether the Minister was justified in considering the SOQUIA dividends as miscellaneous provincial revenue excluded from revenue subject to stabilization on the ground that they were classified by Statistics Canada as revenue from a special non-commercial fund administered by the Government of Quebec itself.

[218] In order to assess the parties’ positions, I note that the evidence establishes the following facts:

1. The basis of the classification system by Statistics Canada between governmental enterprises and the world of governmental institutions is the Financial Management Manual created pursuant to the parameters of the Financial Management System;
2. SOQUIA was incorporated by a special statute of the Quebec National Assembly in 1975: its first function was to contribute to the development of the bio-food industry by injection of risk capital or some other form of investment in private business enterprises;

[214] En vertu du sous-alinéa 5(1)b(ii) du Règlement en application de l’article 4 de la Loi, les bénéfices remis à un gouvernement provincial par ses propres entreprises commerciales sont une source de revenu sujet à stabilisation.

[215] Le Québec a donc inclus dans sa demande de paiement de stabilisation la somme de 3 000 000 \$ pour la baisse du dividende reçu de la SOQUIA en 1991-1992 comparativement à celle de 1990-1991.

[216] Le ministre n’a pas tenu compte de cette baisse provenant de cette source parce qu’il a déterminé que les bénéfices de la SOQUIA étaient classées par Statistique Canada comme « revenus provinciaux divers » mentionnés à l’alinéa 4(2)ff) de la définition « source d’origine » au paragraphe 4(2) de la Loi et des sous-alinéas 5(1)ee(vi) et (ix) du Règlement et donc spécifiquement exclu du revenu sujet à stabilisation sur lequel se base un paiement de stabilisation selon le paragraphe 6(1) et l’alinéa 6(2)a) de la Loi.

[217] La question soulevée par cet élément est de savoir si le ministre était justifié d’avoir considéré les dividendes de la SOQUIA comme des revenus provinciaux divers exclus du revenu sujet à stabilisation au motif qu’ils étaient classés par Statistique Canada comme des revenus provenant d’un fond spécial à caractère non-commercial administré par le gouvernement du Québec lui-même.

[218] Afin d’apprécier la position des parties, je constate que la preuve établit les faits suivants :

1. Le système de classification géré par Statistique Canada entre les entreprises publiques et l’univers des administrations publiques trouve son fondement dans le Manuel de gestion financière établi selon les paramètres du Système de gestion financière.
2. La SOQUIA a été constituée en société par une loi spéciale de l’Assemblée nationale du Québec en 1975; sa mission première était de contribuer au développement de l’industrie bio-alimentaire par l’injection de capital de risques ou d’autres formes d’investissements dans des entreprises commerciales privées.

3. In 1978 the Statistics Canada classification committee, based on information that it had, classified SOQUIA as a special fund and not as a commercial corporation, a decision which Quebec did not challenge;

4. When Canada considered Quebec's application for a stabilization payment, SOQUIA was still classified by Statistics Canada as a special fund and not a business enterprise;

5. Canada was notified by Quebec during analysis of the Quebec application that the Quebec Bureau de la Statistique had made an application to Statistics Canada to change the SOQUIA classification to a business enterprise. However, it was not until 1996 that Statistics Canada decided to classify SOQUIA as a business enterprise.

[219] Quebec's argument is based primarily on two essential points. Quebec seeks first to establish that SOQUIA is a government business enterprise; second, that the Minister was not justified in relying solely on the classification of SOQUIA by Statistics Canada without considering the actual nature of SOQUIA's activities, based on the information provided by Quebec regarding its activities.

[220] I feel that Quebec's two arguments must be dismissed. The purpose of section 5 of the Regulations is to define and give substance to the concept of "miscellaneous provincial taxes and revenues". In subparagraph 5(1)(ee)(vi) of the Regulations, Parliament clearly stated that "revenues classified by Statistics Canada as institutional sales of goods and services" should be treated as miscellaneous provincial revenue. That was the case with SOQUIA in 1994 when the Quebec application was considered.

[221] Quebec maintains that the SOQUIA revenue does not fall under the definition of miscellaneous provincial revenue, since the definition of miscellaneous revenue in paragraph 5(1)(ee) of the Regulations specifies that miscellaneous revenue is revenue derived by a province from any source other than a source

3. C'est en 1978 que le Comité de classification de Statistique Canada, sur la base de l'information qu'il avait, a classé la SOQUIA comme fond spécial et non comme société commerciale, décision que le Québec n'a pas contestée.

4. Lorsque le Canada étudiait la demande du Québec pour un paiement de stabilisation, la SOQUIA était encore classée par Statistique Canada comme fond spécial et non comme entreprise commerciale.

5. Le Canada avait été avisé par le Québec durant l'étude de la demande du Québec que le Bureau de la Statistique du Québec avait entrepris une demande avec Statistique Canada pour changer la classification de la SOQUIA à une entreprise commerciale. Cependant, ce ne fut qu'en 1996 que Statistique Canada a décidé de classer la SOQUIA comme entreprise commerciale.

[219] L'argumentation du Québec se base principalement sur deux points essentiels. Le Québec tente premièrement de démontrer que la SOQUIA est une entreprise publique commerciale; et deuxièmement que le ministre n'était pas justifié de se baser uniquement sur la classification de la SOQUIA par Statistique Canada, sans se pencher sur la nature véritable des activités de la SOQUIA, compte tenu de l'information fournie par le Québec quant à ces activités.

[220] J'estime que les deux prétentions du Québec doivent être rejetées. Le but de l'article 5 du Règlement est de définir ou d'étoffer la notion de « revenus et d'impôts provinciaux divers ». Le législateur, au sous-alinéa 5(1)(ee)(vi) du Règlement s'est clairement exprimé à l'effet que « les revenus classés par Statistique Canada comme revenus provenant de la vente de services par une institution » doivent être considérés comme des revenus provinciaux divers. Tel était le cas de la SOQUIA en 1994 lors de l'étude de la demande du Québec.

[221] Le Québec soutient que les revenus de la SOQUIA ne tombent pas sous la définition de revenus provinciaux divers puisque la définition de revenus divers à l'alinéa 5(1)(ee) du Règlement spécifie que les revenus divers sont des revenus que la province tire d'une source non mentionnée ailleurs au paragraphe 5,

described elsewhere in section 5, and this is not the case, since revenue from a provincial business enterprise is mentioned in subparagraph 5(1)(b)(ii).

[222] I cannot accept this argument since it is contrary to the scheme of section 5 of the Regulations. Under that section, if SOQUIA was classified as a special fund, and so a provincial institution, it could not be regarded as a business enterprise by definition because paragraph 5(1)(ee) states that revenue classified by Statistics Canada in subparagraph (vi) comes from a source not mentioned in paragraph 5(1)(ee).

[223] This interpretation is consistent with the purpose of section 5. As the testimony at trial showed, classification questions are complex. Parliament intended that the question of miscellaneous provincial revenue from a provincial administration be decided by Statistics Canada, a decision on which the Minister's representatives could rely.

[224] Consequently, Quebec is not entitled to the declaration sought.

JUDGMENT

[1] Quebec is entitled to the following declarations:

1. **THAT** the legislative amendment made by Quebec by adoption of the *Act to Amend the Retail Sales Tax Act and other fiscal legislation*, S.Q. 1990, c. 60, to enable the QST to be applied to the GST, is a change made by Quebec to its fiscal structure within the meaning of section 6(1)(b) of the Fiscal Arrangements Act and section 12(1)(b)(i) of the 1987 Regulations, which the Minister of Finance of Canada should take into account in calculating the stabilization payment application by the Government of Quebec for the 1991-1992 fiscal year;

2. **THAT** the increased mark-up of the Société des alcools du Québec (SAQ) for the 1991-1992 fiscal year is an increase in the mark-up on goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(b)(viii) of the *1987 Regulations* which the Minister of Finance of Canada should take into account in calculating the stabilization payment application by the Government of Quebec for the 1991-1992 fiscal year;

ce qui n'est pas le cas, puisque les revenus d'une entreprise commerciale sont mentionnés au sous-alinéa 5(1)(b)(ii).

[222] Je ne peux accepter cette prétention puisqu'elle va à l'encontre de l'économie de l'article 5 du Règlement. Selon cet article, si la SOQUIA était classée comme un fond spécial, donc une institution provinciale, elle ne pourrait être considérée comme une entreprise commerciale par définition parce que l'alinéa 5(1)(ee) déclare que des revenus classés par Statistique Canada au sous-alinéa (vi) proviennent d'une source non-mentionnée à l'alinéa 5(1)(ee).

[223] Une telle interprétation est en harmonie avec l'objectif de l'article 5. Comme les témoignages au procès le démontrent, les questions de classifications sont complexes. Le législateur a voulu que la question de revenus provinciaux divers provenant d'une administration provinciale soit décidée par Statistique Canada, décision sur laquelle les représentants du ministre pouvaient se fier.

[224] En conséquence, le Québec n'a pas droit à la déclaration recherchée

JUGEMENT

[1] Le Québec a droit aux déclarations suivantes :

1. **QUE** la modification législative effectuée par le Québec par l'adoption de la *Loi modifiant la Loi concernant l'impôt sur la vente au détail et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q., 1990, c. 60, aux fins de permettre l'application de la TVQ sur la TPS, constitue un changement apporté par le Québec à sa structure fiscale au sens de l'article 6(1)(b) de la Loi sur les arrangements fiscaux et de l'article 12(1)(b)(i) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances du Canada doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du gouvernement du Québec pour l'exercice 1991-1992;

2. **QUE** l'augmentation de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec (SAQ) pour l'exercice 1991-1992, constitue une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'article 6(1)(b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l'article 12(1)(b)(viii) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances du Canada doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du gouvernement du Québec pour l'exercice 1991-1992;

3. **THAT** the revenue decrease from the retail sales tax for the 1991-1992 fiscal year which results from the coming into force on January 1, 1991 of the protocol on fiscal reciprocity between Canada and Quebec signed on December 21, 1990 is not a change made by Quebec in the structure of a mode of raising revenue of the province within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(a) of the *1987 Regulations* [and] should be taken into account by the Minister of Finance of Canada in calculating the revenue subject to stabilization for that fiscal period;

4. **THAT** the increased mark-up of Loto-Québec for the 1991-1992 fiscal year is an increase in the mark-up of goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the *Fiscal Arrangements Act* and section 12(1)(b)(viii) of the *1987 Regulations*, which the Minister of Finance of Canada should take into account in calculating the stabilization payment application by the Government of Quebec for the 1991-1992 fiscal year;

5. **THAT** the Minister of Finance of Canada must take the findings of this Court on the questions submitted into account in considering the Government of Quebec's application for a stabilization payment;

6. WITH COSTS. [Emphasis added.]

[2] The answers to the questions at issue are the following:

[TRANSLATION]

1. What is the standard of review applicable to judicial review of the Minister's decision to reject the application by Quebec for stabilization payments made pursuant to the Act and Regulations for the fiscal year 1991-1992?

Reply: this question is moot since the action at bar is not a judicial review.

[TRANSLATION]

2. Did the Minister make a reviewable error in his findings regarding each of the six items at issue in the case at bar? Namely:

(a) that the adoption of the *Act to Amend the Retail Sales Tax Act and other fiscal legislation* to enable the Quebec Sales Tax (QST) to be applied to the Goods and Services Tax (GST), is not a change made by Quebec to its fiscal structure within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(b)(i) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year; [Emphasis added.]

3. **QUE** la baisse des revenus provenant de la taxe sur les ventes au détail pour l'exercice 1991-1992 qui résulte de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1991, du Protocole d'accord de réciprocité fiscale intervenu entre le Canada et le Québec le 21 décembre 1990, ne constitue pas un changement fait par le Québec dans la structure d'un mécanisme de prélèvement de la province au sens de l'article 6(1)(b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l'article 12(1)(a) du *Règlement de 1987*, [et] doit être prise en compte par le ministre des Finances du Canada dans le calcul du revenu soumis à stabilisation pour cet exercice;

4. **QUE** l'augmentation de la marge bénéficiaire Loto-Québec pour l'exercice 1991-1992, constitue une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'article 6(1)(b) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* et de l'article 12(1)(b)(viii) du *Règlement de 1987*, dont le ministre des Finances du Canada doit tenir compte dans son calcul de la demande de paiement de stabilisation du gouvernement du Québec pour l'exercice 1991-1992;

5. **QUE** le ministre des Finances du Canada doit considérer la demande d'un paiement de stabilisation du gouvernement du Québec en tenant compte des conclusions de cette Cour sur les questions soulevées;

6. LE TOUT AVEC DÉPENS. [Je souligne.]

[2] Les réponses aux questions en litige sont les suivantes :

1. Quel est le critère de contrôle applicable à l'examen judiciaire de la décision du ministre de refuser la demande de paiement de stabilisation du Québec présentée en vertu de la *Loi* et du *Règlement* pour l'exercice financier 1991-1992?

Réponse : cette question est sans objet puisque le présent recours n'est pas un contrôle judiciaire.

2. Est-ce que le ministre a commis une erreur révisable dans ses déterminations relatives à chacun des six éléments en litige en l'espèce, à savoir :

a) Que l'adoption de la *Loi modifiant la Loi concernant l'impôt sur la vente au détail et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal*, afin de permettre notamment l'application de la Taxe de Vente du Québec (la « TVQ ») sur la Taxe sur les Produits et Services (la « TPS »), ne constitue pas un changement apporté à la structure fiscale du Québec au sens de l'article 6(1)(b) de la *Loi* et de l'article 12(1)(b)(i) du *Règlement* pour l'exercice 1991-1992; [Je souligne.]

Reply: yes.

[TRANSLATION]

(b) that the increased mark-up of the Société des alcools du Québec (SAQ) for the 1991-1992 fiscal year is not an increase in the mark-up on goods sold to the public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(b)(viii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year; [Emphasis added.]

Reply: this Court sees no need to answer this question since the Minister's representative admitted that the SAQ mark-up could be expressed as a percentage or in dollars in accordance with a decision by that agency made before the goods were sold.

[TRANSLATION]

(c) that the revenue decrease from the retail sales tax [the QST] for the 1991-1992 fiscal year resulting from the coming into force on January 1, 1991 of the protocol on fiscal reciprocity between Canada and Quebec signed on December 21, 1990, results from a change made by Quebec in the structure of a mode of raising revenue of the province within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(a) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year. Is the defendant right in arguing, alternatively, that the province's revenue from a fiscal reciprocity agreement is not revenue subject to stabilization? [Emphasis added.]

Reply: yes.

[TRANSLATION]

(d) that the interest revenue received by Quebec on taxes levied on personal income and corporate income is not a revenue source within the meaning of section 4(2)(a) and (b) of the Act and is covered by the definition of "miscellaneous revenue" set out in section 4(2)(ff) of the Act and section 5(1)(ee)(vii) of the Regulations, which should be taken into account by the Minister of Finance of Canada in calculating the province's revenue subject to stabilization for the 1991-1992 fiscal year; [Emphasis added.]

Reply: no.

[TRANSLATION]

(e) that the increased mark-up rate of the Société des lotteries et courses du Québec (Loto-Québec) for the 1991-1992 fiscal year is not an increase in the mark-up of goods sold to the

Réponse : oui.

b) Que l'augmentation du taux de la marge bénéficiaire de la Société des alcools du Québec (la « SAQ ») pour l'exercice financier 1991-1992 ne constitue pas une augmentation de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'article 6(1)b) de la Loi et de l'article 12(1)b)(viii) du Règlement pour l'exercice 1991-1992; [Je souligne.]

Réponse : cette Cour ne voit pas l'utilité de répondre à cette question puisque la représentante du ministre a reconnu que la marge de bénéfice de la SAQ pouvait être exprimée en pourcentage ou en dollars suite à une décision de cet organisme prise avant que le bien soit vendu.

c) Que la baisse des revenus provenant de la Taxe sur les ventes au détail [la TVQ] pour l'exercice 1991-1992 qui résulte de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1991, du Protocole d'accord de réciprocité fiscale intervenu entre le Canada et le Québec le 21 décembre 1990, résulte d'un changement fait par le Québec dans la structure d'un mécanisme de prélèvement de la province au sens de l'article 6(1)b) de la Loi et de l'article 12(1)a) du Règlement pour l'exercice 1991-1992. Est-ce que la défenderesse a raison de prétendre que, subsidiairement, les revenus de la province découlant d'un accord de réciprocité fiscale ne sont pas des revenus sujets à stabilisation? [Je souligne.]

Réponse : oui.

d) Que les revenus d'intérêt perçus par le Québec sur les impôts cotisés sur le revenu des particuliers et sur le revenu des corporations ne constituent pas une source de revenus au sens des alinéas a) et b) de l'article 4(2) de la Loi et qu'ils sont visés par la définition de « revenus divers » prévue par l'article 4(2)ff) de la Loi et par l'article 5(1)ee)(vii) du Règlement dont le ministre des Finances du Canada pour l'exercice 1991-1992 ne doit pas tenir compte dans son calcul du revenu sujet à stabilisation de la province; [Je souligne.]

Réponse : non.

e) Que l'augmentation du taux de la marge bénéficiaire de la Société des loteries et courses du Québec (« Loto-Québec ») pour l'exercice 1991-1992 ne constitue pas une augmentation

public by that agency within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 12(1)(b)(viii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year; [Emphasis added.]

Reply: this Court sees no need to answer this question since the Minister's representative admitted that the Loto-Québec mark-up could be expressed as a percentage or in dollars in accordance with a decision by that agency made before the goods were sold.

[TRANSLATION]

(f) that the revenue from the Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (SOQUIA) is not revenue from a business enterprise within the meaning of section 6(1)(b) of the Act and section 5(1)(b)(ii) of the Regulations for the 1991-1992 fiscal year; [Emphasis added.]

Reply: no.

APPENDIX A

A. Act

Part II is entitled "Fiscal Stabilization Payments to Provinces". The versions of sections 4, 5 and 6 applicable at March 31, 1992 read:

5. Subject to this Act, the Minister may pay to a province, for each fiscal year that begins after March 31, 1987, a fiscal stabilization payment not exceeding the amount computed in accordance with section 6.

6. (1) Subject to subsections (8) to (10), the fiscal stabilization payment that may be paid to a province for a fiscal year is the amount, if any, as determined by the Minister, by which

(a) the revenue subject to stabilization of the province for the immediately preceding fiscal year exceeds

(b) the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year, adjusted in prescribed manner to offset the amount, as determined by the Minister, of any change in the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year resulting from changes made by the province in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising the revenue of the province referred to in paragraphs (a) to (cc) and (ee) of the definition "revenue source" in subsection 4(2) from the rates or structures in effect in the immediately preceding fiscal year.

de la marge de bénéfice sur les biens vendus au public par cet organisme au sens de l'article 6(1)b) de la Loi et de l'article 12(1)b)(viii) du Règlement pour l'exercice 1991-1992; [Je souligne.]

Réponse : cette Cour ne voit pas l'utilité de répondre à cette question puisque la représentante du ministre a reconnu que la marge de bénéfice de Loto-Québec pouvait être exprimée en pourcentage ou en dollars suite à une décision de cet organisme prise avant que le bien soit vendu.

a) Que les revenus tirés de la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (la « SOQUIA ») ne constituent pas des revenus d'une entreprise commerciale au sens de l'article 6(1)b) de la Loi et de l'article 5(1)b)(ii) du Règlement pour l'exercice 1991-1992. [Je souligne.]

Réponse : non.

ANNEXE A

A. La Loi

La partie II est intitulée « Paiement de stabilisation aux provinces ». La version des articles 4, 5 et 6 applicable au 31 mars 1992 se lit :

5. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le ministre peut verser à une province, pour chaque exercice commençant après le 31 mars 1987, un paiement de stabilisation ne dépassant pas le montant calculé en conformité avec l'article 6.

6. (1) Sous réserve des paragraphes (8) à (10), le paiement de stabilisation qui peut être fait à une province pour un exercice est l'excédent, déterminé par le ministre :

a) du revenu sujet à stabilisation de la province pour l'exercice précédent sur

b) le revenu sujet à stabilisation de la province pour l'exercice, corrigé de la manière prescrite de façon à compenser toute variation, déterminée par le ministre, du revenu sujet à stabilisation de la province pour l'exercice résultant de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement du revenu de la province qui correspond aux alinéas a) à cc) et ee) de la définition de « source de revenu » au paragraphe 4(2) [. . .] par rapport aux taux ou à la structure applicables à l'exercice précédent.

(1.1) Where a province has entered into a tax collection agreement respecting either personal income tax or corporation income tax, a change to the *Income Tax Act* affecting, as the case may be, the amount defined as being “tax otherwise payable under this Part”, within the meaning assigned to that expression by subsection 120(4)(c) of the *Income Tax Act*, or corporate taxable income within the meaning of that Act shall be deemed to be a change in the rates or in the structures of provincial taxes for the purposes of paragraph (1)(b).

(2) With respect to a fiscal stabilization payment for a fiscal year that begins after March 31, 1987, in this section, “revenue subject to stabilization” of a province for a fiscal year means, in the case of the fiscal year beginning on April 1, 1986 and a fiscal year beginning on or after April 1, 1987, the aggregate of

(a) the total revenues, as determined by the Minister, derived by the province for the fiscal year from the revenue sources described in the definition “revenue source” in subsection 4(2), other than the revenue sources described in paragraphs (dd) and (ff) of that definition, and

(b) the fiscal equalization payment to the province for the fiscal year under Part I,

...

(7) A fiscal stabilization payment may be paid to a province for a fiscal year only on receipt by the Minister, not later than eighteen months after the end of the fiscal year, of an application by the province therefor containing such information as may be prescribed. [Emphasis added.]

“Revenue source” is defined in subsection 4(2) of the Act as follows:

4. (2) ...

“revenue source” means any of the following sources from which provincial revenues are or may be derived:

(a) personal income taxes,

(b) corporation income taxes, revenues derived from government business enterprises that are not included in any other paragraph of this definition, . . .

(c) taxes on capital of corporations,

(d) general and miscellaneous sales taxes, and amusement taxes,

(e) tobacco taxes,

(f) motor fuel taxes derived from the sale of gasoline,

(1.1) Dans le cas des provinces qui ont conclu un accord de perception fiscale soit sur le revenu des particuliers soit sur celui des personnes morales, une modification de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui touche, selon le cas, le montant défini comme étant l'« impôt qu'il est par ailleurs tenu de payer en vertu de la présente partie », au sens du paragraphe 120(4)(c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou le revenu imposable, au sens de cette loi, des personnes morales est assimilée à un changement dans les taux ou la structure des impôts provinciaux pour l'application de l'alinéa (1)b).

(2) Dans le cas d'un paiement de stabilisation qui peut être fait à une province pour un exercice commençant après le 31 mars 1987, au présent article, « revenu sujet à stabilisation » d'une province pour un exercice s'entend, dans le cas de l'exercice commençant le 1^{er} avril 1986 et d'un exercice commençant le 1^{er} avril 1987 ou après cette date, du total des montants suivants :

a) les revenus totaux, déterminés par le ministre, que la province retire pour l'exercice des sources de revenu mentionnées dans la définition de « source de revenu » au paragraphe 4(2), à l'exception des sources de revenu visées aux alinéas dd) et ff) de cette définition;

b) le paiement de péréquation à la province pour l'exercice en vertu de la partie I.

[...]

(7) Tout paiement de stabilisation ne peut être fait à une province pour un exercice que si le ministre reçoit de celle-ci, dans les dix-huit mois qui suivent la fin de l'exercice, une demande à cet effet contenant les renseignements qui peuvent être prescrits. [Je souligne.]

« Source de revenu » est définie à l'article 4 de la Loi comme suit :

4. (2) [...]

« source de revenu » L'une des sources suivantes dont proviennent ou peuvent provenir les revenus des provinces :

a) impôts sur le revenu des particuliers;

b) impôts sur le revenu des personnes morales, revenus retirés d'entreprises publiques non visées aux autres alinéas de la présente définition [...];

c) impôts sur le capital des personnes morales;

d) taxes générales et diverses sur les ventes et impôts sur les spectacles et droits d'entrée;

e) taxes sur le tabac;

f) taxes sur les carburants retirées de la vente de l'essence;

(g) motive fuel taxes derived from the sale of diesel fuel,	g) taxes sur les carburants retirées de la vente du carburant diesel;
(h) non-commercial motor vehicle licensing revenues,	h) revenus provenant des permis et de l'immatriculation des véhicules à moteur non commerciaux;
(i) commercial motor vehicle licensing revenues,	i) revenus provenant des permis et de l'immatriculation des véhicules à moteur commerciaux;
(j) <u>alcoholic beverage revenues derived from the sale of spirits;</u>	j) <u>revenus retirés de la vente des spiritueux;</u>
(k) <u>alcoholic beverage revenues derived from the sale of wine;</u>	k) <u>revenus retirés de la vente du vin;</u>
(l) <u>alcoholic beverage revenues derived from the sale of beer;</u>	l) <u>revenus retirés de la vente de la bière;</u>
(m) hospital and medical care insurance premiums,	m) primes d'assurance hospitalisation et d'assurance maladie;
(n) [repealed]	n) [abrogé]
(o) race track taxes;	o) taxes afférentes aux pistes de course;
(p) forestry revenues,	p) revenus provenant des exploitations forestières;
(q) conventional new oil revenues,	q) revenus tirés du nouveau pétrole obtenu selon des méthodes classiques;
(r) conventional old oil revenues,	r) revenus tirés de l'ancien pétrole obtenu selon des méthodes classiques;
(s) heavy oil revenues,	s) revenus tirés de pétrole lourd;
(t) mined oil revenues,	t) revenus tirés du pétrole obtenu par des opérations minières;
(u) domestically sold natural gas revenues,	u) revenus provenant du gaz naturel vendu à l'intérieur du pays;
(v) exported natural gas revenues,	v) revenus provenant du gaz naturel exporté;
(w) sales of Crown leases and reservations on oil and natural gas lands	w) cessions des concessions de la Couronne et des droits de réserve sur les terrains recelant du pétrole ou du gaz naturel;
(x) oil and gas revenues other than those described in paragraphs (q) to (w),	x) revenus provenant du pétrole et du gaz autres que ceux visés aux alinéas q) à w);
(y) metallic and non-metallic mineral revenues other than potash revenues,	y) revenus provenant des minerais métalliques et non métalliques, à l'exception des revenus provenant de la potasse;
(z) potash revenues	z) revenus provenant de la potasse;
(aa) water power rentals,	aa) location d'énergie hydro-électrique;
(bb) insurance premium taxes,	bb) impôts sur les primes d'assurance;
(cc) payroll taxes,	cc) impôts sur la feuille de paie;
(dd) provincial and local government property taxes,	dd) impôts immobiliers provinciaux et locaux;

(ee) lottery revenues,

(ff) miscellaneous provincial taxes and revenues including miscellaneous revenues from natural resources, concessions and franchises, sales of provincial goods and services and local government revenues from sales of goods and services and miscellaneous local government taxes, and . . . [Emphasis added.]

B. Regulations

Sections 5, 12, 13 and 17 of the Regulations read:

Revenue Source

5. (1) For the purposes of the Act, the expressions referred to in paragraphs (a) to (cc) of the definition “revenue source” in subsection 4(2) of the Act are defined as follows:

(a) “personal income taxes” means taxes imposed by a province on the income of individuals

...

(b) “corporation income taxes, revenues derived from government business enterprises that are not included in any other paragraph of this definition, and revenues received from the Government of Canada pursuant to the *Public Utilities Income Tax Transfer Act*” means

(i) taxes imposed by a province on the income of corporations earned in the province in a taxation year, but does not include taxes or revenues referred to in paragraphs (o), (x) and (y),

(ii) remittances to a provincial government of profits of the business enterprises of the province, other than

(A) a liquor board, commission or authority,

(B) an enterprise engaged entirely or primarily in the marketing of oil or natural gas, and

(C) an enterprise, board, commission or authority engaged in the administration of a provincial lottery, and

(iii) revenues received by a province from the Government of Canada pursuant to the *Public Utilities Income Tax Transfer Act*;

...

(d) “general and miscellaneous sales taxes and amusement taxes” means taxes imposed by a province, and in the case

ee) revenus retirés de loteries;

ff) revenus et impôts provinciaux divers, y compris les revenus divers provenant de ressources naturelles, de concessions et de franchises, de la vente de biens provinciaux et de la fourniture de services provinciaux et les revenus locaux provenant de la vente de biens et de la fourniture de services et des taxes locales diverses; [. . .] [Je souligne.]

B. Le Règlement

Les articles 5, 12, 13 et 17 du Règlement se lisent :

Source de revenu

5. (1) Pour l'application de la Loi, les expressions suivantes, mentionnées aux alinéas a) à cc) de la définition de « source de revenu », au paragraphe 4(2) de la Loi, sont définies de la façon suivante :

a) « impôts sur le revenu des particuliers » impôts levés par une province sur le revenu des particuliers qui :

[. . .]

b) « impôts sur le revenu des corporations, revenus retirés d'entreprises publiques non visées dans d'autres alinéas de la présente définition et revenus reçus du gouvernement du Canada conformément à la *Loi sur le transfert de l'impôt sur le revenu des entreprises d'utilité publique* » :

(i) les impôts levés par une province sur le revenu gagné par les corporations dans la province au cours d'une année d'imposition, à l'exclusion des impôts ou revenus visés aux alinéas o), x) et y),

(ii) les bénéfices remis à un gouvernement provincial par ses propres entreprises commerciales, à l'exception :

(A) des régies, commissions ou administrations des alcools,

(B) des entreprises qui se livrent entièrement ou principalement à la commercialisation du pétrole ou du gaz naturel,

(C) des entreprises, offices, commissions ou administrations chargés de gérer une loterie provinciale,

(iii) les revenus qu'une province reçoit du gouvernement du Canada conformément à la Loi sur le transfert de l'impôt sur le revenu des entreprises d'utilité publique;

[. . .]

d) « taxes générales et diverses sur les ventes et impôts sur les spectacles et droits d'entrée » taxes et impôts levés par

of amusement taxes also includes those taxes imposed by a local government, on final purchasers or on users of goods and services that are not described elsewhere in this subsection and, for greater certainty, includes sales taxes on meals, hotel services, telecommunications and cable television;

...

(j) “alcoholic beverage revenues derived from the sale of spirits” means revenues derived by a province from

(i) remittances to the provincial government of profits of the liquor board, commission or authority of the province arising from sales of spirits,

(ii) a specific sales tax imposed by the province on the sale of spirits by its liquor board, commission or authority, and

(iii) fees for licences and permits for the privilege of distilling, purchasing or dispensing spirits;

(k) “alcoholic beverage revenues derived from the sale of wine” means revenues derived by a province from

(i) remittances to the provincial government of profits of the liquor board, commission or authority of the province arising from sales of wine,

(ii) a specific sales tax imposed by the province on the sale of wine by its liquor board, commission or authority, and

(iii) fees for licences and permits for the privilege of making, purchasing or dispensing wine;

(l) “alcoholic beverage revenues derived from the sale of beer” means revenues derived by a province from

(i) remittances to the provincial government of profits of the liquor board, commission or authority of the province arising from sales of beer,

(ii) a specific sales tax imposed by the province on the sale of beer by the liquor board, commission or authority of the province, and

(iii) fees for licences and permits for the privilege of brewing, purchasing or dispensing beer;

une province, y compris, dans le cas des impôts sur les spectacles et droits d'entrée, ceux levés par les administrations locales, auxquels sont assujettis les acheteurs ultimes ou les utilisateurs de certains biens et services qui ne sont pas visés ailleurs dans le présent paragraphe; sont notamment visés par la présente définition les taxes de vente sur les repas, les services hôteliers, les télécommunications et les services de câblodistribution;

[. . .]

j) « revenus retirés de la vente des boissons alcooliques fortes » revenus qu'une province tire :

(i) des bénéfices remis par la régie, commission ou administration des alcools de la province et provenant de la vente de boissons alcooliques fortes,

(ii) d'une taxe de vente spécifique levée par la province sur les boissons alcooliques fortes vendues par la régie, commission ou administration des alcools de la province,

(iii) des droits versés pour les licences et permis accordant le privilège de distiller, d'acheter ou de distribuer des boissons alcooliques fortes;

k) « revenus retirés de la vente du vin » revenus qu'une province tire :

(i) des bénéfices remis par la régie, commission ou administration des alcools de la province et provenant de la vente du vin,

(ii) d'une taxe de vente spécifique levée par la province sur le vin vendu par la régie, commission ou administration des alcools de la province, (iii) des droits versés pour les licences et permis accordant le privilège de fabriquer, d'acheter ou de distribuer du vin;

(iii) des droits versés pour les licences et permis accordant le privilège de fabriquer, d'acheter ou de distribuer du vin;

l) « revenus retirés de la vente de la bière » revenus qu'une province tire :

(i) des bénéfices remis par la régie, commission ou administration des alcools de la province et provenant de la vente de bière,

(ii) d'une taxe de vente spécifique levée par la province sur la bière vendue par la régie, commission ou administration des alcools de la province,

(iii) des droits versés pour les licences et permis accordant le privilège de brasser, d'acheter ou de distribuer de la bière;

...

[. . .]

(aa) “insurance premium taxes” . . .

aa) « impôts sur les permis d’assurance » [. . .]

(bb) “payroll taxes” . . .

bb) « impôts sur la feuille de paye » [. . .]

(cc) “provincial and local government taxes” . . .

cc) « impôts immobiliers provinciaux et locaux » [. . .]

(dd) “lottery revenues” means revenues derived by a province from

dd) «revenus tirés de loteries » revenus qu’une province tire :

(i) remittances to the provincial government of profits of the business enterprises, boards, commissions or authorities of the province that carry on a provincial lottery or of business enterprises, boards, commissions or authorities jointly owned by the province and one or more other provinces that carry on a provincial lottery,

(i) des bénéfices remis au gouvernement provincial par ses propres entreprises commerciales, offices, commissions ou administrations chargés de gérer une loterie provinciale, ou par des entreprises commerciales, offices, commissions ou administrations, appartenant conjointement à la province et à une ou plusieurs autres provinces, qui sont chargés de gérer une loterie provinciale,

(ii) profits paid to the provincial government by a business enterprise, a board, a commission or an authority of another province that carries on a provincial lottery, and

(ii) des bénéfices remis au gouvernement provincial par une entreprise commerciale, un office, une commission ou une administration d’une autre province qui gère une loterie provinciale,

(iii) profits paid to the provincial government by a lottery carried on by the Government of Canada;

(iii) des bénéfices remis au gouvernement provincial qui proviennent d’une loterie gérée par le gouvernement du Canada;

(ee) “miscellaneous provincial taxes and revenues including miscellaneous revenues from natural resources, concessions and franchises, sales of provincial goods and services and local government revenues from sales of goods and services and miscellaneous local government taxes” means revenues derived from sales of goods and services by local governments and local government taxes, including interest charges, fines and penalties imposed in respect of those taxes, other than the revenues derived from taxes or grants described in paragraph (cc), and revenues derived by a province from any source other than a source described elsewhere in this subsection and, for greater certainty, includes

ee) « revenus et impôts provinciaux divers, y compris les revenus divers provenant de ressources naturelles, de concessions et de franchises, de la vente de biens provinciaux et de la fourniture de services provinciaux et les revenus locaux provenant de la vente de biens et de la fourniture de services et des taxes locales diverses » revenus, autres que ceux visés à l’alinéa I), qu’une province tire des ventes de biens et de services réalisées par les administrations locales et des impôts levés par celles-ci, y compris les intérêts, les amendes et les pénalités imposés à l’égard de ces impôts, ainsi que les revenus que la province tire d’une source non mentionnée ailleurs dans le présent paragraphe, notamment :

(i) succession duties and gift taxes,

(i) les droits successoraux et l’impôt sur les dons,

(ii) taxes on the sales of liquid petroleum gases,

(ii) les taxes de vente sur les gaz de pétrole liquéfiés,

(iii) revenues derived by a province from natural resources, other than the revenues described in paragraphs (o) to (z) and other than that portion of the revenues described in paragraph (ff) that relates to natural resources, but including revenues derived from fish and game licences,

(iii) les revenus provenant des ressources naturelles, à l’exclusion des revenus visés aux alinéas o) à z) et de la partie des revenus visés à l’alinéa ff) qui provient des ressources naturelles, mais y compris les revenus provenant des permis de pêche et de chasse,

(iv) revenues derived by a province from concessions and franchises and other privileges, other than the revenues described elsewhere in this subsection,

(iv) les revenus provenant des concessions, des franchises et autres privilèges, à l’exclusion des revenus visés ailleurs dans le présent paragraphe,

(v) revenues derived by a province from licences and permits, other than the revenues described in paragraphs (h) to (l) and subparagraph (iii),

(vi) revenues derived from sales of goods and services by the province and revenues classified by Statistics Canada as institutional sales of goods and services, other than taxes included in those revenues,

(vii) revenues derived from the imposition by the province of interest charges, fines and penalties in respect of taxes and any other charges and from the imposition by the province of any other interest charges, fines and penalties, other than those imposed in respect of the sources described in subparagraphs (x) to (xvi),

(viii) crop insurance premiums, and

(ix) other miscellaneous revenues derived from the province's own sources, but does not include

(x) contributions derived from workers' compensation,

(xi) contributions derived from vacation-with-pay,

(xii) contributions derived from a universal pension plan,

(xiii) revenues derived from intergovernmental sales of goods and services, including the sale of manpower training services to the Government of Canada,

(xiv) returns, including interest and dividends, on investments, other than remittances from a provincially owned enterprise,

(xv) contributions derived from a public service or teachers' pension plan that is not constituted as a trust, and

(xvi) general or specific purpose transfer payments received from other governments; and

...

12. (1) In adjusting the revenue subject to stabilization of a province for a fiscal year pursuant to paragraph 6(1)(b) of the Act, the Minister shall

(a) add to the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year as otherwise determined the amount of the decrease in revenues in the fiscal year that results from changes in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising revenue, including the following changes:

(v) les revenus provenant des licences et des permis, à l'exclusion des revenus visés aux alinéas h) à l) et au sous-alinéa (iii)

(vi) les revenus tirés des ventes de biens et de services réalisées par la province et les revenus classés par Statistique Canada comme revenus provenant de la vente de biens et de services par une institution, à l'exclusion des impôts inclus dans ces revenus,

(vii) les revenus provenant des intérêts, des amendes et des pénalités imposés par la province à l'égard des impôts et autre charge, ainsi que les revenus provenant des intérêts, amendes et pénalités autres que ceux imposés par la province à l'égard des sources visées aux sous-alinéas (x) à (xvi),

(viii) les primes d'assurance-récolte,

(ix) les autres revenus divers que la province tire de ses propres sources, sont exclus de la présente définition :

(x) les contributions versées à l'égard des indemnités pour accident du travail,

(xi) les contributions versées à l'égard des congés payés,

(xii) les contributions versées à l'égard d'un régime universel de pensions,

(xiii) les revenus tirés de la vente de biens et de services entre gouvernements, y compris la vente au gouvernement du Canada de services de formation de la main-d'œuvre,

(xiv) les produits de placements, y compris les intérêts et les dividendes, à l'exclusion des recettes versées par les entreprises appartenant à la province,

(xv) les contributions versées à l'égard d'un régime de pensions de la fonction publique ou d'un régime de pensions d'enseignants non constitués en fiducie,

(xvi) les paiements de transfert reçus des autres administrations à des fins générales ou particulières;

[...]

12. (1) Pour corriger le revenu soumis à stabilisation d'une province pour une année financière conformément à l'alinéa 6(1)b) de la Loi, le ministre doit :

a) d'une part, ajouter au montant par ailleurs déterminé du revenu soumis à stabilisation de la province pour l'année financière, le montant de la diminution des revenus au cours de l'année financière qui résulte de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement de la province, notamment les changements suivants :

(i) the termination of an existing tax, fee, levy, premium or royalty during the fiscal year or during the immediately preceding fiscal year,

(ii) decreases, averaged over a year, in the rate of a tax, fee, levy, premium or royalty,

(iii) changes in the ranges of the base, averaged over a year, to which the rate of a tax, fee, levy, premium or royalty is applied,

(iv) changes in the classification of taxpayers where a tax, fee, levy, premium or royalty varies according to some attribute of the taxpayer, such as the nature of the activity, the form of the business organization, the kind of ownership of the business or the age of the taxpayer,

(v) increases in deductions, credits or allowances, averaged over a year, that the taxpayer may claim in determining the amount of the tax or the base to which the rate of tax of the taxpayer is applied,

(vi) the adding, broadening or enlarging of exemptions, averaged over a year, from a tax, fee, levy, premium or royalty,

(vii) increases in rebates, averaged over a year, in respect of a tax, fee, levy, premium or royalty,

(viii) decreases, averaged over a year, in the mark-up on goods or services that are sold to the public by the province or its agencies,

(ix) decreases in the proportion of the profits remitted to a provincial government by its own enterprises, and

(x) decreases in the charges for the rental or use of government property, including water power rentals; and

(b) subtract from the revenue subject to stabilization of the province for the fiscal year as otherwise determined the amount of the increase in revenues in the fiscal year that results from changes either in the rates or in the structures of provincial taxes or other modes of raising revenue, including the following changes:

(i) the introduction of a new tax, fee, levy, premium or royalty during the fiscal year or during the immediately preceding fiscal year,

(i) l'abolition d'un impôt, d'une taxe, d'un droit, d'une prime ou d'une redevance au cours de l'année financière ou au cours de l'année financière précédente,

(ii) les diminutions, en moyenne pour une année, du taux d'un impôt, d'une taxe, d'un droit, d'une prime ou d'une redevance,

(iii) les changements, en moyenne pour une année, apportés aux tranches de l'assiette à laquelle s'applique le taux d'un impôt, d'une taxe, d'un droit, d'une prime ou d'une redevance,

(iv) les changements apportés à la classification des contribuables, lorsqu'un impôt, une taxe, un droit, une prime ou une redevance varie selon une caractéristique du contribuable, par exemple, la nature de l'activité qu'il exerce, le genre d'entreprise, la nature de la propriété de l'entreprise ou l'âge du contribuable,

(v) les augmentations, en moyenne pour une année, des déductions, des crédits ou des allocations que le contribuable peut réclamer dans le calcul de son impôt ou de l'assiette à laquelle son taux d'impôt s'applique,

(vi) l'adjonction, l'extension ou l'augmentation des exemptions, en moyenne pour une année, d'un impôt, d'une taxe, d'un droit, d'une prime ou d'une redevance,

(vii) les augmentations, en moyenne pour une année, des dégrèvements relatifs à un impôt, à une taxe, à un droit, à une prime ou à une redevance,

(viii) les diminutions, en moyenne pour une année, de la marge de bénéfice sur les biens ou les services vendus au public par la province ou ses organismes,

(ix) les diminutions de la proportion des bénéfices remis à une administration provinciale par ses propres entreprises,

(x) les diminutions des frais de location ou d'usage des biens du gouvernement, y compris la location d'énergie hydro-électrique;

b) d'autre part, soustraire du montant, par ailleurs établi du revenu soumis à stabilisation de la province pour l'année financière, le montant de l'augmentation des revenus au cours de l'année financière qui résulte de changements faits par la province dans les taux ou la structure soit des impôts provinciaux soit des autres mécanismes de prélèvement de la province, notamment les changements suivants :

(i) l'introduction d'un impôt, d'une taxe, d'un droit, d'une prime ou d'une redevance au cours de l'année financière ou au cours de l'année financière précédente,

(ii) increases in the rate, averaged over a year, at which a tax, fee, levy, premium or royalty is levied,

...

(vii) decreases in rebates, averaged over a year, in respect of a tax, fee, levy, premium or royalty,

(viii) increases, averaged over a year, in the mark-up on goods or services that are sold to the public by the province or its agencies,

(ix) increases in the proportion of the profits remitted to a provincial government by its own enterprises, and

...

13. (1) For the purposes of this Part, the total revenue derived by a province for a fiscal year from the revenue sources set out in the definition “revenue source” in subsection 4(2) of the Act is

...

(c) in the case of any other revenue source set out in that definition and in the case of any part of the revenue sources set out in paragraphs (a) and (b) of that definition to which paragraphs (a) and (b) of this subsection do not apply, the amount as determined by the Minister based on the information made available to the Minister by the province in its application, as adjusted if necessary by the Minister, and in the certificate submitted to the Minister by the Chief Statistician of Canada in accordance with subsection 9(2).

...

17. (1) The Minister shall make a final computation of the fiscal stabilization payment that may be paid to a province under the Act for a fiscal year within 32 months after the end of the fiscal year for which an application is made and shall provide the province with a statement describing the manner in which the amount, if any, of the fiscal stabilization payment was determined.

(2) Where the Minister determines from the final computation made under subsection (1) that the fiscal stabilization payment that may be paid to the province exceeds the total of the interim payments, if any, made pursuant to subsection 15(2), the Minister may pay to the province any amount of the excess up to the total amount of the fiscal stabilization payment calculated under subsection 6(7) of the Act. [Emphasis added.]

(ii) les augmentations, en moyenne pour une année, du taux d’un impôt, d’une taxe, d’un droit, d’une prime ou d’une redevance,

[...]

(vii) les diminutions, en moyenne pour une année, des dégrèvements relatifs à un impôt, à une taxe, à un droit, à une prime ou à une redevance,

(viii) les augmentations, en moyenne pour une année, de la marge de bénéfice sur les biens ou les services vendus au public par la province ou ses organismes,

(ix) les augmentations de la proportion des bénéfices remis à une administration provinciale par ses propres entreprises,

[...]

13. (1) Pour l’application de la présente partie, le revenu total que tire une province, pour une année financière, des sources de revenu visées à la définition de « source de revenu », au paragraphe 4(2) de la Loi, est :

[...]

c) dans le cas de toute source de revenu visée aux autres alinéas de cette définition et dans le cas de toute partie des sources de revenu visées aux alinéas a) et b) de cette définition à laquelle les alinéas a) et b) du présent paragraphe ne s’appliquent pas, le montant déterminé par le ministre selon les renseignements mis à sa disposition par la province dans sa demande de paiement de stabilisation, rajusté par lui au besoin, et de ceux contenus dans le certificat que lui a présenté le statisticien en chef du Canada conformément au paragraphe 9(2).

[...]

17. (1) Le ministre doit faire le calcul définitif du paiement de stabilisation qui peut être versé à une province en vertu de la Loi au cours d’une année financière dans les 32 mois qui suivent la fin de l’année pour laquelle une demande est présentée, et doit, le cas échéant, remettre à la province un état décrivant la façon dont le montant du paiement de stabilisation a été calculé.

(2) Lorsque le ministre détermine, d’après le calcul définitif, que le paiement de stabilisation qui peut être versé à la province dépasse le total des paiements provisoires effectués, le cas échéant, conformément au paragraphe 15(2), le ministre peut verser à la province tout montant de cet excédent jusqu’à concurrence du montant du paiement de stabilisation total calculé en vertu du paragraphe 6(7) de la Loi. [Je souligne.]

DIGESTS

Federal Court of Appeal and 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 of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

ABORIGINAL PEOPLES

TAXATION

Action for declaration employment income within tax exemption under *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87—Plaintiffs status Indians employed by employment leasing business headquartered on reserve—Plaintiffs' services leased to not-for-profit organizations situated off-reserve providing services to Natives, non-Natives—Plaintiffs not paying income tax based on native status—Employment income assessed as taxable—Connecting factors test set out in *Williams v. The Queen*, [1992] 1 S.C.R. 877 used to determine whether property situated on reserve—Ultimate question whether taxing particular property would erode entitlement of Indian *qua* Indian on reserve, jeopardize traditional way of life—Employer's operation, tax-exempt status considered in *Shilling v. M.N.R.*, [2001] 4 F.C. 364 (C.A.)—Approach, comments on key factors binding—Plaintiffs not qualifying for exemption under s. 87—*Indian Act Exemption for Employment Income Guidelines*, Guideline 2 inconsistent with law as apparently ignoring location, nature of work—No violation of Charter, s. 15 by virtue of Guidelines.

HORN V. CANADA (T-2241-95, T-2242-95, 2007 FC 1052, Phelan J., judgment dated 16/10/07, 47 pp.)

ACCESS TO INFORMATION

Appeal, cross-appeal from Federal Court decision ([2007] 3 F.C.R. 125) allowing Information Commissioner of Canada's application for judicial review, ordering Minister of Environment Canada to disclose those portions of records not subject to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 21 discretionary exemptions, returning remaining portions to Minister for redetermination—Appeal dismissed as questions moot (Minister having disclosed portions at issue in main appeal)—Cross-appeal allowed—Act, s. 49 allowing Court to order disclosure rather than sending matter back for redetermination—Trial Judge not giving sufficient weight to relevant considerations—Disclosure of remaining portions warranted herein—Pelletier J.A. concurring in result.

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (A-502-06, 2007 FCA 404, Richard C.J. and Pelletier J.A., judgment dated 14/12/07, 12 pp.)

AIR LAW

Judicial review of Transportation Appeal Tribunal of Canada decision ([2007] C.T.A.T.D. No. 10 (QL)) having jurisdiction to review Minister of Transport's decision to cancel *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, s. 5.9(2) exemption—Tribunal's jurisdiction limited to decisions with respect to Canadian aviation documents (CAD)—S. 5.9(2) exemption permit or accreditation falling within definition of CAD, not statutory instrument—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PRISM HELICOPTERS LTD. (T-693-07, 2007 FC 1346, Frenette D.J., judgment dated 20/12/07, 17 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Judicial review of immigration officer's decision applicant family inadmissible as reasonable grounds to believe father engaged or will engage in terrorist or subversive activities pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 34(1)(f)—Immigration officer's failure to demonstrate understanding of meaning of "terrorism" reviewable error—Application allowed—*Obiter* comments made with respect to Act, s. 87 application for non-disclosure.

BERAKI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4355-06, 2007 FC 1360, Lutfy C.J., judgment dated 24/12/07, 6 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Immigration Appeal Division's (IAD) decision setting aside Immigration Division's (ID) finding applicant not inadmissible as refugee claimant under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27, s. 37(1)(a)—IAD relying on phrase "at the time the appeal is disposed of" in IRPA, s. 67(1) to consider jurisdiction as *de novo* hearing, substitute its decision for that of ID—Parliament defining IAD's jurisdiction on appeal very clearly, giving IAD three options after considering appeal (IRPA, s. 66)—IRPA, s. 67 not distinguishing between appeal made by Minister under s. 63(5), other appeals under ss. 63(1) to (4)—Even though IAD cannot consider humanitarian, compassionate grounds in appeal brought by Minister, IAD's *de novo* jurisdiction not limited by IAD's restricted ability to consider fresh evidence—Opening words of s. 67(1) regarding requirements to allow appeal applying to all three paragraphs—Also, s. 67(2) confirming IAD's *de novo* jurisdiction irrespective of reasons for which appeal allowed by stating IAD may substitute decision that should have been made—Application dismissed.

MENDOZA V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-1160-07, 2007 FC 934, de Montigny J., order dated 19/9/07, 17 pp.)

COPYRIGHT**PRACTICE**

Judicial review of Copyright Board of Canada decision dated July 19, 2007 dismissing Canadian Private Copying Collective's motion for order to prevent Board from considering tariff on digital audio recorders proposed by Canadian Private Copying Collective—*Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance*, [2005] 2 F.C.R. 654 (C.A.) followed—Copyright Board having no legal authority to certify tariff on digital audio recorders or their permanently embedded memory—Application allowed.

APPLE CANADA INC. V. CANADIAN PRIVATE COPYING COLLECTIVE (A-369-07, A-370-07, 2008 FCA 9, Sharlow J.A., judgment dated 10/1/08, 3 pp.)

INCOME TAX**PRACTICE**

Appeal from Tax Court of Canada decision (2006 TCC 560) not having jurisdiction to hear appeal from reassessments for 2002, 2003 taxation years as Supreme Court of Nova Scotia having exclusive jurisdiction since only provincial taxes impacted by residency issue—Issue before T.C.C. whether appeal could be dismissed on preliminary basis given applicant's allegation eligible for Northern Residents Allowance which impacts federal taxes owed—As motion to dismiss appeal in effect motion to strike, appellant's allegation deemed proven—Appeal allowed.

HISCOCK V. CANADA (A-411-06, 2007 FCA 382, Noël J.A., judgment dated 3/12/07, 3 pp.)

LABOUR RELATIONS

Appeal from Federal Court decision ((2006), 294 F.T.R. 205) dismissing application for judicial review of appeal officer's decision not having statutory authority to consider appeal of health and safety officer's decision not to issue direction under *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 145—*In-flight Safety Manual* amended after merger of Air Canada, Canadian

LABOUR RELATIONS—Concluded

International Airlines Limited—Appellants filing complaints believing amendments thereto resulting in risks to health, safety of cabin personnel—Appeal dismissed—S. 146(1) granting employer, employee or trade union right to appeal any direction by health, safety officer under s. 145 but not granting anyone right to appeal decision by health and safety officer not to issue direction—S. 146(1) also not breaching *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7 since there is no constitutional right to appeal, even in matters with significant effect on life, liberty, security of person.

SACHS V. AIR CANADA (A-290-06, 2007 FCA 279, Sharlow J.A., judgment dated 11/9/07, 6 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Plaintiff building two yachts for defendant Splash Holdings Ltd. (Splash)—Splash allegedly failing to make progress payments—Plaintiff taking action *in rem* against yachts—Absent maritime lien, no statutory right *in rem* unless personal liability of ship owner engaged—Issue whether Splash beneficial owner of yachts—Contract between parties showing builder holding title during construction, title and risk only to pass upon delivery of yachts—Splash therefore mortgagee, not beneficial owner—As plaintiff legal, beneficial owner of both yachts, not entitled to proceed *in rem* against them—Action *in rem* dismissed.

F.C. YACHTS LTD. V. SPLASH HOLDINGS LTD. (T-1796-07, 2007 FC 1257, Harrington J., order dated 30/11/07, 11 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of decision by Correctional Service of Canada (CSC) to transfer applicant to institution much farther from family, community notwithstanding no change to security, correctional plan—Reason for involuntary transfer community's response to applicant's presence, particularly that of widow of police officer slain by applicant—*Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), S.C. 1992, c. 20, s. 28 requiring consideration of safety of public, inmate, security of penitentiary, accessibility to inmate's community, family, culture, language, rehabilitation, availability of programs, services useful for inmate—CCRA, *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, Commissioner's Directive on transfer of offenders not even alluding to "community outcry"—Respondent not explaining how applicant's presence in Fenbrook facility could put at risk safety of public—Application allowed.

MACDONALD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1740-06, 2007 FC 1277, Frenette J., judgment dated 6/12/07, 12 pp.)

PRACTICE**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Motion under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 397 for reconsideration in writing of judgment, direction dated July 31, 2007—Purpose of reconsideration to have Court certify proposed question—R. 397(1) not permitting Minister of Citizenship and Immigration to move to add question for certification to judgment—Proposed question not one of general importance—Motion dismissed.

TRAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5343-06, 2007 FC 1249, Simpson J., order dated 28/11/07, 5 pp.)

PUBLIC SERVICE**PRACTICE**

Judicial review of Canada Revenue Agency's (CRA) decision revoking applicant's "enhanced reliability status"; Public Works and Government Services Canada's decision denying applicant reliability status—When applicant working temporarily for CRA, investigated for alleged excessive use of CRA's electronic mail system, misrepresenting himself, CRA for "own personal gain"—Applicant resigning before CRA investigation completed—Although not statutorily bound to comply with *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, *Government Security Policy*, CRA agreeing to be bound thereby—Revocation decision

PUBLIC SERVICE—Concluded

affecting “rights, privileges or interests”, giving rise to duty of procedural fairness—Because applicant not provided with opportunity to respond to allegations against him before CRA rendering decision on status, duty of procedural fairness breached—Application allowed.

MYERS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-529-07, 2007 FC 947, Kelen J., judgment dated 21/9/07, 20 pp.)

VETERANS

Judicial review of decision by Director General, National Operations Division of Department of Veterans Affairs (DVA) dated May 5, 2006 denying deceased applicant eligibility for reimbursement of Chronic Care Benefits from June 17, 2000 (date placed in long-term care) to October 8, 2004 (date of notification by DVA of entitlement to make claim)—Neither *Department of Veterans Affairs Act*, R.S.C., 1985, c. V-1, nor *Veterans Health Care Regulations*, SOR/90-594 requiring DVA to take specific steps to inform “clients” as to benefits available—No special fiduciary duty imposed on DVA herein—October 2004 date of “notification” of entitlement for benefits under Regulations, date of making claim—Regulations, s. 34.1(4) requiring claim for reimbursement to be made within 18 months prior to October 2004—Applicants should be reimbursed for monthly expenses of \$4,064.44 incurred during 18 month-period prior to October 2004.

KRASNICK ESTATE V. CANADA (MINISTER OF VETERANS AFFAIRS) (T-916-06, 2007 FC 1322, Hughes J., judgment dated 14/12/07, 29 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et 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 consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

*** Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.**

ACCÈS À L'INFORMATION

Appel et appel incident de la décision ([2007] 3 R.C.F. 125) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire du Commissaire à l'information du Canada et a ordonné au ministre de l'Environnement du Canada de communiquer les parties des dossiers qui n'étaient pas assujetties aux exemptions discrétionnaires prévues à l'art. 21 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 et de remettre les autres parties au ministre pour un nouvel examen—L'appel a été rejeté parce que les questions litigieuses étaient théoriques (le ministre ayant communiqué les parties en cause dans le cadre de l'appel principal)—Appel incident accueilli—L'art. 49 de la Loi permet à la Cour d'ordonner la communication plutôt que de renvoyer l'affaire pour un nouvel examen—Le juge de première instance n'a pas accordé assez de poids aux facteurs pertinents—La communication des autres parties était justifiée en l'espèce—Le juge Pelletier, J.C.A., souscrivant au résultat.

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (A-502-06, 2007 CAF 404, juge en chef Richard et juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 14-12-07, 12 p.)

ANCIENS COMBATTANTS

Contrôle judiciaire de la décision du directeur général, Direction générale des opérations nationales du ministère des Anciens combattants (le ministère) en date du 5 mai 2006 refusant au demandeur, qui est maintenant décédé, le remboursement de prestations de soins aux malades chroniques entre le 17 juin 2000 (date où il a commencé à obtenir des soins de longue durée) et le 8 octobre 2004 (date où le ministère l'a informé qu'il avait le droit de présenter une réclamation)—Ni la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. (1985), ch. V-1, ni le *Règlement sur les soins de santé pour anciens combattants*, DORS/90-594, n'oblige le ministère à prendre des mesures particulières pour informer les « clients » des avantages offerts—Aucune obligation fiduciaire spéciale n'était imposée au ministère en l'espèce—La date de « notification » du droit aux prestations en vertu du Règlement en octobre 2004 est la date de présentation de la réclamation—L'art. 34.1(4) du Règlement précise que la demande de remboursement doit être présentée dans les 18 mois précédant le mois d'octobre 2004—Les demandeurs doivent se faire rembourser leurs dépenses mensuelles de 4 064,44 \$ engagées pendant la période de 18 mois précédant le mois d'octobre 2004.

SUCCESSION KRASNICK C. CANADA (MINISTRE DES ANCIENS COMBATTANTS) (T-916-06, 2007 CF 1322, juge Hughes, jugement en date du 14-12-07, 29 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'immigration a conclu que la famille demanderesse était interdite de territoire car il y avait des motifs raisonnables de croire que le père s'était livré ou se livrerait à la subversion ou au terrorisme en application de l'art. 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—L'omission de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

l'agente d'immigration d'établir qu'elle comprenait le sens de « terrorisme » constituait une erreur susceptible de révision—Demande accueillie—Des remarques incidentes ont été faites relativement à la demande d'interdiction de divulgation présentée en vertu de l'art. 87 de la Loi.

BERAKI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4355-06, 2007 CF 1360, juge en chef Lutfy, jugement en date du 24-12-07, 6 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI), qui a annulé la décision par laquelle la Section de l'immigration (SI) a déclaré que le demandeur n'était pas interdit de territoire en application de l'art. 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), L.C. 2001, ch. 27—La SAI s'est fondée sur le syntagme « au moment où il en est disposé » paraissant à l'art. 67(1) de la LIPR pour juger qu'il s'agissait d'une nouvelle audition et pour substituer sa décision à celle de la SI—Le législateur a défini la compétence de la SAI en appel très clairement, lui donnant trois options après qu'elle a entendu l'appel (art. 66 de la LIPR)—L'art. 67 de la LIPR n'opère pas de distinction entre l'appel interjeté par le ministre en vertu de l'art. 63(5) et les autres appels prévus aux art. 63(1) à (4)—Même si la SAI ne peut pas tenir compte de motifs d'ordre humanitaire dans le cadre d'un appel intenté par le ministre, la compétence *de novo* de la SAI n'est pas limitée par sa capacité restreinte de prendre en considération de nouveaux éléments de preuve—L'introduction de l'art. 67(1) quant aux conditions permettant d'accueillir l'appel s'applique aux trois alinéas—De même, l'art. 67(2) confirme la compétence *de novo* de la SAI, abstraction faite des motifs pour lesquels l'appel est accueilli en indiquant que la SAI peut substituer sa décision à celle qui aurait dû être rendue—Demande rejetée.

MENDOZA C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (IMM-1160-07, 2007 CF 934, juge de Montigny, ordonnance en date du 19-9-07, 17 p.)

DROIT AÉRIEN

Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal d'appel des transports du Canada ([2007] C.T.A.T.D. n° 10 (QL)) portant qu'il a compétence pour examiner la décision par laquelle le ministre des Transport a annulé l'exemption prévue à l'art. 5.9(2) de la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2—La compétence du Tribunal est limitée aux décisions qui ont trait aux documents d'aviation canadiens—L'exemption à l'art. 5.9(2) est un permis ou une licence visé par la définition de document d'aviation canadien; il ne s'agit pas d'un texte réglementaire—Demande rejetée.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. PRISM HELICOPTERS LTD. (T-693-07, 2007 CF 1346, juge suppléant Frenette, jugement en date du 20-12-07, 17 p.)

DROIT D'AUTEUR**PRATIQUE**

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur du Canada en date du 19 juillet 2007 rejetant la requête présentée par la société canadienne de perception de la copie privée pour obtenir une ordonnance empêchant la Commission de prendre en considération le tarif de redevance que la Société canadienne de perception de la copie privée proposait d'imputer aux enregistreurs numériques—L'arrêt *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, [2005] 2 R.C.F. 654 (C.A.) a été suivi—La Commission du droit d'auteur ne possède aucune autorité légale pour certifier un tarif à l'égard des enregistreurs numériques ou leur mémoire intégrée en permanence—Demande accueillie.

APPLE CANADA INC. C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PERCEPTION DE LA COPIE PRIVÉE (A-369-07, A-370-07, 2008 CAF 9, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 10-1-08, 3 p.)

DROIT MARITIME**CONTRATS**

La demanderesse a construit deux yachts pour la défenderesse Splash Holdings Ltd. (Splash)—Splash n'aurait pas versé d'acomptes—La demanderesse a intenté une action *in rem* contre les yachts—En l'absence d'un privilège maritime, il n'existe

DROIT MARITIME—Fin

aucun droit réel d'origine législative à moins que la responsabilité personnelle de l'armateur ne soit engagée—Il s'agissait de savoir si Splash était propriétaire véritable des yachts—Il appert du contrat entre les parties que le constructeur détenait le titre pendant la construction et que le titre et les risques devaient être transférés à la livraison des yachts—Splash était donc le créancier hypothécaire, pas le propriétaire véritable—Comme la demanderesse était le propriétaire véritable et en common law des deux navires, elle ne pouvait tenter d'action *in rem* contre eux—Action *in rem* rejetée.

F.C. YACHTS LTD. C. SPLASH HOLDINGS LTD. (T-1796-07, 2007 CF 1257, juge Harrington, ordonnance en date du 30-11-07, 11 p.)

FONCTION PUBLIQUE

PRATIQUE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) a révoqué la « cote de fiabilité approfondie » du demandeur et de la décision de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada d'accorder une cote de fiabilité au demandeur—Lorsque le demandeur travaillait temporairement pour l'ARC, il a fait l'objet d'une enquête pour un prétendu usage abusif du système de courrier électronique de l'ARC et a fait de fausses déclarations à son égard et à l'égard de l'ARC pour ses propres intérêts—Le demandeur a démissionné avant que l'enquête de l'ARC ait été menée à bien—Bien qu'elle ne soit pas tenue de par la loi de se conformer à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 et à la *Politique du gouvernement sur la sécurité*, l'ARC s'est engagée à être liée par celles-ci—La décision en matière de révocation touche les « droits, privilèges et intérêts », ce qui donne ouverture à l'obligation d'équité procédurale—Parce que le demandeur n'a pas eu la chance de donner suite aux allégations formulées à son égard avant que l'ARC rende la décision quant à son statut, il y a eu manquement à l'obligation d'équité procédurale—Demande accueillie.

MYERS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-529-07, 2007 CF 947, juge Kelen, jugement en date du 21-9-07, 20 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

PRATIQUE

Appel de la décision (2006 CCI 560) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a déclaré ne pas être compétente pour entendre l'appel interjeté à l'encontre des nouvelles cotisations pour les années d'imposition 2002 et 2003 puisque la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse avait compétence exclusive car seuls les impôts provinciaux étaient touchés par la question de la résidence—La question dont la C.C.I. était saisie était celle de savoir si l'appel pouvait être rejeté de façon préliminaire en raison de l'allégation de l'appelante selon laquelle elle avait droit à la déduction pour les résidents du Nord, ce qui avait un impact sur l'impôt fédéral dû—Comme la demande de rejet de l'appel constitue en fait une requête en radiation, on a jugé que l'allégation de l'appelante avait été prouvée—Appel accueilli.

HISCOCK C. CANADA (A-411-06, 2007 CAF 382, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 3-12-07, 3 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire d'une décision du Service correctionnel du Canada (SCC) de transférer le demandeur à un établissement beaucoup plus éloigné de sa famille et de sa collectivité bien qu'aucune modification n'ait été apportée au plan correctionnel ou de sécurité—Le transfèrement imposé résulte de la réaction de la collectivité, particulièrement celle de la veuve du policier abattu par le demandeur, à la présence du demandeur—L'art. 28 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLC), L.C. 1992, ch. 20, précise qu'il faut tenir compte de la sécurité du public, de celle du détenu et de celle du pénitencier, de la facilité d'accès à la collectivité à laquelle le détenu appartient, à sa famille et à un milieu culturel et linguistique compatible, de la réadaptation et de l'existence de programmes et de services qui conviennent au détenu—La LSCMLC, le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, et la Directive du commissaire sur le transfèrement de délinquants ne font même pas allusion à une « levée de boucliers »—Le défendeur n'a pas expliqué comment la présence du demandeur à l'établissement Fenbrook mettrait la sécurité du public en danger—Demande accueillie.

MACDONALD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1740-06, 2007 CF 1277, juge Frenette, jugement en date du 6-12-07, 12 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

TAXATION

Action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le revenu d'emploi des demanderesse est compris dans l'exonération fiscale prévue à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5—Les demanderesse, des Indiens inscrits, travaillaient pour une agence de placement dont le siège était situé sur la réserve—Les demanderesse ont été placées auprès d'organismes sans but lucratif situés hors-réserve qui fournissaient des services à des Autochtones et des non-Autochtones—Les demanderesse n'ont pas versé d'impôt sur le revenu en raison de leur statut à titre d'Autochtones—Il a été établi que le revenu d'emploi était assujéti à l'impôt—Le critère des facteurs de rattachement énoncé dans l'arrêt *Williams c. La Reine*, [1992] 1 R.C.S. 877 a été appliqué pour déterminer si les biens étaient situés sur une réserve—La question définitive était de savoir si l'imposition du bien en cause représenterait une atteinte aux droits de l'Indien à titre d'Indien sur une réserve et mettrait en péril le mode de vie traditionnel—Les activités de l'employeur et l'exonération fiscale ont été examinées dans l'affaire *Shilling c. M.R.N.*, [2001] 4 C.F. 364 (C.A.)—L'approche de la Cour fédérale et ses commentaires quant aux facteurs clés ont force obligatoire—Les demanderesse n'étaient pas admissibles à l'exonération prévue à l'art. 87—La Ligne directrice 2 de l'*Exonération du revenu selon la Loi sur les Indiens* va à l'encontre du droit puisqu'elle semble faire abstraction de l'emplacement et de la nature du travail—L'art. 15 de la Charte n'a pas été enfreint en raison des lignes directrices.

HORN C. CANADA (T-2241-95, T-2242-95, 2007 CF 1052, juge Phelan, jugement en date du 16-10-07, 47 p.)

PRATIQUE

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Annulation ou modification

Requête présentée en vertu de la règle 397 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, en vue d'obtenir le réexamen écrit du jugement et des directives rendus le 31 juillet 2007—Le réexamen avait pour objet de faire certifier par la Cour la question proposée—La règle 397(1) n'autorise pas le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à demander d'ajouter au jugement une question à faire certifier—La question envisagée n'a pas une portée générale—Requête rejetée.

TRAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5343-06, 2007 CF 1249, juge Simpson, ordonnance en date du 28-11-07, 5 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Appel de la décision (2006 CF 673) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'appel portant qu'il ne pouvait connaître de l'appel de la décision d'un agent de santé et de sécurité de ne pas donner d'instructions en vertu de l'art. 145 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2—Le guide de sécurité en vol (*In-flight Safety Manual*) a été modifié après la fusion d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien International—Les appelants ont déposé des plaintes, croyant que ces modifications posaient des risques pour la santé et la sécurité du personnel navigant—Appel rejeté—L'art. 146(1) confère à l'employeur, à l'employé ou au syndicat le droit d'interjeter appel des instructions données par l'agent de santé et de sécurité en application de l'art. 145, mais il ne confère aucun droit d'appel de la décision de l'agent de santé et de sécurité de ne pas donner d'instructions—En outre, l'art. 146(1) ne viole pas l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] puisqu'il n'existe aucun droit constitutionnel d'appel, même dans des affaires qui ont des effets considérables sur la vie, la liberté et la sécurité de la personne.

SACHS C. AIR CANADA (A-290-06, 2007 CAF 279, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-9-07, 6 p.)

